

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): A impetrante narra que, no ato apontado como coator, o TCU **desbordou de suas competências** ao determinar que a Petrobras observasse os arts. 22 e 23 da Lei 8.666/1993 em seus certames licitatórios, e não as regras previstas em seu procedimento licitatório próprio, que fora aprovado e veiculado pelo **Decreto 2.745/1998**, este com fundamento direto de validade no **art. 67 da Lei 9.478/1997**, que o previu; tudo isso ao fundamento de que ambos os diplomas normativos seriam inconstitucionais.

Reputa abusiva, exatamente por isso, a utilização que o TCU fez da **Súmula 347** do Supremo Tribunal Federal. Tal enunciado, em 1963, até sedimentou o entendimento de que os Tribunais de Contas podem apreciar a constitucionalidade das leis e atos do poder público, mas em contexto institucional e constitucional alegadamente diverso do atual, o que firmaria a necessidade da revogação do verbete sumular, havido por incompatível com as atribuições que o art. 71 da CF/88 elenca em favor dos Tribunais de Contas.

1. A compreensão do Tribunal de Contas da União acerca do âmbito de incidência material e subjetivo do dever constitucional de licitar.

Perceba-se que o tema que exsurge no pano de fundo da controvérsia acerca da subsistência da Súmula 347 também possui forte conotação constitucional: é aquele da **atuação do Estado no domínio econômico**, mais especificamente a condução da atividade contratual e licitatória das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Sobre o ponto, **o texto constitucional de 1988 nunca ofertou resposta autoevidente**, obstáculo não inteiramente dissociado da própria natureza compromissória que permeia as Constituições Econômicas. Consoante já afirmei em âmbito doutrinário, “ *embora seja possível identificar nas Constituições Econômicas uma decisão prévia quanto à matriz ideológica que rege a intervenção do Estado no domínio econômico, não há como identificarem-se os limites que constroem tal intervenção a partir apenas de petrificações normativas gerais e abstratas* ” (MENDES, Gilmar Ferreira. “Aspectos Constitucionais do Regime Jurídico das Empresas Estatais”. In :

NORONHA, João Otávio; FRAZÃO, Ana e MESQUITA, Daniel Augusto. *Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 22).

Se, por um lado, a Constituição Econômica é sintomática de necessidades sociais concretas, que se tornaram mais agudas a partir de 1914, de modo a conduzir a uma profunda economicização de todos os âmbitos da vida (MOHNHAUPT, Heinz. “Justus Wilhelm Hademann e o desenvolvimento da disciplina ‘direito econômico’”. In : BERCOVICI, Gilberto. *Cem Anos da Constituição de Weimar (1919-2019)* . São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 471-510), por outro lado, a densificação dos princípios que orientam a atuação do Estado no domínio econômico, nessas Constituições, perpassa invariavelmente pela investigação da força mediadora dos sentidos estatutário e diretivo da norma constitucional na sua atuação concreta (MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Económica*. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1979).

Com efeito, em sua redação original, o art. 173, §1º, da Constituição Federal de 1988 dispusera 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* ”. De outra banda, o art. 37, XXI, da Constituição anuncia um dever geral de licitar, sem nominalmente excetuar as empresas estatais; ao contrário, a redação até então vigente do art. 22, XXVII, da Constituição previa a incidência das “ *normas gerais de licitação e contratação (...), para a administração pública direta e indireta* ”, indiscriminadamente.

Na doutrina, entretanto, o posicionamento que exigia o prévio certame licitatório para toda e qualquer aquisição realizada por empresa estatal conheceu adversário em Celso Antônio Bandeira de Mello. Pelo menos desde a edição de 1996 de seu *Curso* , o administrativista prelecionou que o art. 173, §1º, da Constituição (em sua redação original, repita-se) excetuava a incidência do regime licitatório ordinário da Lei 8.666/1993:

“Veja-se: não faria sentido pretender que uma sociedade de economia mista ou empresa exploradora 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 o dito certame

para colocarem no mercado o que produzem.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* . 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 330).

Não obstante, o posicionamento amplamente dominante era o de que o regime geral licitatório aplicava-se **uniformemente** aos órgãos e entidades componentes da administração pública direta e indireta. O documento que veiculou, em 1995, o *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado* , elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, à época ocupado pelo eminente Professor Luiz Carlos Bresser-Pereira, mostra bem a raiz dessa impostação homogeneizante:

“Sem que houvesse maior debate público, o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado . (...) instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados-membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta.” (p. 21, grifo nosso).

Esse Plano Diretor serviu de fundamento teórico para a Emenda Constitucional 19/1998, que flexibilizou alguns desses excessos homogeneizantes. Especialmente em referência às empresas estatais, a busca por maior eficiência traduziu-se, na Emenda Constitucional 19/1998, por uma nova redação ao prefalado art. 22, XXVII, da Constituição Federal, que agora estabelece um tratamento dual para as licitações do Poder Público: **i)** para a administração pública direta, autárquica e fundacional da União, Estados e Municípios, aplica-se o regime comum licitatório, previsto no art. 37, XXI, da Constituição; **ii)** para as empresas públicas e sociedades de economia mista, a licitação e contratação dar-se-iam “ **nos termos do art. 173, §1º, III** ”, da Constituição; dispositivo esse que, a seu turno, também sofreu modificação por obra da Emenda à Constituição 19/1998:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de 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 lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

(...)

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.” (Incluído pela Emenda Constitucional 19, de 1998).

Uma vez que o Congresso Nacional quedou-se inerte quanto à lei reclamada pelo § 1º do art. 173 da CF/88, deflagrou-se funda polêmica na doutrina no sentido de se precisar se a Lei 8.666/1993, que veicula as normas gerais previstas no art. 37, XXI, e art. 22, XXVII, CF/88, abrangeria em seu campo de incidência as contratações realizadas por **empresas estatais**.

Com o intuito de equacionar o impasse, a doutrina procedeu a **duas demarcações**. A **primeira** alçava o objeto de atuação da empresa – atividade econômica em sentido estrito ou prestação de serviço público – à condição de elemento definidor da aplicabilidade do regime legal licitatório. Nessa perspectiva, entendia-se que a observância aos ditames da Lei 8.666/1993 não se faria peremptória nos casos em que o Estado atuasse em **regime de competição**, ao passo que a contratação seria necessariamente precedida do regime licitatório ordinário quando da atuação do Estado na **prestação de serviços públicos**.

