



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1080198 - RJ (2008/0174976-1)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : MARÍTIMA PETRÓLEO E ENGENHARIA LTDA
ADVOGADOS : BRUNO CALFAT E OUTRO(S) - RJ105258
LUIS FELIPE FREIRE LISBOA E OUTRO(S) - DF019445
AGRAVADO : PETRÓLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS
ADVOGADOS : RAFAEL BARROSO FONTELLES E OUTRO(S) - RJ119910
FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES - RJ147325
ASSISTENTE : TOSTES E ASSOCIADOS ADVOGADOS
ASSISTENTE : SÉRGIO FRANCISCO DE AGUIAR TOSTES
ADVOGADOS : SÉRGIO FRANCISCO DE AGUIAR TOSTES - RJ014954
MARIA HETILENE BEZERRA GOMES TOSTES - RJ023716
FERNANDA MENDONÇA DOS SANTOS FIGUEIREDO DAL
MORO - DF023890
BRUNO PATRICIO OLIVEIRA DA SILVA E OUTRO(S) -
RJ126694

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. LEI DAS LICITAÇÕES. APLICABILIDADE. DECRETO N. 2.745/98. DISCUSSÃO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA QUE EXTRAPOLA A ESTREITA VIA DO RECURSO ESPECIAL.

1. A submissão da PETROBRAS ao regime da Lei 8.666/93, pretensão exposta no recurso especial da parte agravante, depende da declaração de constitucionalidade do Decreto 2.745/98, debate ainda travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.
2. Assim, sendo nítido o viés constitucional da controvérsia, a ser dirimida pelo STF, não se vislumbra a possibilidade de seu conhecimento por este Sodalício em sede de recurso especial.
3. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 21 de setembro de 2020.

Sérgio Kukina
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1080198 - RJ (2008/0174976-1)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : MARÍTIMA PETRÓLEO E ENGENHARIA LTDA
ADVOGADOS : BRUNO CALFAT E OUTRO(S) - RJ105258
LUIS FELIPE FREIRE LISBOA E OUTRO(S) - DF019445
AGRAVADO : PETRÓLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS
ADVOGADOS : RAFAEL BARROSO FONTELLES E OUTRO(S) - RJ119910
FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES - RJ147325
ASSISTENTE : TOSTES E ASSOCIADOS ADVOGADOS
ASSISTENTE : SÉRGIO FRANCISCO DE AGUIAR TOSTES
ADVOGADOS : SÉRGIO FRANCISCO DE AGUIAR TOSTES - RJ014954
MARIA HETILENE BEZERRA GOMES TOSTES - RJ023716
FERNANDA MENDONÇA DOS SANTOS FIGUEIREDO DAL
MORO - DF023890
BRUNO PATRICIO OLIVEIRA DA SILVA E OUTRO(S) -
RJ126694

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. LEI DAS LICITAÇÕES. APLICABILIDADE. DECRETO N. 2.745/98. DISCUSSÃO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA QUE EXTRAPOLA A ESTREITA VIA DO RECURSO ESPECIAL.

1. A submissão da PETROBRAS ao regime da Lei 8.666/93, pretensão exposta no recurso especial da parte agravante, depende da declaração de constitucionalidade do Decreto 2.745/98, debate ainda travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.
2. Assim, sendo nítido o viés constitucional da controvérsia, a ser dirimida pelo STF, não se vislumbra a possibilidade de seu conhecimento por este Sodalício em sede de recurso especial.
3. Agravo interno a que se nega provimento.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Trata-se de agravo interno interposto por **Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.** desafiando decisão que não conheceu do seu apelo nobre, em razão da impossibilidade de se examinar questão constitucional no âmbito do recurso especial.

A parte agravante sustenta, em resumo, que *"patente é a violação à legislação*

infraconstitucional aplicável, notadamente à Lei de Licitações" (fl. 2.635).

