



Roberto Maluf Filho

**Princípio da eficiência em contratações de
empresas estatais: uma análise da argumentação
do TCU**

**Monografia apresenta à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob a orientação do
professor Yasser Reis
Gabriel**

São Paulo

2017

Resumo: A monografia aborda como o princípio da eficiência é aplicado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) quando na análise de contratações de empresas estatais. Verifica se há preocupação, pelo TCU, com o ônus argumentativo que decorre da aplicação de fundamento jurídico com conteúdo tão vago. Chegou-se a resultados que categorizam os casos estudados em relação aos tipos de tema em que o Tribunal utiliza tal princípio, bem como à adequabilidade de seu uso. Ao final, propõe-se algumas considerações acerca da generalidade do conteúdo do princípio estudado e de sua aplicação pelo TCU.

Palavras-chave: Princípio da eficiência; princípio da economicidade; Tribunal de Contas da União; licitação; empresa estatal.

Agradecimentos

Em meio a um processo tão intenso – e igualmente incrível – quanto às aulas da Escola de Formação 2017 e, principalmente, à realização desta pesquisa, não são poucos aqueles a quem neste momento posso, e devo agradecer, pois tornaram possível este trabalho.

Antes de tudo agradeço a Deus pelo auxílio em todas as etapas da vida, inclusive e principalmente na elaboração dessa pesquisa.

Agradeço a meus pais, Roberto e Claudia, por terem me proporcionado oportunidades de desenvolver minhas capacidades, além de sempre estarem ao meu lado. A meus irmãos, Luisa e Ricardo, por compreenderem a importância desse processo para o meu amadurecimento como estudante e pessoa, e por me apoiarem nas tranquilidades e nos momentos difíceis. À minha família e meus amigos, no geral, por tornarem minha vida mais leve com encontros recheados de amor e alegria.

A meu orientador, professor Yasser, a quem devo todas as maravilhosas conversas e sugestões que levaram o projeto a esse resultado, além de toda disposição em me ajudar, desde antes do estabelecimento da orientação, com o amadurecimento do tema, elaboração do projeto e execução da pesquisa. Agradeço também a meus tutores, Samuel e Pedro, pelo compartilhamento de experiências e apontamentos que tornaram o processo de pesquisa mais interessante.

Também agradeço ao Guilherme e à Natalia, bem como aos amigos e colegas que fiz na Escola de Formação, por tornarem este ano de 2017 único e especial, com debates e histórias que levarei por toda a vida.

Agradeço a minha psicóloga, Aurea, por ter me ajudado a compreender a importância da inteligência emocional que se deve ter em todos os momentos da vida.

Por fim agradeço a todos os professores e às pessoas que contribuíram, até aqui, com a minha formação humana.

Lista de Acórdãos Estudados

Acórdão 493/2017: Caso Banco do Brasil e a alienação de imóveis;

Acórdão 624/2003: Caso Banco do Brasil e a contratação de penhor rural;

Acórdãos 768/2011 e 2.344/2007: Caso Eletrobrás e a aquisição de combustível;

Acórdãos 3.238/2012 e 483/2017: Caso Eletrobrás e atividades nucleares;

Acórdão 996/2015: Caso BNDES e a alienação do imóvel;

Acórdão 851/2009: Caso Consórcio Datacenter;

Acórdãos 537/2010 e 2.104/2007: Caso Companhia Docas do Espírito Santo – CODESA;

Acórdão 1.557/2004: Caso Rede Ferroviária Federal S/A – RFFSA “em liquidação”

Acórdãos 1.427/2010 e 346/2007: Caso Petrobrás e a utilização do CADIN;

Acórdão 1.789/2011: Caso Eletrobrás e implantação de usinas hidrelétricas;

Acórdão 2.616/2008: Caso Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO;

Acórdão 1.394/2012: Caso Petrobrás e a aceitabilidade de preços;

Acórdão 2.238/2013: Caso Eletrobrás e a licitação internacional;

Acórdão 2.115/2008: Caso Petrobrás e o fracionamento de licitação;

Acórdãos 761/2011, 3.674/2013 e 2.668/2014: Caso Eletrobrás e as caldeiras da usina de Manaus;

Acórdão 525/2012: Caso Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU;

Acórdão 1.324/2016: Caso Companhia Docas do Pará – CDP;

Acórdão 3.193/2014: Caso Companhia das Docas do Estado da Bahia – CODEBA;

Acórdão 1.019/2007: Caso Desenvolvimento Rodoviário S.A. – Dersa;

Acórdãos 392/2006, 536/2014, 1.375/2013, 3.014/2010 e 1504/2005:

Caso Petrobrás e Banco do Brasil e uso de "minutas-padrão".