A **segunda** trabalhava com a diferença entre **atividade-meio** e **atividade-fim**, de forma que o regime geral licitatório inscrito na Lei 8.666/1993 seria *prima facie* aplicável às contratações das empresas estatais, exceto quando a observância daquele se revelasse nociva às atividades estritamente de mercado destas. O estado da arte foi bem sintetizado por Vitor Rhein Schirato, em obra sobre o tema:

“Quanto às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas – aqui entendidas como aquelas atividades não elencadas pelo Ordenamento Jurídico como serviço público – bem como aquelas que prestam serviços públicos de forma não exclusiva, que atuam em regime de concorrência com a iniciativa privada, não se nos afigura muito questionável que o regime de contratação será mais aproximado do regime das empresas privadas, apenas sendo aplicável o regime da Lei 8.666/93 em casos reduzidos que se refiram a

contratações não relacionadas à sua finalidade precípua, e apenas enquanto não advier a lei tratada no inciso III do § 1º do art. 173 da CF.” (SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual* . São Paulo: Editora IDP/Saraiva, 2016, p. 109).

O próprio TCU, tão apenas dois meses após a promulgação da Emenda Constitucional 19/1998, no **Acórdão 121/1998 – Plenário** (Rel. Min. Iram Saraiva, Sessão de 26.8.1998), em Pedido de Reexame apresentado pela Petrobras Distribuidora (TC 010.124/95-0), passou a adotar o entendimento de que o art. 173 da Constituição, **mesmo em sua redação original** , impõe um dever de eficiência que justificaria que as **atividades-fim** das empresas públicas e sociedades de economia mista não recaíssem no âmbito de incidência do art. 37, XXI, da Constituição Federal e da Lei 8.666/1993 (*Revista de Direito Administrativo* . Vol. 213. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 303-318).

O assunto estaria definitivamente resolvido se a distinção entre atividade-fim e atividade-meio fosse autoexplicável. Não apenas não o era, como a assunção dessa diferença conduziu a outros impasses. Assim o testemunha o exemplo daquelas atividades que – conquanto acessórias à primeira vista, por não se colocarem imediatamente no campo do objeto social da empresa – tangenciam pontos estratégicos ao modelo de negócios da pessoa jurídica. Tal foi assertivamente apontado **em texto contemporâneo à impetração do Mandado de Segurança em tela** , de lavra do Professor Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, que em contraponto ao imobilismo a que a distinção entre atividade-fim e atividade-meio conduzia, e para além dela, ofertou o seguinte encaminhamento:

“Mesmo que tenham todos os dispositivos do Estatuto das Licitações sido integralmente recepcionados pela Constituição pós-emenda, ainda assim, remanesce plena a possibilidade de não aplicação da obrigação prévia de licitação para as contratações de empresas estatais competitivas quando isso se mostrar incompatível com sua atividade de disputante no e pelo respectivo mercado. **É que mesmo nos estritos lindes estabelecidos pela Lei 8.666/93 há pleno respaldo para justificar a não realização pelas empresas estatais quando a adoção deste procedimento puder comprometer, inviabilizar ou restringir sua atuação empresarial.** ” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado”. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Org.). *Direito administrativo: estudos em*

homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 590). (grifo nosso)

Apenas do quanto exposto já se nota que a definição do regime licitatório de uma empresa estatal (que atua em regime de concorrência) era questão avessa a pronunciamento peremptório. E para o caso em apreço, que se relaciona à **Petrobras** , tal se dava por um motivo a mais.

Consoante asseverei quando da concessão da medida liminar, a Emenda à Constituição 9/1995, 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; isso permitiu que empresas privadas participassem dessa atividade econômica, mediante a celebração, com a União, de contratos administrativos de concessão de exploração de bem público, dada a nova redação do art. 177, § 1º, da Constituição, conferida pela Emenda: “ § 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), passaram a ser exercidas por empresas estatais ou privadas num âmbito de **livre concorrência**.

E se a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes, tinha verossimilhança o fundamento jurídico de que a submissão da Petrobras a um regime diferenciado de licitação justificava-se pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC 9/1995, a empresa exercia atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não se colocam no âmbito de incidência das regras de licitação e contratação da Lei 8.666/1993.

Pois bem. **Contra todo esse conjunto de posicionamentos referentes ao contexto posterior à Emenda Constitucional 19/1998** , o Tribunal de Contas da União, **no processo de que aqui se cuida** – o TC 008.210/2004-7, uma auditoria “ *das obras e serviços relativos à Modernização e Adequação do Sistema de Produção da Refinaria Gabriel de Passos* ” (**atividade-fim** , portanto) –, **determinou** à Petrobras a aplicação dos arts. 22 e 23 da Lei 8.666 /1993, para que, assim, a modalidade licitatória utilizada pela estatal, em

seus certames, fosse fixada em função dos valores discriminados em tais dispositivos, consoante item 9.2.2 do **Acórdão 1.498/2004 – Plenário**, Sessão de 29.9.2004.

Até essa primeira decisão, a determinação do TCU para que fossem aplicados os artigos 22 e 23 da Lei 8.666/1993 não se fez acompanhar de justificativa expressa alguma no sentido da inconstitucionalidade do Decreto 2.745/1998.

Entretanto, tal raciocínio não era inédito naquele órgão de controle. Em processo distinto, TC 016.176/2002-5, a Corte de Contas lavrou a **Decisão 663/2002 – Plenário** (Sessão de 19.6.2002), que reputou **inconstitucional o art. 67 da Lei 9.478/1997**, segundo o qual “ *os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República*”. Vislumbrou, nesse dispositivo, vício de inconstitucionalidade: consubstancia hipótese de delegação legislativa implícita essa de remeter para o poder regulamentar toda a disciplina licitatória, sem o estabelecimento de critérios ou padrões. Por consequência, também o **Decreto 2.745/1998** conheceu o mesmo juízo de desvalor (abuso de poder regulamentar):

“8.1. determinar à Petrobras que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 9.478/97, em **razão de sua inconstitucionalidade**, e **observe os ditames da Lei 8.666/93** e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98” (**Decisão 663/2002 – Plenário**).

Em face da Decisão 663/2002 – Plenário, foi interposto Pedido de Reexame, com efeito suspensivo. Mas tal recurso ainda pendia de exame de mérito quando do primeiro julgamento no âmbito do processo de auditoria aqui impugnada, o TC 008.210/2004-7, na Sessão de 29.9.2004. Talvez por isso a Corte de Contas não tenha se sentido à vontade para invocar, no **Acórdão 1.498/2004 – Plenário**, a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/1997 e do regulamento simplificado da Petrobras, aprovado pelo Decreto 2.745/1998.