Aduz, também, que a "divulgação ampla do processo, assegurando-lhe a publicidade, por certo atrai o maior número possível de participantes, de modo que é impositiva a licitação por concorrência pública em certames da grandeza dos realizados no segmento de plataformas de petróleo e gás" (fl. 2.636).

Aponta, ademais, negativa de prestação jurisdicional, argumentando que a discussão acerca da constitucionalidade do Decreto 2.745/98 não obsta o julgamento do apelo nobre que trata da aplicação e interpretação de lei.

Requer, desse modo, a reconsideração do *decisum*, ou a submissão do feito ao julgamento colegiado para que seja dado provimento ao recurso especial.

Impugnação da agravada às fls. 2.648/2.662.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Em que pese aos argumentos aduzidos no presente recurso, a decisão agravada não merece reparos.

Com efeito, conforme constou do *decisum* singular, não há como conhecer do recurso especial, uma vez que a discussão nele travada tem origem em acórdão que concluiu pela constitucionalidade e legalidade da adoção de procedimento simplificado para aquisição de bens e serviços pela PETROBRAS, como autorizado pelo art. 67 da Lei n. 9.478/97, e regulamentado pelo Decreto n. 2.745/98.

Conforme argumenta o recorrente nas razões do apelo nobre, a afronta à lei federal decorreria do seguinte raciocínio (fl. 2.253):

[...] (a) o art. 23, I, "a", da Lei n.º 8.666/93 aplica-se à PETROBRAS; (b) a PETROBRAS não pode, amparada no Decreto n.º 2.745/98, que regulamentou o art. 67 da Lei n.º 9.478/97, promover licitações, pela modalidade de convite, que ultrapassem o valor estabelecido na Lei de Licitações (R\$ 150 mil); e, conseqüentemente, (c) as licitações promovidas pela PETROBRAS, através de convite, envolvendo contratações superiores a R\$ 150 mil, contrariam a Lei de Licitações, no art. 23, I, "a", inquestionavelmente violado.

Entretanto, tal como asseverado no acórdão *a quo*, a questão se encontra em debate no Supremo Tribunal Federal, que a apreciou em mandados de segurança que contestavam decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, o qual declarou a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei n. 9.478/97 e do Decreto n. 2.745/98, determinando que a PETROBRAS observe os ditames da Lei n. 8.666/93.

No **MS 25.888 MC/DF**, o Ministro Gilmar Mendes, ao conceder medida liminar para suspender cautelarmente os efeitos do julgado do TCU, ressaltou que "*A submissão legal da*

Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes" (MC no MS 25.888/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 29/3/2006).

Atualmente, todo o debate da matéria está concentrado no julgamento do **RE 441.280/RS**, relator Ministro Dias Toffoli, o qual aguarda pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes, conforme noticia o Informativo 840, de 19 a 23/9/2016:

O Plenário retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a aplicação, ou não, à Petrobras, do disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 ("Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.").

Na espécie, o tribunal local havia reformado sentença que concedeu indenização em favor das empresas recorrentes e havia assentado a não incidência do aludido dispositivo legal à Petrobras. Afinal, por ser uma sociedade de economia mista, seu regime jurídico seria de natureza privada.

As recorrentes sustentam violação ao art. 37, XXI, da CF/1988. Seria nulo o ato da Petrobras que havia cancelado contrato firmado com elas e submetido a outra empresa os serviços de afretamento de navios, sem observância à regra constitucional que exige licitação — v. Informativo 634.

Em voto-vista, o ministro Luiz Fux, acompanhado pelos ministros Dias Toffoli (relator) — que reajustou seu voto —, Teori Zavaski, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, conheceu em parte do recurso. Na parte conhecida, negou-lhe provimento.

Afirmou que a constitucionalidade do Decreto 2.745/1998, que instituiu o procedimento licitatório simplificado da companhia, não guarda relação com o tema em debate. No caso, a contratação descrita nos autos perdurara até 1994, período em que a Petrobras estava submetida à Lei 8.666/1993, inexistindo, na época, qualquer procedimento licitatório específico para as contratações. Além disso, a controvérsia é anterior à EC 19/1998, que alterou os artigos 22, XXI; e 173, § 1º, da CF/1988.

