

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EFETUADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: O CASO PETROBRAS JUNTO À OPERAÇÃO LAVA JATO

THE CONSTITUTIONAL CONTROL BY THE COURT OF AUDIT OF THE UNION: THE CASE OF PETROBRAS AND THE LAVA JATO OPERATION

**Diogo Lopes Cavalcante
Graciele Anton**

Resumo

A súmula 347 do Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade do Tribunal de Contas da União realizar o controle de constitucionalidade em concreto de atos do poder público. Entretanto, existem divergências doutrinárias quanto à aplicabilidade da súmula em razão da natureza administrativa da corte de contas. Note-se que em vários episódios o Supremo se colocou em objeção às decisões proferidas pelo TCU sob o manto do controle repressivo de constitucionalidade, principalmente em processos licitatórios como o caso da empresa Petrobras. Recentemente, contudo, a imprensa veicula inúmeras fraudes nos processos licitatórios da Petrobras investigadas pela Operação Lava Jato.

Palavras-chave: Tcu, Controle de constitucionalidade, Petrobras

Abstract/Resumen/Résumé

Supreme Court Summary 347 recognizes the possibility of the Federal Audit Court to carry out the constitutionality control in concrete of acts of the public power. However, there are doctrinal divergences regarding the applicability of the precedent due to the administrative nature of the court of accounts. It should be noted that in several episodes the Supreme Court objected to the decisions made by the TCU under the mantle of repressive control of constitutionality, such as the case of Petrobras. Recently, however, the press has carried out numerous frauds in Petrobras' bidding processes investigated by Lava Jato.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Tcu, Control of constitutionality, Petrobras

INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe debater a possibilidade do Tribunal de Contas da União realizar o controle de constitucional repressivo ao caso concreto e, notadamente, discutir o caso da empresa Petrobras entorno da lei de licitações. Busca-se, ainda, o exame dos fundamentos do controle de constitucionalidade adotado no Brasil, em análise a legislação vigente e jurisprudencial.

Para tanto, no tópico I será exposto o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro e a possibilidade da corte de contas efetuar o controle de constitucionalidade no caso concreto. No tópico II apresenta-se a definição e funções do Tribunal de Contas da União, órgão pertencente ao Poder Legislativo, com atribuições ligadas ao controle externo. Por sua vez, no tópico III expõe-se especificamente do caso da empresa Petrobras.

Para o desenvolvimento do estudo o método de pesquisa a ser utilizado é exploratória, descritiva, com coleta de dados secundários, tendo como instrumentos de pesquisa, livros, artigos científicos, teses, e outros meios de informação.

Sendo que, o estudo tem como objetivo principal analisar o controle de constitucionalidade celebrado pelo Tribunal de Contas da União de maneira repressiva na discussão acerca do Mandado de Segurança n.º 25.888 impetrado pela Empresa Petrolífera Brasileira – Petrobras.

I. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O EXCEPCIONAL CONTROLE REPRESSIVO E CONCRETO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O controle de constitucionalidade se trata do mecanismo de filtragem constitucional das normas inferiores sob a luz da Constituição, que corporifica o chamado Estado de Direito. Quer dizer, sob o prisma da pirâmide de Kelsen, trata-se o controle de constitucionalidade o sistema que evidencia que todas as normas do ordenamento jurídico têm como fundamento a Constituição Federal (BASTOS, 2002, p. 345). Eis o princípio da supremacia da constituição, que “revela a sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada em diferentes níveis” (LENZA, 2008, p. 117).

O controle de constitucionalidade é, pois, um mecanismo para averiguar e aferir se as normas são compatíveis com a Constituição Federal, assegurando a supremacia formal desta. Sendo que, neste processo, verifica-se as normas do ordenamento jurídico do ponto de vista material (seu conteúdo) e formal (procedimento de sua criação), está dividida em subjetiva – em que se verifica eventual vício de iniciativa – e objetiva – em que se verifica eventual vício nas fases legislativas.

O controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil é o controle jurisdicional – exercido pelo Poder Judiciário – de forma repressiva, que retira as normas *a posteriori* do ordenamento, em caso de dissonância com a Constituição. Este controle jurisdicional, entretanto, manifesta-se tanto na forma difusa como concentrada, este com relação as normas em abstrato realizado pelo supremo corte e aquele realizado no caso concreto por qualquer juiz ou órgão do Judiciário. Eis o modelo da Constituição de 1988.

Antes, todavia, na Constituição de 1824, nada versava sobre o controle de constitucionalidade, que apenas foi introduzido no Brasil na Constituição de 1891, de vasta influencia norte-americana, na modalidade difusa apenas. Sendo que, apenas na Constituição de 1967 – ou, na verdade, na emenda constitucional n. 16 de 1965 a Constituição de 1946 – foi somado o chamado controle concentrado, criado por Hans Kelsen.