O certo, todavia, é que o enfrentamento da questão constitucional em tela não conseguiu ser obstado por muito mais tempo. Por meio de Pedido de Reexame, a Petrobras impugnou o **Acórdão 1.498/2004 – Plenário** (TC

008.210/2004-7) e questionou a determinação lançada para que observasse os arts. 22 e 23 da Lei 8.666/1993, uma vez que: (i) permanecia pendente o recurso manejado contra a Decisão 663/2002 – Plenário, que pronunciou a inconstitucionalidade dos normativos que embasavam o procedimento licitatório simplificado; ii) apenas decisão do Poder Judiciário poderia afastar a aplicação do Decreto 2.745/1998 ao argumento de inconstitucionalidade.

Tal Pedido de Reexame não foi provido, consoante atesta o **Acórdão 1.767/2005 – Plenário**, Sessão de 9.11.2005. Em **primeiro** lugar, porque: “ *o fato de existir recurso com efeito suspensivo não impede que o TCU, em outro processo, manifeste o mesmo entendimento esposado na decisão originária, que no caso é a de n. 663/2002 – Plenário* ” (f. 40).

Em **segundo** lugar, o voto do relator assentou que:

“É de notar que o TCU não possui competência para declarar, em abstrato, a inconstitucionalidade de atos normativos. (...) No entanto, embora não possua a dita competência ‘em abstrato’, **pode o TCU declarar a inconstitucionalidade, em concreto**, de atos normativos e demais atos do poder público. É o que diz a Súmula n. 347 do STF” (grifo nosso).

À guisa de fortalecimento da posição acima, e para enfrentar a causa de pedir recursal que reputava o TCU (que não integra o Poder Judiciário) incompetente para afastar a aplicação de leis e atos normativos ao fundamento de inconstitucionalidade, a instrução do recurso vislumbrou, em **terceiro** lugar, que o Tribunal de Contas da União exerceria, sim, **jurisdição** :

“Por último, ainda que não se esteja discriminado na estrutura do Poder Judiciário, **não se pode falar que o TCU não tem função jurisdicional**, o mais correto é dizer que possui uma **função jurisdicional especializada**, assim como a jurisdição administrativa e a legislativa (comissões parlamentares de inquérito), **que comumente se designa por ‘Jurisdição de Contas’** (...)” (fl. 30).

Tudo isso para, em seguida, exarar posicionamento pela inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/1997 e do regulamento licitatório aprovado pelo Decreto 2.745/1998, transcrevendo amplamente, para tanto, trechos da **Decisão 663/2002**, antes referida.

A exposição dos fundamentos do **Acórdão 1.767/2005 – Plenário** importa porque o ato aqui apontado como coator, o **Acórdão 39/2006 – Plenário**, consubstancia decisão que denegou embargos de declaração opostos contra aquele. Assim, é no Acórdão 1.767/2005 que os traços básicos da presente controvérsia foram gizados. Mais: **foram as razões de tal deliberação, acima pontuadas, que me levaram, por um bom tempo, a pôr em dúvida a própria subsistência da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal.**

Ora, a atuação do Tribunal de Contas da União que se examina no presente *mandamus* deu-se no âmbito de um processo de auditoria (**TC 008.210/2004-7**). Nele, o órgão de controle identificou irregularidades em obras de uma refinaria, objeto contratual inequivocamente situado no campo da **atividade-fim** da empresa. **Do juízo acerca da inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/1997**, por não ter o Chefe do Poder Executivo especificado critérios e princípios para balizar o poder regulamentar, **não se chega obrigatoriamente à inconstitucionalidade do Decreto 2.745/1998, e à necessária incidência da Lei 8.666/1993 para reger a espécie.**

O posicionamento amplamente majoritário da doutrina, considerado o contexto normativo da época, era outro; sintetiza-o competentemente Carolina Barros Fidalgo:

“Assim, nas hipóteses em que as regras previstas pela Lei n. 8.666/93 prejudicassem a competição da estatal ou tornassem menos eficiente a sua atuação no mercado, seria necessário indagar qual o regime que deveria ser aplicado a essas empresas, pelo menos até que a lei mencionada pelo art. 173 [da Constituição] fosse editada.

Adilson Abreu Dallari, Aline Paola Câmara, José Calazans Júnior, Floriano de Azevedo Marques Neto, Gustavo Binenbojm, Jessé Torres Pereira Júnior, Edmir Netto de Araújo, Luís Roberto Barroso e Vitor Schirato **defendem a possibilidade de edição de regulamentos próprios pelas empresas estatais.**” (FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado Empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 300-301).

Por tudo isso, é de se convir que a opinião comum da doutrina apontava para a possibilidade da adoção de regulamento licitatório próprio . No contexto normativo posterior às Emendas à Constituição 9/1995 e 19/1998, a aplicação da Lei 8.666/1993 para reger uma contratação relacionada a atividade-fim da Petrobras estava longe de ser algo premente, como propôs o TCU.

E a dogmática administrativista brasileira, no ponto, revelava-se em compasso harmônico com o **direito comparado** . No âmbito da **União Europeia** , a **Diretiva 2004/18/CE** , do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 31 de março de 2004, “ *relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços* ” – **vigente à época dos fatos** –, expressamente se anunciava aplicável apenas a **entes e organismos de direito público**, e até mesmo em relação a estes últimos, a Diretiva **exclui** de seu âmbito de incidência aqueles que desempenham atividades de **caráter industrial ou comercial** :

“Art. 1º

(...)

9. Por ‘ **entidades adjudicantes**’ entende-se o **Estado** , as **autarquias** locais e regionais, os **organismos de direito público** e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais organismos de direito público.

Por ‘ **organismo de direito público**’ entende-se qualquer organismo:

a) Criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral **com carácter não industrial ou comercial** ;

b) Dotado de personalidade jurídica; e

c) Cujas actividades seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou em cujos órgãos de administração, direcção ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.” (DIRECTIVA 2004/18/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 31 de Março de 2004, *relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços* . Publicação: Jornal Oficial da União Europeia 30.4.2004, L 134, p. 114-240).

Tratamento que não conheceu modificação substancial na **Diretiva 2014/24/UE**, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 26 de fevereiro de 2014:

“Art. 2º Definições.

1. Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

1) ‘Autoridades adjudicantes’, as autoridades estatais, regionais ou locais, **organismos de direito público** e associações formadas por uma ou mais dessas autoridades ou organismos de direito público;

(...)

4) ‘ **Organismos de direito público** ’, os organismos que apresentem **todas** as seguintes características:

a) Foram criados para o fim específico de satisfazer necessidades de interesse geral, **sem caráter industrial ou comercial**;

b) Têm personalidade jurídica; e

c) São maioritariamente financiados pelo Estado, por autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público, ou a sua gestão está sujeita a controlo por parte dessas autoridades ou desses organismos, ou mais de metade dos membros nos seus órgãos de administração, direção ou fiscalização são designados pelo Estado, pelas autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público;

5) ‘Contratos públicos’, contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicantes, que tenham por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços.” (DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 26 de fevereiro de 2014, *relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE*. Publicação: Jornal Oficial da União Europeia, L 94, de 28.3.2014, p. 65-242).

Ante o exposto, as lições da doutrina nacional – no ponto espelhada no que se pratica na União Europeia – demonstram que **não exsurge como indiscutivelmente inconstitucional** que uma empresa estatal que desempenhe atividade econômica em sentido estrito, e em ambiente concorrencial, deixe de utilizar, para uma aquisição concernente à sua atividade-fim, o mesmo diploma normativo que rege os procedimentos licitatórios da administração pública direta. **Não temos aqui, em outras palavras, uma inconstitucionalidade chapada, manifesta** .

Igualmente milita em desfavor da solução adotada pelo Tribunal de Contas da União o fato de que o Supremo Tribunal Federal não possuía

jurisprudência sobre a matéria , apta a amparar a conclusão a que chegou o órgão de controle, no sentido da inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478 /1997 e do Decreto 2.745/1998.

Se é assim, pode-se vislumbrar com clareza que a invocação da **Súmula 347 do STF pelo Tribunal de Contas da União** , no âmbito do processo ora impugnado, parece ter cumprido **função compensatória** : possibilitou que a **Corte de Contas não observasse o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos** , em um quadro em que **i) não havia inconstitucionalidade evidente ; ii) não existia jurisprudência do Supremo Tribunal Federal** pacífica no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do tema; **iii) a doutrina apontava na direção oposta àquela que fora adotada pelo Tribunal.**

2. Súmula 347-STF : inadequação no caso em exame e parâmetros para um uso compatível do enunciado no contexto constitucional de 1988

No **Acórdão 1.767/2005 – Plenário** , exarado no Processo de Auditoria **TC 008.210/2004-7** , objeto do presente *mandamus* , a deliberação do Tribunal de Contas da União se desvincula das normas *prima facie* aplicáveis **sem demonstrar a razão pela qual isso afigurar-se-ia imprescindível para o exercício do controle externo** :

“É de notar que o TCU não possui competência para declarar, em abstrato, a inconstitucionalidade de atos normativos. (...) No entanto, embora não possua a dita competência ‘em abstrato’, **pode o TCU declarar a inconstitucionalidade, em concreto** , de atos normativos e demais atos do poder público. É o que diz a Súmula n. 347 do STF.” (grifo nosso).

Note-se: no lugar de um exame acerca da adequação, necessidade e proporcionalidade de tal medida, o que se lê é a singela vocalização da competência para averiguar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos. Não se faz cotejo algum com a matéria então em análise; simplesmente invoca-se a Súmula 347 do STF, que pontifica que “ *O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do poder público* ”.

A circularidade é evidente, mas consoante exposto acima – repita-se – a aplicação da Lei 8.666/1993 para o caso dos autos (TC 008.210/2004-7) estava

longe de se colocar como necessária, tanto o mais por tratar – a contratação – de uma obra relacionada a uma refinaria, atividade-fim da empresa. (A propósito – e embora tal não seja o objeto dos autos – é com facilidade que se antevê: a detecção de sobrepreço e o combate a ajustes espúrios na construção de tais equipamentos em nada depende da escolha a favor da Lei 8.666/1993, como mostrou a história recente do país).

Outrossim, a referência à Decisão 663/2002 – Plenário, largamente utilizada na fundamentação do processo de auditoria aqui adversado, não era suficiente para suprir essa lacuna. Pelo contrário, lá o TCU laborou em autêntica declaração de inconstitucionalidade, com impositação dotada de traço nitidamente geral:

“30. Considerando, entretanto, o sistema de controle difuso de constitucionalidade, adotado em nosso ordenamento jurídico, e em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal consignado em sua Súmula n. 347, no sentido de que ‘o Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público’, entendo que deva, esta Corte, firmar o entendimento de que são inconstitucionais o art. 67 da Lei n. 9.478/97 e o Decreto n. 2.745/98, afastando, por conseqüência, sua aplicação, dando ciência à Petrobrás de que os atos doravante praticados com base nos referidos dispositivos serão considerados irregulares por esta Corte e implicarão na responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa.” (**Decisão 663/2002 – Plenário**).

Recordo-me bem que a afirmação de que o nosso “sistema de controle difuso de constitucionalidade” licenciaria uso tão alargado da Súmula 347 do STF causou-me especial estranheza, por oportunidade da prolação do provimento cautelar no presente Mandado de Segurança, obrigando-me a tecer o seguinte *obiter dictum*:

“Não me impressiona o teor da Súmula n. 347 desta Corte, segundo o qual ‘o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público’. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas.

Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.”

Com efeito, a Constituição de 1988 operou substancial reforma no sistema de controle de constitucionalidade até então vigente no país. Embora a nova Constituição tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade “incidental” ou “difuso”, é certo que a adoção de outros instrumentos, como o mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade.

O texto constitucional acabou por consagrar um modelo misto de controle de constitucionalidade, é verdade, cujo ponto central reside não mais no sistema difuso, mas nas ações diretas, de perfil concentrado: o controle direto não mais pode ser visto como algo acidental e episódico dentro do sistema difuso. Afinal, sempre quando se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias (ANSCHÜTZ, Gerhard. *Verhandlungen des 34. Juristentags*. Vol. II. Berlim, 1927, p. 208).

De toda forma, a complexidade do sistema de controle de constitucionalidade instituído em 1988, prolífico em vias processuais, inaugurou dificuldades várias relacionadas à convivência entre os dois estilos de fiscalização de constitucionalidade. Assim também ocorreu no campo do controle repressivo de constitucionalidade, de que aqui se cuida.