Sumário

INTRODUÇÃO	7
1. MÉTODO DE PESQUISA	11
1.1. Seleção dos Acórdãos	11
1.2. Critérios de Análise	14
2. ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS	18
2.1. Explicação dos achados de pesquisa.....	18
2.2. Discricionariedade do gestor sobre o processo de contratação	19
2.3. Ilegalidade em Licitação.....	34
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61
ANEXO I.....	63

Introdução

O tema *princípios jurídicos* é objeto de diversos debates no Direito brasileiro, polarizando a doutrina tanto em relação à sua natureza quanto à maneira de aplicá-los¹. Observa-se que, se por um lado é vasta a utilização de princípios pela jurisprudência (como em parte será demonstrado nesse trabalho), por outro é uma espécie normativa que possui certa indeterminação quanto ao seu mandamento, o que traz dificuldades à sua aplicação². Do reconhecimento desse paradoxo é que se parte a esta pesquisa.

É particularmente instigante o princípio da eficiência, visto que é um termo utilizado concomitantemente pela ciência jurídica, pela administração e pela economia. Assim se torna ainda mais relevante saber como é aplicada uma norma cujo conteúdo não é de fácil determinação.

Nem sempre o princípio da eficiência teve sua previsão expressa no texto constitucional. Sua inclusão se deu pela Emenda Constitucional 19/1998, passando a figurar no art. 37 da Constituição³. Essa alteração normativa foi um dos instrumentos da Reforma Gerencial ocorrida na década de 1990, que procurou dar resposta ao tamanho do Estado

1 É notório o debate travado, por exemplo, entre Virgílio Afonso da Silva e Humberto Bergmann Ávila acerca da aplicação da teoria dos princípios, partindo do entendimento de Robert Alexy. (SILVA, V. A. D. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, n. 798, p. 23-50, 2002.)

² Essa dificuldade é reconhecida pelo professor Carlos Ari Sundfeld. (SUNDFELD, C. A. Direito administrativos para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012.)

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Brasileiro⁴. Nesse cenário, a reforma buscou promover um modelo de *administração por resultados*, adicionando a eficiência administrativa aos pilares constitucionais⁵.

Também foi a Emenda 19/98 que permitiu haver uma diferenciação no regime de contratações da Administração. Enquanto a administração direta, autarquias e fundações públicas mantiveram seu regime jurídico, as empresas públicas e sociedades de economia mista – pertencentes ao gênero *empresa estatal* – sujeitar-se-iam a lei específica, nos termos do art. 173, §1º da CF⁶. A lógica por trás dessa alteração é: uma vez que essas empresas participam de um regime concorrencial com natureza jurídica de direito privado, buscar um regime mais flexível de contratação, diferentemente das normas gerais, tal como a Lei 8.666/93 (lei geral de licitações), vai ao encontro da desburocratização do Estado e da busca por uma Administração mais eficiente.⁷ Contudo a lei prevista pelo art. 173, §1º

⁴ Sobre o momento anterior à reforma gerencial: “De um modo geral, a Constituição de 1988 adotou como uma de suas grandes diretrizes, no que toca ao direito administrativo, a valorização do regime de direito público, procedendo quase que a uma “recaptação” pelo direito público das entidades estatais constituídas e modeladas à luz do direito privado. As diversas sujeições constitucionais das entidades de direito privado quanto a procedimentos de contratação de pessoal, previsões orçamentárias e licitações, especialmente, terminaram por equipará-las à administração direta e autárquica.” (MAQUES NETO, F. D. A.; DE PALMA, J. B. Empresas estatais e parcerias institucionais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 272, p. 59-92, Novembro 2016. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64297>>. Acesso em: 14 Novembro 2017)

⁵ PEREIRA, Luis Carlos Bresser. *Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Papers/2010/Os_primeiros_passos_reformar_gerencial_estado_1995.pdf>. Acesso em: 27 de outubro de 2017.

⁶ “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:

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;”

⁷ “A Emenda Constitucional no 19 tentou alterar um pouco esse cenário ao traduzir juridicamente a reforma gerencial da máquina da administração pública, orientada pela eficiência na satisfação das finalidades públicas. No que tange às empresas estatais, a proposta da referida emenda constitucional correspondeu a aliviar o processo de adstrição das empresas estatais ao regime de direito privado.” (MAQUES NETO, F. D. A.; DE PALMA, J. B. Empresas estatais e parcerias institucionais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 272, p. 59-92, Novembro 2016. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64297>>. Acesso em: 14 Novembro 2017)

só veio a ser editada e promulgada em 2016, com a entrada em vigor da Lei 13.303/16 (lei das estatais). Portanto, considerando que a norma supramencionada não é autoaplicável, uma vez que o próprio texto dispõe sobre a necessidade de edição de lei específica, houve um lapso temporal em que vigorou uma lacuna jurídica.