Note-se que apesar de se adotar o sistema de controle de constitucionalidade jurisdicional repressivo, o Brasil adota certas formas excepcionais de controle de constitucionalidade, seja modalidades de controle preventivo ou seja modalidades de controle repressivo realizada pelos outros dois poderes.

Preventivamente atua o Poder Legislativo por meio de suas comissões de constituição e justiça, para impedir a aprovação de normas inconstitucionais, de mesma forma que se permite ao chefe do Poder Executivo vetar normas aprovadas pelo legislativo que apresentarem vício de inconstitucionalidade, em que se fala em veto jurídico. Atuação preventiva que também cabe ao Poder Judiciário por meio do julgamento de mandados de segurança impetrado exclusivamente por parlamentares em situações de afronta ao devido processo legislativo constitucional.

Repressivamente, atua também o Poder Executivo negando-se a cumprir normas flagrantemente inconstitucionais e, ainda, atua o Poder Legislativo no controle de medidas provisórias, na sustação de atos de executivo que usurpar o seu poder regulamentar e, como objeto principal desse trabalho, na atuação de seus tribunais de contas.

Ora, a competência dada ao Tribunal de Contas (TCU) para, no exercício de sua função, apreciar os atos normativos do poder público em consonância com a redação disposta na lei *master*, é dada pela súmula 347 do STF.

Quanto à habilitação legal do TCU para o julgamento da constitucionalidade dos atos normativos existem divergências doutrinárias. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2014) alega que a Súmula que dá competência ao Tribunal de Contas é inconstitucional dado a data de sua aprovação, em 1963, num contexto em que o controle abstrato de constitucionalidade era inexistente e admitia-se a recusa ou apreciação das leis por órgãos não jurisdicionais. José Afonso da Silva (2010) defende a ideia de que a CF/88 em seu artigo 102 prevê que compete precipuamente ao Supremo a guarda da constituição, mas não exclusivamente, dando margem ao controle difuso mesmo após 1988. Pedro Lenza (2008), por sua vez, argui no sentido de que o artigo 97 da CF/88 deve ser exigido na validação da competência do TCU para o exame de constitucionalidade, pois versa a respeito da cláusula de reserva de plenário na qual “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Lenza defende ainda que a apreciação e a não aplicação de uma norma pode ser sim efetuada se a Corte de Contas entender que o ato normativo não vai em consonância com a Constituição.

II. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Tendo como principal função o julgamento das contas dos administradores públicos e de todos aqueles que detém a guarda ou manipulação do dinheiro público federal, o Tribunal de Contas da União é órgão de assessoramento do poder legislativo, possuindo independência orgânica. A função do Tribunal de Contas é técnica e administrativa, não jurisdicional, sim de promoção da defesa da ordem jurídica.

O Tribunal de Contas da União, portanto, não tendo sido citado na Constituição como órgão pertencente ao Judiciário, possui caráter administrativo, exercendo o controle externo da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, conforme o art. 71:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Segundo o próprio Tribunal, suas funções básicas atingem as formas fiscalizadora, por meio de auditorias e inspeções para apuração de denúncias e fiscalização de renúncias de receitas e de atos de contratos administrativos em geral; consultiva, pela elaboração de pareceres acerca das contas prestadas ao TCU, além da checagem de consultas realizadas no tocante a aplicação das normas pertinentes às matérias de sua competência; informativa, quando solicitado ou prestação acerca dos resultados de inspeções e auditorias efetuadas pela Corte de Contas; judicante, quando o Tribunal julga as contas dos administradores e demais responsáveis pelo erário público; sancionadora, em caso de irregularidades observadas em despesas ou em contas; corretiva, quando se determina a correção das irregularidades ou ilegalidades observadas; normativa, que consiste no poder regulamentar conferido ao TCU pela sua Lei Orgânica, facultando a expedição de instruções e atos normativos coativos acerca de matérias de sua competência; e de ouvidoria, ou seja, recebimento de denúncias e representações de irregularidades, a fim de fortalecer a cidadania e defesa de interesses da coletividade; além de assumir ainda

caráter educativo por meio de orientação e informação de procedimentos da gestão pública.

A Constituição Brasileira, em seu artigo 96, inciso I, prevê ao TCU, no que couber, a execução das competências atribuídas aos Tribunais judiciais, tal como a eleição de seus órgãos diretivos, elaboração do seu regimento interno, disposição sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos administrativos, organização da sua secretaria e de serviços auxiliares, e promoção por concurso público de provas ou provas e títulos (conforme art. 169, parágrafo único) os cargos necessários à administração de seus órgãos.