Como se sabe, o **controle repressivo de constitucionalidade** é restrito, primordialmente, ao **Poder Judiciário** (art. 97 da CF) e, excepcionalmente, ao **Poder Legislativo** (art. 49, V, da CF) – **ADI 748/RS**, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ 6.11.1992.

Já no que se refere à **administração pública**, o entendimento tradicionalmente esposado pelo direito constitucional brasileiro é no sentido de que lhe assiste a possibilidade de **deixar de aplicar** lei ou ato normativo inconstitucional. (MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. “O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo”. In: *Revista Forense*. Vol. 79, n. 284, outubro-dezembro de 1983, p. 101-119; MENDES, Gilmar Ferreira. “O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 34, n. 134. Brasília: Senado Federal, abril-junho de 1997, p. 18-19; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 270-280). Entendimento que, inclusive, recebeu a chancela do Supremo Tribunal Federal, na **Representação 980/SP** (Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, j. 21.11.1979, Publicação: DJ 19.9.1980).

A lógica subjacente ao afastamento (pela não aplicação) da norma, pela administração pública – tomando-se assim o cuidado para não se incorrer em um total nivelamento com a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, a importar na retirada desta do mundo jurídico –, de certa maneira, é a mesma que anima o método incidental de controle de inconstitucionalidade, que, nos termos postos pelo art. 13, § 10, da Lei 221/1894, anunciava que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais”. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 132).

Mas o paralelo com a atividade de controle de constitucionalidade jurisdicional pela via incidental não pode ir mais longe que isso. Nem mesmo no caso dos Tribunais de Contas, mediante potencialização de excerto do art. 73 da Constituição, que estabelece em favor do TCU uma “jurisdição em todo o território nacional”.

Penso que a questão merece novo dimensionamento. É premente que o afastamento de normas inconstitucionais, pelos Tribunais de Contas, seja visto menos como “um poder” (em uma acepção cujo uso corrente o aproxima de um *direito* do órgão) e mais como o desempenho do dever de zelar pela Constituição: porque se a interpretação da Constituição não é monopólio do Poder Judiciário (que apenas o faz com definitividade), também não o é a observância da Constituição. (BARROSO, Luís Roberto. “Poder Executivo – Lei inconstitucional – Descumprimento (Parecer)”. In : *Revista de Direito Administrativo* . Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho-dezembro de 1990, p. 393).

E para que o dever de zelar pela normatividade da Constituição não seja objeto de instrumentalização corporativa, é fundamental que se tenha parâmetros .

Quando o STF, no papel do intérprete constitucional, procede a determinada leitura da norma constitucional, não podem os demais órgãos públicos *lato sensu* , no exercício de atividade administrativa típica ou atípica, simplesmente desprezá-la e contorná-la. Porque se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais órgãos públicos, em decorrência do efeito definitivo de sua decisão.

Tal impositão é igualmente verdadeira ainda que se trate de jurisprudência firmada sem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (art. 102, § 2º, CF), a qual deve ser considerada como indicativa do sentido normativo-constitucional da matéria abordada. Não me parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de seus atos com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada, quando os demais órgãos públicos e entes federativos optem por desconsiderar aquele entendimento e passem a confrontá-lo por meio de atos normativos (legislativos ou administrativos). Dentre outros motivos, porque a manutenção de soluções divergentes sobre o mesmo tema constitucional provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, uma fragilização da força normativa da Constituição.

Rememoro, aqui, a lição de Konrad Hesse:

“(…) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de

sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

Todos os interesses momentâneos ainda quando realizados não logram compensar ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.” (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição* . Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21-22).

No cânone acima delineado, é em observância à *vontade de Constituição* que se deve conferir liberdade de agir à Chefia de Poder (no exercício de atividade administrativa típica ou atípica), a órgão administrativo de estatura constitucional, como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e, finalmente, aos Tribunais de Contas, para que possam se orientar pela juridicidade constitucional, nela se compreendendo a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a determinado tema, e, assim, habilitem-se a afastar norma inconstitucional – o que, em momento algum, confunde-se com declaração formal de inconstitucionalidade do preceito normativo federal, estadual ou municipal.

Semelhante compreensão tem sido desenvolvida por este Tribunal em casos relacionados ao **CNJ** e **CNMP** . Em 2011, esta Corte enfrentou situação em que, se deferido o *writ* e conseqüentemente sustado o ato apontado como coator, da lavra do CNJ, teríamos algo equivalente, nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, a fazer “ *tábula rasa à jurisprudência desta Corte* ”. Calha transcrever a ementa do julgado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO QUE DETERMINOU AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MATOGROSSENSE QUE DEIXASSE DE COBRAR EMOLUMENTO JUDICIAL COM DESTINAÇÃO A QUALQUER ENTIDADE DE CLASSE OU COM FINALIDADE PRIVADA. INADMISSIBILIDADE. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CNJ. DECRETAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE. REESTABELECIMENTO DA COBRANÇA. INVIABILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA. I – O Conselho Nacional de Justiça, órgão de natureza administrativa que é, não possui competência para determinar o afastamento de cobrança de emolumento judicial com fundamento na sua inconstitucionalidade, mesmo porque tal ato termina por afastar a aplicação da própria lei tributária. II – A providência a ser adotada, por eventuais interessados em afastá-la, é a propositura de ação direta de inconstitucionalidade com o intuito de por fim a cobrança de tal exação. III – **Embora o CNJ não pudesse, no caso, afastar a cobrança da contribuição instituída pela Lei 8.943/2008, para a Associação Matogrossense dos Defensores Públicos – AMDEP, não é possível a concessão da segurança, pois restabelecer a citada cobrança seria fazer tabula rasa da jurisprudência desta Corte, que é absolutamente pacífica no sentido de que é vedada a destinação de valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado**. IV – Opiniões divergentes de Ministros quanto à decretação de inconstitucionalidade, no caso. V - Segurança denegada.” (MS 28.141, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 1º.7.2011, grifo nosso).

Assim, quando rever o pronunciamento do CNJ ou CNMP ocasionar descompasso com a Constituição Federal ou com a interpretação sedimentada por este Tribunal, por razões jurídico-constitucionais, aquele deverá ser mantido, e a ordem denegada. O que equivale a dizer: aqueles órgãos administrativos de estatura constitucional podem aplicar o posicionamento do STF sem que tal medida configure controle de constitucionalidade repressivo propriamente dito.