A partir desse ponto, o debate sobre o mecanismo de licitações de empresas estatais ganhou um novo contorno. Indagava-se a que regime de contratações se sujeitavam as empresas estatais, ou seja, à lei geral de licitações ou a outras normas. Para ilustrar o cenário de debate: especificamente no caso da Petrobras (sociedade de economia mista) houve a edição de um decreto que previa um sistema de licitação simplificada (Decreto 2.745/98). O Tribunal de Contas da União (TCU) se posicionava a favor da aplicabilidade da lei 8.666/93 às empresas estatais como regra geral, defendendo, inclusive, a inconstitucionalidade do referido Decreto. Porém, o Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de decisões monocráticas, decidiu pela constitucionalidade do mesmo e por sua aplicabilidade às contratações da Petrobras⁸.

A seu turno, o TCU exerce um papel relevante no controle da Administração Pública, enquanto órgão auxiliar do Poder Legislativo. Quanto às licitações realizadas por empresas estatais, sua competência é descrita, principalmente, pelo art. 71, II, VIII, IX e XI, CF, bem como pelo art. 113, lei 8.666/93⁹. Ao realizar esse controle sobre licitações o TCU deve levar em

⁸ Sobre esse tema vide: GEBRIM, L. S. *A adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobras sob as perspectivas do STF e do TCU*. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2013. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=227> Acesso em: 27 de outubro de 2017.

⁹ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
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;
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;
XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.”

conta que as empresas estatais, enquanto integrantes da Administração Indireta, se sujeitam aos princípios elencados pelo art. 37 da Constituição, dentre os quais o da eficiência.

Considerando todos esses pontos, e atentando-se à interessante relação princípio da eficiência com licitação, já que o art. 3º da Lei de Licitações prevê como objetivo do certame a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, expressão que muito se aproxima de uma noção de eficiência, chega-se à pergunta de pesquisa: **como se dá a aplicação do princípio da eficiência pelo TCU em matéria de licitação em empresas estatais?**

“Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.”

1. Método de pesquisa

O método utilizado na pesquisa compreende tanto a busca por dados, quanto o estabelecimento de categorias e critérios de análise. Neste primeiro momento explicar-se-á o caminho percorrido do universo total do tema da pesquisa até a amostra pertinente, justificando-se as escolhas feitas tendo em vista a viabilidade e a consistência metodológica.

1.1. Seleção dos Acórdãos

A busca pelos acórdãos se deu exclusivamente no próprio site do Tribunal de Contas da União por meio da ferramenta "pesquisa de jurisprudência", na parte relativa a "acórdãos". Os termos e operadores pesquisados foram "princípio adj da adj eficiência e licitação e empresa adj estatal". A utilização do operador "adj" se mostra relevante na medida em que permite a busca de palavras aproximadas em sequência, de modo que seriam obtidos os resultados em que realmente "princípio da eficiência" aparece no acórdão. Ao final dessa primeira busca, restringindo os acórdãos àqueles decididos em plenário por meio de ferramenta oferecida pelo sítio do órgão de controle chegou-se a 75 acórdãos. Essa restrição foi feita para que se pudesse analisar o entendimento do TCU, enquanto instituição acerca do tema, não interessando aquelas decisões monocráticas ou tomadas por turma do Tribunal.

Após uma leitura inicial dos acórdãos percebeu-se a necessidade de busca por mais termos de pesquisa. O principal motivo para tal pesquisa superveniente foi o aparecimento do "princípio da economicidade" em alguns dos acórdãos, utilizado conjuntamente com o princípio da eficiência.

A despeito de possuírem conteúdos distintos, tanto o TCU¹⁰ quanto a doutrina¹¹ reconhecem a proximidade dos dois princípios. Tratando dessa questão, a lição de Magno Antônio da Silva:

“a eficiência em licitações públicas gira em torno de três aspectos fundamentais: preços, qualidade e celeridade”. Os preços relacionam-se diretamente com a economicidade (menor custo) ligando esta à eficiência, a celeridade refere-se ao menor prazo possível entre a publicação do ato convocatório e o recebimento do objeto adquirido ou do serviço contratado e a qualidade, por seu turno, diz respeito a padrão de desempenho e, por isso, embute um fator de subjetividade.”. (DA SILVA, M. A. O conceito de eficiência aplicado às licitações públicas: uma análise teórica à luz da economicidade. Revista do TCU, n. 113, p. 71-84, 2008.)