O art. 73 da Constituição por sua vez regula a composição do colegiado da Corte de Contas, sediada no Distrito Federal, que se integra por nove Ministros maiores de 35 anos, de idoneidade moral e reputação ilibada, que possuem notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública com mais de dez anos de exercício profissional (§1º, art.73, CF). Três Ministros são nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo mesmo, segundo os critérios de antiguidade e merecimento, e dois terços serão indicados pelo Congresso Nacional (§2º, art. 73, CF).

III. O CASO DA PETROBRAS E A OPERAÇÃO LAVA JATO

A discussão acerca da legitimidade do Tribunal de Contas ascendeu após o Mandado de Segurança n.º 25.888 impetrado pela empresa Petróleo Brasileiro SA em objeção às decisões reiteradas do TCU.

Ao efetuar a análise das contas da empresa petrolífera a Corte de Contas se posicionou pelo afastamento do Decreto n.º 2.745/1998, que dispõe do processo de licitação simplificado, e determinou a observância da lei 8.666/1993 regulamentadora do artigo 37, XXI, da Constituição Federal. O referido artigo da Constituição determina que as contratações para obras, serviços, compras e vendas da administração pública da União, Estados, Municípios e Distrito Federal deverão ser estabelecidas por meio de licitações públicas.

Ora, em 2002 o Plenário do TCU acordou pela inconstitucionalidade do artigo 67 da lei 9.478/1997 na 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”. Em 2004, pelo Acórdão de n.º 1.498 a Corte de Contas reitera, entre outras medidas, a observância da Lei n.º 8.666/1993 para o processo licitatório da empresa petrolífera, que acabou pedindo a reconsideração da decisão. O pedido foi negado conforme decisão de número 1.767/2005, e subsequentemente interpôs, ainda junto ao TCU, Embargos de Declaração, igualmente refutado pelo Acórdão n.º 39/2006. De modo que, em objeção à decisão proferida no ano de 2006, a empresa submete ao Supremo Tribunal Federal o Mandado de Segurança n.º 25.888 que, sob a relatoria de Mendes, decreta a suspensão do Acórdão n.º 39/2006.

O Mandado de Segurança 25.888, por sua vez, foi deliberado no ano de 2006 em decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes na qual determinava a suspensão dos efeitos do Acórdão n.º 39/2006.

No ano de 2007, o Tribunal de Contas, em decisão de n.º 266 reformada pelo Acórdão n.º 1249, novamente acorda pelo repúdio do Decreto n.º 2.745/1998. Adotada reiteradamente, o entendimento jurisprudencial pode ser citado também nos Acórdãos de n.º 1.854 e 2.689, ambos do ano de 2009, mais tarde anulados pelo Mandado de Segurança n.º 28.252/2009 proferido pelo Ministro Eros Grau. As decisões monocráticas em desfavor à Súmula 347 enunciadas no STF, portanto, tornaram-se comuns no âmbito jurídico da Corte Suprema, conforme se observa também nos MSs n.º 26.410/2007, do relator Ministro Ricardo Lewandowski; 25.986/2006, do Relator o Ministro Celso de Mello; MS 27.743/2008 da Ministra Carmen Lúcia; MS 27.796/2009 do Ministro Ayres Britto; MS 28.626/2010, Relator Ministro Dias Toffoli e MS 28.745/2010 da Ministra Ellen Gracie.

No tocante às licitações feitas pela Petrobras que não observaram a lei 8.666/1993, a auditoria do Tribunal de Contas acredita terem sido feitas por meio de carta-convite, na qual apenas empresas selecionadas pela estatal participavam do sistema. Em razão desse sistema simplificado de contratações, várias instituições financeiras comandadas por operadores do mercado de câmbio paralelo, doleiros, são investigadas pela Operação Lava-Jato, desencadeada em 2014, por desvios de verbas dos cofres da Petrobras.

Deflagrada em 17 de março de 2014, em Curitiba, capital do estado do Paraná, afim de investigar inicialmente uma organização criminosa que movimentava recursos ilícitos através de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis, a Operação Lava Jato manteve sua nomenclatura mesmo a investigação tendo se alastrado à outras operações criminosas.