Mas foi apenas em 2016, ao julgar o **MS 26.739/DF** (Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 1º.3.2016), que o Supremo Tribunal Federal discutiu de modo expresso a possibilidade de o CNJ afastar a aplicação de determinado ato normativo tido por inconstitucional, quando existir jurisprudência pacífica do STF que ateste a referida inconstitucionalidade.

O caso versava sobre o afastamento, pelo CNJ, da aplicação de ato do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que fixara férias em 60 dias para servidores de segunda instância da Justiça estadual mineira. A edição do ato impugnado, com efeito, **contrariava frontalmente a jurisprudência do**

Supremo Tribunal Federal , que pacificamente julga inconstitucional a ocorrência de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau.

Em face do afastamento pelo CNJ da aplicação do ato do TJ-MG, o Sindicato dos Servidores da Justiça de Segunda Instância de Minas Gerais (Sinjus-MG) impetrou mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, ao argumento de suposta incompetência do CNJ para prolação de decisão daquela natureza, que realizou controle de constitucionalidade, atribuição exclusiva do STF, segundo afirmado por aquele impetrante.

Todavia, no julgamento da demanda, prevaleceu, entre os membros da Segunda Turma do STF, o entendimento no sentido de que o Conselho Nacional de Justiça não era incompetente para a prolação da decisão então impugnada, não havendo, portanto, qualquer usurpação de competência da Corte constitucional pelo CNJ. Entenderam os Ministros que é possível que órgãos autônomos – como CNJ, CNMP, o Tribunal de Contas da União, dentre outros – profiram decisão no sentido de afastar a aplicação de determinado ato normativo por vício de inconstitucionalidade, **desde que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja pacífica em reconhecer a inconstitucionalidade da matéria**.

Nessa linha, o que se espera dos órgãos não jurisdicionais é a aplicação da jurisprudência da Corte ao caso concreto, com possível afastamento de determinado ato normativo caso verificada expressa incompatibilidade com o texto constitucional, nos termos fixados pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Consoante preconizei em meu voto no **MS 31.667/DF – AgR** (Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 11.9.2018), não há empecilho para que a administração pública deixe de aplicar solução normativa inconstitucional, assim entendida como aquela em confronto com a Lei Maior ou baseada em interpretação tida como incompatível pela Suprema Corte, em jurisprudência solidificada.

Repita-se: por entendimento jurisprudencial pacificado não se alude apenas às decisões *erga omnes* ou dotadas de efeito vinculante. Bem explica o porquê o magistério do Professor Juarez Freitas:

“(…) existe vinculação dos agentes públicos em face das ‘definitivas’ decisões tomadas no controle difuso e no controle concentrado, quando se admite que a jurisprudência representa momento culminante da positivação do direito. Justamente em função dessa característica indelével, impende reiterar que a jurisprudência iterativa dos Tribunais – fonte material do direito administrativo, por

excelência, inclusive no sistema romanístico-continental (e desde os primórdios) – vincula constitucionalmente o administrador público, e não somente nas hipóteses de súmulas vinculantes.” (FREITAS, Juarez. “Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios”. *In* : *Revista de Direito Administrativo* . Vol. 258. Rio de Janeiro: FGV, setembro-dezembro de 2011, p. 160-161).

É inegável que o ordenamento jurídico vigente confere eficácia ampla e expansiva às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em sede de controle incidental de constitucionalidade. Assim, também por essa trilha é possível defender que órgãos não jurisdicionais possam, ou mesmo devam, vincular-se ao entendimento jurisprudencial da Corte quanto à inconstitucionalidade de certo ato normativo, nisso incluído o Tribunal de Contas da União. Porque o princípio que as leis devem ser interpretadas conforme à Constituição não se realiza apenas **negativamente** (a Constituição como limite à lei), mas também em termos **positivos** , integrando-se, a norma superior, na interpretação dos enunciados legislativos infraconstitucionais (RUOTOLO, Marco. “Sull’interpretazione conforme a Costituzione delle leggi”. *In*: PESSOA, Paula et al. *Processo Constitucional* . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 606).

Concebido em tais termos, o tratamento de questões constitucionais por parte do TCU passa a ostentar a função de reforço da normatividade constitucional . Da Corte de Contas passa-se a esperar a postura de cobrar da administração pública a observância da Constituição, mormente mediante a aplicação dos entendimentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal em matérias relacionadas ao controle externo. Nessa senda, é possível vislumbrar renovada aplicabilidade da Súmula 347 do STF: o verbete confere aos Tribunais de Contas a possibilidade de afastar (*incidenter tantum*) normas cuja aplicação no caso expressaria um resultado inconstitucional (seja por violação patente a dispositivo da Constituição ou por contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria).

A propósito, nem se avenge que o marco interpretativo aqui exposto de alguma forma inviabilizaria o exercício do controle externo. Ao contrário, deve reforçá-lo.

Explica-se.

Após a concessão da medida cautelar do presente mandado de segurança, o Tribunal de Contas da União parece ter notado que não precisava, necessariamente, da “declaração” de inconstitucionalidade dos dispositivos em questão para exercer o seu mister. Tome-se o exemplo do **MS 30.358/DF – AgR**, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia (Segunda Turma, j. 18.9.2012). O *writ* foi impetrado pela Petrobras, que entendia abusiva a aplicação de multa a gestor por desatendimento a determinação do TCU. A determinação obrigou a estatal a cumprir algo basilar: que fizesse “constar expressamente o nome do Plano Diretor a que se refere cada contratação realizada”. A determinação era de uma razoabilidade evidente; evitava uma exagerada imprecisão acerca do próprio lugar em que se executaria o serviço de engenharia. A Petrobras tentou emplacar a tese de que se tratava de uma declaração velada de inconstitucionalidade, para assim afastar o regulamento simplificado da Petrobras e conseqüentemente aplicar, em seu lugar, a Lei 8.666/1993. A tese não prosperou. A Ministra Cármen Lúcia atentamente percebeu – no que foi acompanhada pela Turma – que a impetração carecia antes mesmo de utilidade: o próprio regulamento simplificado da estatal possuía cláusulas que amparavam a determinação exarada pelo Tribunal de Contas da União, sendo que este fundamentou sua deliberação naquelas.

Nessa chave o argumento de inconstitucionalidade tem a chance de ver o seu uso racionalizado: o afastamento de lei ou ato normativo, por razões de inconstitucionalidade, depende também de sua imprescindibilidade para o exercício do controle externo .