Ainda sobre a proximidade desses princípios:

“Logo, nota-se a existência de estreita relação entre os princípios da eficiência e economicidade. Atender apenas à exigência de baixos custos não implica a plena observância da economicidade, uma vez que são também exigidos padrões de eficiência para que se configure uma ação economicamente satisfatória.” (ARAÚJO, L. M.; RODRIGUES, M. I. A. A relação entre os princípios da eficiência e economicidade nos contratos administrativos. Revista do Serviço Público, n. 63.1, p. 43, 2012. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/87>>.)

Por esses motivos foram considerados pertinentes, também, os acórdãos cuja decisão se pautou no princípio da economicidade.

Dessa forma, foi feita pesquisa superveniente com outros três conjuntos de termos no site do TCU, quais sejam: "princípio adj da adj eficiência e licitação e empresas adj estatais"; "princípio adj da adj economicidade e licitação e empresa adj estatal"; e "princípio adj da adj

¹⁰ Cita-se, por exemplo, a conceituação que é feita no acórdão 2.461/2015: “Eficiência diz respeito às relações entre quantidade de produto e custo dos insumos ou características do processo, como o tempo de produção; economicidade refere-se ao custo dos insumos e aos recursos alocados para a atividade;” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 2.461/2015, Rel. Min. Augusto Nardes, j. 07/10/2015).

¹¹ Embora se reconheça o entendimento contrário de parte da doutrina em relação à proximidade dos princípios, o fato do TCU utilizá-los conjuntamente para fundamentar sua decisão, como se verá na parte relativa à análise, permite que ambos figurem como objetos da busca de pesquisa. Para ver posicionamento contrário vide BUGARIN, Paulo Soares. *Economicidade e eficiência: breves notas*. Revista do TCU, n. 101, p. 15-17, 2004.

economicidade e licitação e empresas adj estatais". Respectivamente obteve-se 86, 53, e 46 acórdãos novos em relação àquela primeira busca. Com isso a soma de acórdãos e conseqüentemente o universo de análise constituíram 260 acórdãos.

Além disso, foram agregados à amostra 2 outros acórdãos, quais sejam o 346/2007 e o 1504/2005. A justificativa da utilização de ambos é que constituem precedentes citados por acórdãos que apareceram na amostra (respectivamente os acórdãos 1427/2010 e o 536/2014). Como a menção feita a esses acórdãos se encontra no contexto em que o princípio é utilizado no caso, optou-se por incorporá-los ao universo de análise. Assim, passou-se a ter 262 acórdãos como universo.

A partir disso, havia a necessidade de critérios para uma filtragem e que possibilitasse distinguir os acórdãos pertinentes dos impertinentes à pesquisa. Criou-se assim uma tabela no Excel com dois critérios, a saber: (i) *a entidade sobre a qual recai o controle do TCU é uma empresa estatal?*; e (ii) *o princípio foi aplicado pelo TCU em questão que trata de licitação?* A tabela pode ser consultada a partir do Anexo I desta pesquisa.

Do primeiro critério passaram como pertinentes apenas aqueles em que a entidade analisada se tratava de empresa estatal.

Quanto ao segundo cabem maiores considerações principalmente em relação àquilo que foi considerado licitação e "aplicação pelo TCU" do princípio. Questão relacionada à licitação é toda aquela que dizer respeito a normas jurídicas que cuidam da fase externa e/ou interna do procedimento licitatório. Embora a fase interna seja um momento eminentemente pautado em escolhas da Administração, há normas a serem seguidas. Nesse sentido, obviamente a necessidade de uma contratação compreende fase interna em que o gestor avalia as possibilidades que possui a Administração. No entanto, ele o faz com liberdade, isto é, não há norma que obrigue o gestor a proceder com a abertura de certame ou com a contratação de determinado serviço, ainda que haja necessidade. Por outro lado a partir do momento em que se estabelece que haja a necessidade de contratação, e passa-se para a escolha da modalidade licitatória ou

justificativa de dispensa existem normas jurídicas balizadoras do comportamento do gestor. Entende-se que para o fim da pesquisa o princípio da eficiência deve ser analisado quando aplicado sobre atos que compreendam o procedimento de licitação, cuja previsão conste em norma jurídica.