As primeiras constatações, de acordo com o Ministério Público Federal, realizadas na Operação envolviam quatro agremiações criminosas lideradas por doleiros, dos quais posteriormente o Ministério Público Federal obteve provas que desencadearam a descoberta de um estrondoso esquema transgressor que envolvia a empresa petrolífera Petrobrás. Aos altos executivos e outros agentes públicos da estatal, grandes empreiteiras pagavam propina que era gerada por meio de contratos bilionários oriundos do sistema de cartel dessas empresas. O valor da propina variava de 1 à 5% do montante da aliança das empreiteiras e era distribuído por meio de operadores financeiros do sistema de corrupção, entre os quais, alguns personagens já conhecidos pela justiça. Alberto Youssef, poupado do encarceramento por acordo de delação em 2003 da CPI do Banestado, temeroso de uma rigorosa sentença não hesita e colabora com a Justiça delatando o que sabe, dando margem a novas investigações e entregando inclusive os serviços prestados ao ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa.

O foco de inúmeras investigações efetuadas pela operação foram as fraudes a licitações, lavagem de dinheiro, cartéis e pagamentos indevidos à membros da Petrobras. Em depoimento, o procurador da República Roberson Pozzobon, alega haver conexão entre as operações mais recente e o rombo nos cofres são de valores estrondosos.

A Operação, diretamente ligada às contas da Petrobrás, desde janeiro de 2016 possui secretaria própria junto ao Tribunal de Contas da União. De acordo com o secretário Rafael Jardim Cavalcante, a secretaria se responsabiliza pela captação de dados “especiais” retirados das investigações para um maior aproveitamento das informações obtidas, bem como uma maior aproximação com os órgãos envolvidos, oportunizando novas auditorias. Jardim afirma que “o objetivo, neste momento, é aprofundar as conclusões do TCU nesses casos recentes e, com base nesse aprendizado, potencializar ações futuras de controle na área de infraestrutura”. E completa alegando que pretendem conseguir, com a nova secretaria, um controle externo mais eficaz e proveitoso de modo a adquirir resultados permanentes e contínuos para combater a corrupção com a prevenção, detecção e responsabilização das ações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que, sendo a função constitucional do Tribunal de Contas conclui pela necessidade da análise incidental de constitucionalidade da legislação para a efetiva

função fiscalizadora da Corte de Contas, efetuando-se o controle por meio do caso concreto, de modo excepcional.

Considerando que o Poder Executivo não possui recursos e expertise suficientes para um acompanhamento detalhado das despesas de cada entidade pública administrativa, como pudemos observar com o desenrolar das operações a partir dos contratos licitatórios da Petrobrás, o Controle de Constitucionalidade é de extrema importância ao exercício do controle externo efetuado pelo TCU.

Ou seja, do ponto de vista prático, para além das discussões doutrinárias, a história demonstrou que a atuação do TCU na fiscalização de recursos públicos necessita do controle de constitucionalidade repressivo como instrumento.

Particularmente, o bloqueio exercido pelo Supremo Tribunal Federal nesse controle excepcional de constitucionalidade realizado pelo TCU contribuiu, sem dúvida alguma, para a corrupção nas contas da empresa Petrobras. Isso porque, conforme entendimento do TCU, a empresa Petrobras não poderia realizar suas compras com inobservância da lei de licitações. Razão do presente estudo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Decreto n.º 2.745, de 24 de agosto de 1998**. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art . 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm>. Acesso em 10. Jun. 2016.

BRASIL. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 10 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 347**. 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2149> >
Acesso em: 28 jun. 2016.

CARDOSO, A. G. **O STF e as licitações da Petrobrás – Hipótese de deslegalização?** Justen, Pereira Oliveira e Talimini advogados, 2007. Disponível em <

<http://justen.com.br//informativo.php?&informativo=6&artigo=739&l=pt> > Acesso em: 28 jun. 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Entenda o caso. Operação Lava Jato. Disponível em: < <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso> > Acesso em: 16 jun. 2016.

O ESTADÃO. **Fases da Operação Lava Jato**. Disponível em: <<http://infograficos.estadao.com.br/public/politica/operacao-lava-jato/fases/>> Acesso em: 29 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jusbrasil. **STF – Medida Cautelar no Mandado de Segurança : MS 25888 DF**. 2013. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14782467/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-25888-df-stf> > Acesso em: 10 jun. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 27.743/2008, decisão em 23 de junho de 2010**. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2826237&tipoApp=RTF > Acesso em: 10 jun. 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Imprensa. **TCU analisa sistema de contratações da Petrobras**. 2016. Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-analisa-sistema-de-contratacoes-da-petrobras.htm> > Acesso em: 28 jun. 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Imprensa. **TCU estima dano decorrente de cartel em licitações da Petrobras**. 2015. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aaa.htm> > Acesso em: 28 jun. 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Institucional. **Funcionamento do TCU**. Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/funcionamento/> > Acesso em: 09 set. 2016.