É fundamental perceber que **nada no posicionamento proposto neste voto autorizaria a emissão de declarações de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes por parte de Tribunais de Contas .**

Rememoro que o Plenário apreciou recentemente um conjunto de oito mandados de segurança, todos de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, impetrados contra acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU) que haviam determinado aos órgãos da Administração sujeitos à jurisdição daquela Corte de Contas o afastamento da aplicação dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Lei 13.464/2017, ante a suposta inconstitucionalidade em abstrato dos referidos dispositivos (MS 35.410, MS 35.490, MS 35.494, MS 35.498, MS 35.500, MS 35.812, MS 35.824, MS 35.836, todos de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, e publicados no DJe 5.5.2021). Por ocasião do referido julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio), entendeu pela concessão da segurança, assentando a

impossibilidade da realização, pelo Tribunal de Contas, de controle abstrato de constitucionalidade, com a consequente reinterpretação, à luz da Constituição de 1988, do entendimento cristalizado na Súmula 347 do STF.

Na linha do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que conduziu a maioria naquela oportunidade, as Cortes de Contas, na qualidade de órgãos técnicos de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, são instituições cujas competências se encontram estritamente estabelecidas na Constituição, sendo “ *inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão administrativo sem qualquer função jurisdicional, exercer controle de constitucionalidade nos julgamentos de seus procedimentos* ” (**MS 35.410** , Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 5.5.2021).

Em sentido convergente, registro também a posição da eminente Ministra Rosa Weber, que acompanhou o relator ressaltando apenas a possibilidade de que a Corte de Contas “ *afaste a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, **quando em jogo matéria pacificada nesta Suprema Corte** . ”* (**MS 35.410** , Rel. Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, DJe 5.5.2021).

Ao fim e ao cabo, o cânone proposto neste voto procura recuperar o significado originário da **Súmula 347 do STF** . O enunciado tem como precedente representativo um único julgado, o **RMS 8.372/CE** (Rel. Min. Pedro Chaves, Pleno, j. 11.12.1961). Segundo consta do acórdão, o Tribunal de Contas do Estado do Ceará negou registro a um ato de concessão inicial de aposentadoria que apresentava como fundamento de direito a Lei 4.316/1958, a qual fora afastada porque inconstitucional. O próprio Supremo Tribunal Federal tinha anteriormente se pronunciado acerca da constitucionalidade de outra lei cearense, a Lei 4.468/1959, que tornara sem efeito a Lei 4.316/1958. **Em suma: quando o Tribunal de Contas do Estado do Ceará afastou a Lei 4.316/1958, e assim negou o registro à aposentadoria, nada mais fez do que seguir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.**

Trata-se de posição que tem na devida conta, também, elementos de realidade constitucional. Revela-se simplesmente inviável que este Tribunal encampe posicionamento que proscruva o Controle Externo de realizar qualquer apreciação acerca da inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Tome-se o exemplo de uma lei aprovada por Câmara de Vereadores que autoriza determinado Prefeito a nomear até cinco parentes em cargos de provimento em comissão, independentemente do grau de parentesco. Se tais despesas fossem tematizadas em processo de auditoria, conduzido por Tribunal de Contas de Estado, seria factível exigir que a

Corte de Contas nada pudesse fazer diante de tão flagrante violação à Constituição de 1988 (na leitura empreendida por esta Corte, na Súmula Vinculante 13)? Seria constitucionalmente adequado que o Poder Judiciário anulasse o acórdão de um Tribunal de Contas que assinara prazo para a exoneração de tais parentes, tão somente em razão de o órgão de controle externo não integrar o Poder Judiciário?

Como se vê, não incorre em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal o órgão (jurisdicional ou não) que cumpre e faz cumprir a jurisprudência desta Corte em dada matéria .

Ante todo o exposto, necessário convir que a singela vocalização da Súmula 347 do STF, na deliberação que figura como ato coator deste mandado de segurança, não perfaz condição suficiente para se vencer a presunção de constitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/1997 e do regulamento simplificado da Petrobras, aprovado pelo Decreto 2.745/1998. Mas disso não se segue que a segurança deva ser concedida. É que o presente processo perdeu o seu objeto.

3. Da perda do objeto, no caso concreto: derrogação do art. 67 da Lei 9.478 /1997 pela Lei 13.303/2016

Toda a problemática acerca da constitucionalidade do Decreto 2.745 /1998 estava ancorada na indefinição do regime próprio das empresas estatais, ante a lacuna normativa na regulamentação do art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal. Referida lacuna, no entanto, foi colmatada com a edição da Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Sobretudo o Título II, Capítulo I, da Lei fixou as disposições aplicáveis às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Referido título consubstanciou, portanto, um regime licitatório próprio às empresas estatais, que por sua especificidade normativa, tornou-se aplicável em substituição às regras da Lei 8.666/1993.

Registre-se que naturalmente há dúvidas pontuais sobre a extensão da aplicação das regras da Nova Lei das Estatais às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. Essas

indefinições, na sua essência, são devidas à própria multiplicidade de situações de atuação do estado no domínio econômico possivelmente abarcadas pela veste empresarial. Como bem destacado pelo professor **Mário Iório Aranha:**

“Embora seguindo a proposta inicial de abarcar todas as empresas estatais exploradoras de atividades econômica em sentido amplo, ou seja, inclusive prestadoras de serviços públicos, o campo de abrangência dos dispositivos do Estatuto é naturalmente delimitado pela impossibilidade jurídica de uniformização plena dos diversos regimes das empresas estatais.” (ARANHA, Mário Iório. “O Objeto do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais e os Regimes Jurídicos da Empresa Pública e da Sociedade de Economia Mista”. In: NORONHA, João Otávio; FRAZÃO, Ana e MESQUITA, Daniel Augusto. *Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 61).

Todavia, no caso específico da Petrobras, não mais remanescem indefinições sobre o seu regime licitatório. O Título II da Lei consagra de forma explícita sua aplicabilidade “ *às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos* ” (grifos nossos).

Não por outra razão, o art. 96 da Lei 13.303, de 2016, veiculou revogação expressa dos arts. 67 e 68 da Lei 9.478, de 1997:

“Art. 96. Revogam-se:

I - o § 2º do art. 15 da Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, com a redação dada pelo art. 19 da Lei n. 11.943, de 28 de maio de 2009;

II - os arts. 67 e 68 da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997”.