Ponderou ser a Petrobras pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Indireta. Sob a forma de sociedade de economia mista, explora atividade econômica em regime de concorrência. A companhia

deve, assim, observar os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, economicidade, publicidade e eficiência em todas as contratações, bem como os princípios da Administração Pública previstos em diplomas legais.

Obras, serviços, compras e alienações da empresa devem ser contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, ressalvados os casos especificados na legislação (CF/1988, art. 37, XXI). No ponto, a Lei 8.666/1993, que regulamenta o dispositivo constitucional, aplica-se às entidades integrantes da Administração até sobrevir legislação específica, conforme instituído pela EC 19/1998.

Ressaltou que o procedimento licitatório previsto nas normas gerais para licitações e contratos não é obrigatório quando a realização do certame possa comprometer o caráter concorrencial da empresa estatal. Isso se presume apenas nos casos em que o objeto do contrato corresponder ao objeto social ou se inserir na atividade preponderante da empresa. No entanto, a Petrobras, na disputa de espaço no mercado com particulares, não se desobriga da observância das normas jurídicas aplicáveis à Administração, visto que seu regime não é exclusivamente privado. Tal fato obriga-a a submeter-se ao controle do TCU, a realizar concurso público para a contratação de seus empregados e a realizar licitação para as suas contratações.

Frisou que as atividades desempenhadas pela Petrobras podem ser divididas em instrumentais e preponderantes. As primeiras são acessórias em relação ao objeto social da companhia e imprescindíveis para que ela funcione. Além de refinar e comercializar petróleo, derivados e gás natural, que configuram exemplos de sua atividade preponderante, a empresa também necessita adquirir material de escritório, limpeza, manutenção predial, além de outras atividades que não dizem respeito ao núcleo de negócios da companhia. Nesse sentido, a Lei 8.666/1993 deve ser aplicada integralmente às contratações realizadas pela Petrobras em relação à sua atividade instrumental.

Quanto à atividade preponderante, ou seja, diretamente relacionada ao objeto social da companhia e que afeta de imediato o negócio principal da sociedade, ela exige o acompanhamento da agilidade e fluidez do mercado competidor.

No caso, o estatuto social da Petrobras não deixa qualquer dúvida de que o transporte marítimo de petróleo e de outras substâncias é parte da atividade preponderante da empresa. Isso torna dispensável a realização de procedimento licitatório, nos moldes da Lei 8.666/1993. Entretanto, a inexigibilidade de a Petrobras promover certame licitatório não afasta o dever geral de fiel observância aos princípios gerais aplicáveis à Administração previstos na Constituição, especialmente os da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, bem como seus corolários, ainda que infraconstitucionais. Na espécie, estão ausentes as provas de que esses princípios foram descumpridos pela recorrida quando procedera à contratação de transportadora marítima no período.

Consignou que o art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 deve ser interpretado de forma a esclarecer que a Petrobras submete-se aos ditames dessa lei, salvo nos casos em que a realização do certame

licitatório prejudicar a competitividade da empresa no exercício de sua atividade preponderante.

Ademais, o direito subjetivo à renovação do contrato de transporte celebrado entre a recorrente e a Petrobras revela a antijuridicidade do pedido quanto ao pagamento de perdas e danos. À semelhança de empresas concorrentes, a recorrente detinha mera expectativa futura de ser contratada. Dessa forma, ainda que a Petrobras tivesse adotado um procedimento de contratação inconstitucional, a recorrente não teria direito a indenização. Ao contrário, o reconhecimento de qualquer direito a indenização nessa fase processual exigiria reexame de provas, inviável na espécie.

Assim, não conheceu do recurso quanto ao pleito de condenação em perdas e danos. Porém, quanto à alegada ofensa ao art. 37, XXI, da CF/1988, manteve o acórdão recorrido por fundamento distinto. Entendeu que a Petrobras deve observar as normas gerais de licitação e contratos, mas que fica dispensado o procedimento licitatório previsto na Lei 8.666/1993 quando a realização do certame puder comprometer a competitividade da empresa, o que se presume nos autos por tratar-se de atividade preponderante.