Em relação ao que se entende por "aplicação" do princípio pelo TCU, considerou-se pertinente os acórdãos em que o princípio figurou entre os argumentos da tese vencedora na decisão. Isso pode ocorrer de algumas maneiras. Em primeiro lugar o princípio pode constar da fundamentação do próprio ministro em seu voto. Além disso, o ministro pode adotar em seu voto as razões e conclusões da Unidade Técnica do TCU ou da empresa estatal, em que a argumentação se utilizou do princípio. Nesses casos, também se considera aplicado o princípio, uma vez que a decisão veiculada pelo acórdão, que representa o entendimento do TCU sobre o caso, se pautou em argumentos dentre os quais o princípio da eficiência ou da economicidade.

Dessa forma, não bastava que o princípio estivesse relacionado com licitação de empresa estatal, mas deveria, ainda, ser aplicado pelo TCU. Para verificar a ocorrência desse segundo critério de filtragem buscou-se pelo termo "princípio da eficiência" e/ou "princípio da economicidade" no acórdão e verificou em que contexto ele se encontrava. A busca por termos se justifica na medida em que se supõe existir um conceito por trás do princípio.

Após essa filtragem obteve-se a amostra pertinente do universo de análise, cuja quantidade é de 30 acórdãos.

1.2. Critérios de Análise

Com a amostra definida, transpôs-se a leitura e fichamento dos acórdãos. Nestes procurou-se delimitar um resumo da questão fática controvertida no âmbito do TCU, e situar em que parte do acórdão o

princípio apareceu. Ressalta-se que os fichamentos podem ser consultados no Anexo I.

Feito isso em toda a amostra, havia a necessidade de separar os diversos temas abordados em categorias. Percebeu-se que as questões suscitadas no TCU sobre licitação ou tratavam de discricionariedades administrativas — escolha da modalidade e tipo de licitação, por exemplo — ou constituíam ilegalidades no procedimento licitatório — como ausências de cláusulas editalícias obrigatórias.

Seguindo, ainda se necessitava de um critério para analisar a aplicação do princípio da eficiência e da economicidade. Assumindo que toda norma jurídica tem um conteúdo, que é o seu mandamento, também todo princípio possui, por traz de sua nomenclatura, um conceito. Procurou-se adotar uma definição mínima de ambos os princípios, com auxílio da doutrina, para realizar uma análise na aplicação jurisprudencial dos mesmos. Aqui, adota-se como eficiente a decisão administrativa que atingiu o melhor resultado possível¹². Ao melhor resultado que em matéria de licitação se apresenta, normalmente, como o menor custo aos cofres públicos, e como foi adiantado costuma a doutrina também dar o nome de princípio da economicidade¹³. Além da doutrina que suporta essa tese, o próprio TCU na amostra aceita e utiliza esses pressupostos, isto é, *eficiência* como *dever de melhor resultado* e *economicidade* como *dever de menor custo*.

Ora, seja em relação ao melhor resultado (princípio da eficiência), seja em relação ao menor custo (princípio da economicidade) há uma comparação com outros resultados, já que só se pode ser melhor ou menos custoso em relação a algo. A comparação decorre de forma lógica e

¹² Desse conceito não destoa Alexandre de Moraes: "Assim, *princípio da eficiência* é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social." (MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 333).

¹³ Nesse sentido, Niebuhr escreve: "[...] a licitação pública deve ser, além de garantidora da isonomia, instrumento para que a Administração selecione o melhor contratante, que lhe apresente proposta realmente vantajosa, quer quanto ao preço (economicidade), quer quanto à qualidade." (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 55).

necessária da aplicação dos princípios da eficiência e da economicidade, de sorte que se faz pertinente analisar se a argumentação do TCU que utilizou normas principiológicas como essa se preocupou com essa necessidade. Trata-se na verdade de verificar o resultado de uma argumentação contrafactual¹⁴, ou seja, a existência de comparação aliada, nesse caso, com o uso dos princípios.

Assim se considerou adequada a argumentação do ministro que, com base nos princípios, estabeleceu uma comparação entre o comando da decisão e a situação fática. Por outro lado, foi inadequada a decisão que utilizou o princípio sem realizar uma comparação. Isso porque nesses casos a justificativa da utilização dos princípios da eficiência e economicidade, e de seus comandos – dever de melhor resultado ou de menor custo – é a própria comparação. Não há motivo para se utilizar um princípio, cujo conteúdo impõe uma argumentação comparativa, sem de fato o fazer.