Considerando que, no presente mandado de segurança, o que a impetrante pretende, ao final, é a cassação do acórdão do Tribunal de Contas da União, no ponto em que vedou a utilização do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, aprovado pelo Decreto 2.745, de 24.8.1998, diante da edição superveniente da Nova Lei das Estatais

e a revogação expressa do art. 67 da Lei 9.478/1997, que era objeto de regulamentação pelo Decreto 2.745/1998, compreendo que houve a **perda superveniente de objeto desta impetração** .

Ressalta-se, a propósito, que entendimento semelhante foi recentemente afirmado pela Primeira Turma do STF no julgamento do MS 27.796 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. PETROBRAS. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO. NÃO APLICAÇÃO. DETERMINAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. EDIÇÃO DA LEI 13.303/2016 (LEI DAS ESTATAIS). REVOGAÇÃO DO ART. 67 DA LEI 9.478/1997. FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DECRETO 2.745/1998, QUE APROVOU O REGULAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO DA PETROBRAS. **PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA IMPETRAÇÃO** . RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. **A Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) revogou o art. 67 da Lei 9.478/1997, fundamento de validade do Decreto 2.745/1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras** .

2. Como no presente mandado de segurança o que, ao final, pretende a impetrante é a cassação do acórdão do Tribunal de Contas da União, no ponto em que vedou a utilização do aludido Procedimento Licitatório Simplificado, evidencia-se, portanto, a superveniente perda do objeto desta impetração.

3. Recurso de agravo a que se nega provimento.” (MS 27.796 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 29.3.2019, DJe 69, 4.4.2019).

Desse modo, resta claro que a discussão travada no presente MS foi superada pela edição superveniente da Lei 13.303/2016.

Por fim, do cotejo entre, de um lado, o pedido e causa de pedir do *mandamus* e, de outro, o quanto disposto na decisão ora agravada, não se conclui que esta última tivesse que, necessariamente, consignar de forma expressa qual seria o tratamento dispensado aos atos contratuais e licitatórios praticados pela Petrobras, no período compreendido entre o início da vigência do marco normativo pretérito e sua revogação pela Lei 13.303/2016.

Consoante se observa no item 2 da petição inicial, o ato apontado como coator consiste no Acórdão 39/2006 – Plenário, do Tribunal de Contas da União (TCU). Tal decisão, apreciando embargos de declaração, ultimou sequência de deliberações prolatadas no âmbito do Processo TC 008.210 /2004-7 que lançaram várias **determinações** em desfavor da Petrobras.

E o item 3 da petição inicial é categórico para demonstrar que o presente mandado de segurança impugna não todas as determinações, mas apenas aquelas constantes nos itens **9.2.1** e **9.2.2** do **Acórdão 1.498/2004 – Plenário** (primeira das deliberações tomadas no bojo do referido Processo TC 008.210 /2004-7), que impuseram à ora agravante a seguinte obrigação:

“9.2.1. justifique, de modo circunstanciado, a aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666/93, garantindo prévia defesa da contratada e mantendo no respectivo processo administrativo os documentos que evidenciem tais procedimentos;”

9.2.2. obedeça ao estabelecido nos arts. 22 e 23 da Lei 8.666/93, no que se refere às modalidades de licitação e seus respectivos limites, tendo em vista o valor estimado de contratação” (fl. 48).

Essas determinações (bem assim as demais constantes em tal aresto) foram atacadas em Pedido de Reexame – instrumento recursal previsto para adversar decisões proferidas em sede de processos de fiscalização naquele Tribunal de Contas (art. 48 da Lei 8.443/92) –, que, entretanto, não logrou provimento, deliberação formalizada no **Acórdão 1.767/2005 – Plenário** (fl. 42). Frente ao último foram opostos embargos de declaração, que conheceram sorte idêntica – **Acórdão 39/2006 – Plenário** .

Cumpr-me registrar a boa-fé da pretensão recursal deduzida pela agravante. Os documentos carreados a estes autos são inequívocos ao demonstrar que a Petrobras opôs-se resolutamente à determinação de reger-se pela Lei 8.666/1993 em detrimento do Decreto 2.745/1998, para a matéria em causa. Para tanto, a empresa estatal sistematicamente pontuou que o Tribunal de Contas da União somente poderia chegar a tal resultado operando verdadeiro controle abstrato de constitucionalidade, o que não somente desborda da inteligência da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal como a um só tempo comprovaria sua caducidade frente à ordem constitucional de 1988. Aponto, em acréscimo, que, na exordial do presente *mandamus*, a mesma questão constitucional fora expressamente articulada, na condição de causa de pedir.

Ora, considerados o pedido e a causa de pedir deste *mandamus*, **não se faz possível sustentar que a decisão agravada deveria ter declarado “ a impossibilidade de o TCU pretender aplicar sanções à impetrante , relativamente a atos por ela praticados antes da vigência da Lei n. 13.303/16, sob o fundamento de suposta inconstitucionalidade do arts. 67 da Lei n. 9.478/1997 e do Decreto Licitatório Simplificado da Petrobras (Decreto n. 2.745/1998) ”.** (eDOC 26, fl. 2)

Primeiro, porque tal pedido não fora deduzido na petição inicial . A providência que se requereu foi a de que “ *em caráter de urgência, seja deferida liminar suspendendo a decisão alvejada na presente ação mandamental* ” e, no mérito, que se reconheça a ilegalidade e abusividade do ato (fls. 10-11). **Não se requereu a prolação de uma tese** , mas de um mandamento judicial que obstasse que duas determinações exaradas pelo Tribunal de Contas da União irradiassem efeitos. Firmar, agora, a tese desenhada pela agravante importaria em, a pretexto de colmatar omissão, **decidir para além dos limites objetivos** da causa.

Segundo , porque da **causa de pedir** do *writ* não exsurge que a decisão agravada devesse, antes de declarar o prejuízo do mandado de segurança, necessariamente assentar que “ **a impossibilidade de o TCU pretender aplicar sanções à impetrante** , relativamente a atos por ela praticados antes da vigência da Lei n. 13.303/16 ”. Tal não era uma questão no sentido processual do termo (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 590).

E nem poderia ser, porque o mandado de segurança é veículo processual inadequado para rogar por uma tutela declaratória: “ **O nosso ordenamento jurídico não aceita a possibilidade do mandado de segurança normativo** , isto é, o que estabelece regra geral de conduta, para casos futuros, indeterminados, conforme a lição de Hely Lopes Meirelles ” (STJ, **RMS 9.693/MS** , Primeira Turma, relatado pelo eminente Ministro José Delgado, de saudosa memória).

4. Dispositivo

Diante do exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**