O ministro Edson Fachin, a seu turno, deu provimento ao recurso.

Reputou que a atuação da Petrobras não pode ser enfocada apenas sob a dimensão interna, em que se configura o monopólio. Ela atua em competição com outras empresas transnacionais, numa dimensão mundial. Portanto, aplicam-se a ela procedimentos contratuais apropriados a garantir-lhe condições de competitividade.

Consideradas essas premissas, concluiu pela violação, na espécie, do art. 37, XXI, da CF, à luz da EC 19/1998.

Por sua vez, a ministra Rosa Weber, acompanhada pela ministra Cármen Lúcia (presidente), conheceu em parte do recurso, na linha do voto proferido pelo ministro Luiz Fux. Na parte conhecida, deu-lhe provimento, no sentido do voto do ministro Edson Fachin.

Em seguida, o julgamento foi suspenso para aguardar-se o voto do ministro Gilmar Mendes.

RE 441280/RS, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 22-9-2016.

Como está nítido, a submissão da PETROBRAS ao regime da Lei n. 8.666/93, pretensão exposta no recurso especial da parte agravante, depende da declaração de constitucionalidade do Decreto n. 2.745/98, debate ainda travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Assim, revelando-se nítido o viés constitucional da controvérsia a ser dirimida pelo STF, não se vislumbra a possibilidade de seu conhecimento por este Sodalício em sede de recurso especial.

ANTE O EXPOSTO, nega-se provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no REsp 1.080.198 / RJ

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2008/0174976-1

Número de Origem:

200813503696 344952005 20010011297033 200400203602 3622006 20040023602 20040010012511

Sessão Virtual de 15/09/2020 a 21/09/2020

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARÍTIMA PETRÓLEO E ENGENHARIA LTDA

ADVOGADOS : BRUNO CALFAT E OUTRO(S) - RJ105258

LUIS FELIPE FREIRE LISBOA E OUTRO(S) - DF019445

RECORRENTE : PETRÓLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS

ADVOGADOS : RAFAEL BARROSO FONTELLES E OUTRO(S) - RJ119910

FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES - RJ147325

RECORRIDO : OS MESMOS

ASSISTENTE : TOSTES E ASSOCIADOS ADVOGADOS

ASSISTENTE : SERGIO FRANCISCO DE AGUIAR TOSTES

ADVOGADOS : SÉRGIO FRANCISCO DE AGUIAR TOSTES - RJ014954

MARIA HETILENE BEZERRA GOMES TOSTES - RJ023716

FERNANDA MENDONÇA DOS SANTOS FIGUEIREDO DAL MORO - DF023890

BRUNO PATRICIO OLIVEIRA DA SILVA E OUTRO(S) - RJ126694

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
LICITAÇÕES

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MARÍTIMA PETRÓLEO E ENGENHARIA LTDA

ADVOGADOS : BRUNO CALFAT E OUTRO(S) - RJ105258

LUIS FELIPE FREIRE LISBOA E OUTRO(S) - DF019445

AGRAVADO : PETRÓLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS

ADVOGADOS : RAFAEL BARROSO FONTELLES E OUTRO(S) - RJ119910

FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES - RJ147325

ASSISTENTE : TOSTES E ASSOCIADOS ADVOGADOS

ASSISTENTE : SERGIO FRANCISCO DE AGUIAR TOSTES

ADVOGADOS : SÉRGIO FRANCISCO DE AGUIAR TOSTES - RJ014954

MARIA HETILENE BEZERRA GOMES TOSTES - RJ023716

FERNANDA MENDONÇA DOS SANTOS FIGUEIREDO DAL MORO - DF023890

BRUNO PATRICIO OLIVEIRA DA SILVA E OUTRO(S) - RJ126694

TERMO

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 21 de setembro de 2020