Vale ressaltar que o princípio é apenas um dos argumentos utilizados na decisão, de modo que o objetivo da pesquisa não é analisar a coerência nem a relação de todos os argumentos, mas tão somente saber se a aplicação dos princípios é realizada de maneira adequada ao critério estabelecido. Nesse sentido, considerar adequado ou não um acórdão nada tem a ver com a decisão em si. Isto é, não se está fazendo uma análise de resultado do caso, para saber se ele é adequado ou não. O objetivo da pesquisa é analisar isoladamente os argumentos em que o TCU utiliza os princípios, a fim de verificar se esses são aplicados adequadamente. Serão adequados aqueles casos em que o uso do princípio vem vinculado a um argumento comparativo – e inadequados aqueles em que há a ausência desse último. Isso se justifica pelo fato de que há uma necessidade lógica de se fazer uma comparação quando os referidos princípios são aplicados, em virtude dos conteúdos dos mesmos, como já explicado.

¹⁴ Argumento contrafactual é uma modalidade argumentativa em que a proposição antecedente não aconteceu, mas poderia ter acontecido, de modo que a conclusão seria outra. Sua estrutura lógica é *Se "P", então "Q"*, de modo que "P" é falso em relação ao mundo dos fatos, mas pertence ao mundo do possível. Exemplificando, "se a empresa A tivesse licitado, o resultado seria mais eficiente" – compara-se a conclusão "Q" com aquilo que realmente aconteceu; nesse exemplo, a ausência de licitação não foi tão eficiente.

O último esclarecimento que deve ser feito ainda neste momento é sobre a paginação dos acórdãos utilizados. Tanto nas referências feitas aos acórdãos no Capítulo 2, quanto nas dos fichamentos do Anexo I, as páginas dos acórdãos do TCU se referem ao documento word que pode ser baixado na página do TCU quando se consulta um acórdão. Subsidiariamente, na ausência desse documento, a referência será feita a partir da numeração de parágrafos do texto do acórdão.

Findo esse percurso metodológico, passa-se à análise dos acórdãos encontrados.

2. Análise dos Acórdãos

2.1. Explicação dos achados de pesquisa

O princípio da eficiência é norma explícita do art. 37, caput, da Constituição da República e é utilizado pelo Tribunal de Contas da União como fundamento decisório no controle da Administração Pública.

Com a análise dos dados coletados, a partir do objeto de pesquisa, verificou-se que a aplicação do princípio ocorria de duas formas – de tal modo que a categorização dos acórdãos encontrados foi feita, também, de maneira dúplice. De um lado, há casos em que o princípio da eficiência é utilizado pelo TCU para avaliar as opções discricionárias do gestor de empresa estatal quanto às contratações realizadas; de outro, para declarar ilegalidades no procedimento licitatório. Dessa forma os acórdãos foram enquadrados em uma ou em outra categoria:

Ilegalidade na Licitação	Discricionariedade do gestor
Caso Companhia das Docas do Estado da Bahia - CODEBA	Caso Banco do Brasil e a alienação de imóveis
Caso Companhia Docas do Pará - CDP	Caso Banco do Brasil e a contratação de penhor rural
Caso Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU	Caso Eletrobrás e a aquisição de combustível
Caso Petrobrás e a utilização do CADIN	Caso Eletrobrás e atividades nucleares
Caso Eletrobrás e a implantação de usinas hidrelétricas	Caso BNDES e a alienação de imóvel
Caso Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO	Caso Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA "em liquidação"
Caso Eletrobrás e a licitação internacional	Caso Companhia Docas do Espírito Santo - CODESA
Caso Petrobrás e o fracionamento de licitação	Caso Desenvolvimento Rodoviário S.A. - Dersa
Caso Eletrobrás e as caldeiras da usina de Manaus	Caso Consórcio Datacenter
Caso Petrobrás e a aceitabilidade de preços	
Caso Petrobrás e Banco do Brasil e uso de "minutas-padrão"	

2.2. Discricionariedade do gestor sobre o processo de contratação

O primeiro achado relativo à discricionariedade¹⁵ diz respeito à *necessidade ou não de empresa estatal realizar licitação para contratar*.¹⁶ Sobre isso, nos casos do *Banco do Brasil de alienação de imóveis* e do *Banco do Brasil de contratação de penhor rural*, o TCU utilizou o princípio da eficiência para determinar que não houvesse necessidade de licitação, ao passo que no *caso da Eletrobrás e a aquisição de combustível* o princípio serviu de fundamento para que ficasse estabelecida a obrigatoriedade de certame licitatório.

No primeiro caso mencionado, o Banco do Brasil pretendia alienar diversos imóveis de sua propriedade, fazendo-o mediante integralização de cotas de fundo de investimento imobiliário, e não mediante licitação na modalidade concorrência como dispõe o art. 17, I, da lei 8.666/93.¹⁷ O caso foi tratado como irregular em auditoria feita pela unidade técnica da Corte de Contas. Esta entendia que haveria dever de licitar por parte da empresa estatal, enquanto a empresa afastava esse dever argumentando que, amparada pelo princípio da eficiência, escolheu dentre as opções a que mais

¹⁵ Discricionariedade está ligada à escolha que pode fazer o gestor público, dentro do limite legal. Sobre isso, Ricardo Marcondes Martins explica: "Há, porém, muitos casos em que a vontade do agente passa a ser relevante, nos quais o Direito não define, de plano, uma única solução como correta. Trata-se de uma decorrência do *pluralismo político*: as pessoas têm diferentes visões de mundo e posições axiológicas discordantes. [...] Quando isso ocorre o sistema normativo imputa a escolha ao agente competente e faz prevalecer sua vontade. É o que se chama *competência discricionária*." (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. pp. 112-113).

¹⁶ Essa questão ganha relevo com a polêmica em torno da nova redação do art. 173, §1º, CRFB, feita pela EC 19/1998 – mesma emenda que incluiu o princípio da eficiência no art. 37 – que determinou a edição de lei específica para o procedimento licitatório de empresas estatais. Essa lei só veio a ser introduzida ao ordenamento no ano de 2016 com a lei 13.303, de modo que desde 1998 o TCU foi obrigado a dizer em casos concretos se a lei geral de licitações (lei 8.666/93) se aplicava ou não a empresas estatais.

¹⁷ "Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...)."

maximizou os resultados da alienação. A partir disso, o ministro relator concluiu que a ausência de licitação foi justificada e, assim, não houve irregularidade. Entendeu que a opção estava amparada pelo princípio da economicidade, uma vez que foram aplicados preços de mercado e não houve prejuízo à Administração. Ademais, argumentou de maneira comparativa, afirmando que dentre as hipóteses de que poderia se valer o Banco, fora adotada a melhor hipótese do ponto de vista da economicidade. Ou seja, a empresa poderia alienar os imóveis sem licitação com a integralização de cotas de fundo de investimento imobiliário (como o fez), ou realizar diversas licitações. Ainda destaca que, caso optasse pela licitação, haveria o risco dos altos valores dos imóveis prejudicarem a demanda das propostas.

Da mesma forma, no caso de contratação de penhor rural ficou determinada a não obrigatoriedade de licitação, também pelo Banco do Brasil, de seguros nas operações de crédito com garantia de bens a terceiros. O ministro, concordando com a argumentação da unidade técnica, explica que licitar, nesses casos, iria de encontro com o princípio da eficiência. Isso porque a maximização dos resultados deve ser lida à luz do ambiente concorrencial em que atua o Banco do Brasil. Uma vez em igualdade de condição com as demais instituições financeiras no mercado, exigir procedimento licitatório afetaria o resultado do Banco, na medida em que o colocaria em desvantagem concorrencial no desempenho da atividade de financiamento.

Os dois processos argumentativos com o princípio da eficiência são semelhantes na medida em que se fundamentam a mesma ideia de que não havia obrigatoriedade de licitação. Além disso, a argumentação em ambos merece ser considerada adequada à luz desta pesquisa, que é saber se a utilização do princípio vem atrelada ao uso de um argumento comparativo.

No primeiro caso, o ministro partiu do pressuposto de que não houve indícios de prejuízo à Administração – uma vez que o preço praticado na operação fora o de mercado –, utilizando-se do princípio da economicidade, para concluir pela regularidade da conduta do Banco. Visto que a realização

de licitação não alteraria o valor obtido, o TCU compara as duas situações para determinar qual delas se encontra amparada pelo princípio da economicidade. A opção pelo “dever de licitar” implicaria em diversos procedimentos licitatórios, cujos altos valores reduziriam a demanda de propostas, sendo assim uma alternativa que traz mais riscos ao Banco do Brasil do que aquela adotada no caso¹⁸. Comparativamente, entendeu-se que não licitar representa uma situação de menor custo e que atende mais ao princípio da economicidade.

No segundo, estando em igualdade com os demais bancos que concedem financiamento, determinar a realização de procedimento de licitação necessariamente afeta o melhor resultado possível – perquirido pelo princípio da eficiência – na medida em que coloca as demais empresas em posição de vantagem para contratação no livre mercado em relação ao Banco do Brasil. Comparando essa hipótese com a de uma situação em que é permitido à empresa estatal contratar sem licitação, em igualdade com seus pares, esta última se destaca por ser aquela em que o ganho será maior. Aqui também o TCU compara situações quando se vale do princípio da eficiência, de modo que a argumentação merece ser considerada adequada.

Por outro lado, o princípio também é utilizado para determinar a necessidade de licitação. Foi o que ocorreu no *caso da Eletrobrás e a aquisição de combustível*¹⁹. Naquele caso a auditoria realizada no âmbito da

¹⁸ “No que tange à economicidade, conforme já discutido, não há qualquer indício de prejuízo para o banco, tendo sido as operações transacionadas a valores de mercado. [...] 37. Diante disso, reputa-se razoável a argumentação do banco de ter considerado mais viável aportar os imóveis nos FIIs, pulverizando a oferta entre os diversos cotistas, mais de 45 mil no caso do BB Progressivo II, que tinha por objeto 64 imóveis localizados em diversas regiões do país, do que realizar os múltiplos procedimentos licitatórios. Some-se a isso a constatação de que alguns dos imóveis integralizados são de elevado valor, de tal sorte que é possível acatar a justificativa de que a venda por licitação seria mais dificultosa, mitigando o dinamismo que exige a atividade negocial bancária.” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão 493/2017, Rel. Min. José Múcio Monteiro, j. 22/03/2017, p. 17.).

¹⁹ O acórdão 768/2011 também tratou da aquisição de combustível por valor acima ao de mercado pela Eletrobrás. No caso, ficou determinado que a unidade técnica procedesse com a fiscalização da empresa estatal, considerando, entre outras coisas, o acórdão 2.344/2007 no que diz respeito à determinação de realização de licitação para tal contratação. A única referência feita ao princípio da eficiência – nesses casos, o da economicidade – foi quando há citação de determinação contida no acórdão 2344/2007. Nesse sentido, a pesquisa focará na argumentação deste último acórdão, visto que é nele em que o princípio é desenvolvido enquanto fundamento da decisão.

Petrobras, e da Manaus Energia (Eletronorte) e da Companhia Energética do Estado do Amazonas – CEAM (Eletrobrás) analisou a política de preços de combustíveis praticados pela Petrobras para os sistemas isolados de geração de energia elétrica, localizados predominantemente na Região Norte do país. Constatou-se dos achados de auditoria que a empresa petrolífera estaria vendendo óleo diesel a preço superior ao praticado no mercado. Considerando que não pode o TCU interferir na política de preços praticados pela Petrobras, mas que deve verificar se os recursos da Administração – incluindo as empresas estatais – estão sendo aplicados da melhor maneira, o ministro determinou que a melhor opção no caso concreto era a de que a Eletronorte e Eletrobrás realizassem licitações para aquisição de combustíveis:

“Nada obstante, devem observar, independente do tipo de atividade desempenhada, os princípios constitucionais norteadores do Direito Administrativo (v. Acórdão nº 399/2004-Plenário). No presente caso, atenção especial deveria ser conferida ao princípio da economicidade, o que me parece não ter acontecido. 13. Está claro que a Eletronorte, por meio da Manaus Energia, bem com a Eletrobrás, representada pela CEAM, incorreriam na redução das despesas relacionadas à aquisição de combustíveis fósseis para a utilização nas termelétricas da Região Norte, caso fossem realizados procedimentos licitatórios visando à seleção das propostas mais vantajosas. Desse modo, julgo necessário recomendar às empresas que, em observância ao princípio da economicidade, passem a adotar tal medida.” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão 2.344/2007, Rel. Min. Augusto Nardes, j. 07/11/2007, p. 9.).

O argumento com base no princípio da economicidade, nesses casos, é, também, adequado. Isso porque o ministro compara a situação fática – a de não realização de licitação – com uma hipotética, em que o procedimento licitatório fosse realizado, para decidir, aplicando ao mesmo tempo o princípio da economicidade. A Corte de Contas considera que um certame desse tipo, em que um dos objetivos é justamente a seleção da *melhor proposta*, prestigiaria a economicidade, no sentido do menor custo, uma vez que a aquisição de combustível pelas estatais seria menos onerosa. A comparação é verificada justamente quando o ministro trata do fato de aquisições a preços superiores ao do mercado, e oferece uma

solução mais econômica do que a adotada pelas empresas estatais, isto é, a realização de licitações com o objetivo de selecionar propostas mais vantajosas e adequadas à luz do princípio da economicidade – que é tratado como dever de menor custo.

Não bastasse esses acórdãos para verificar a maleabilidade da aplicação do princípio, uma vez que *melhor resultado* se vincula necessariamente à situação fática que é trazida pelo TCU, essa situação se repete em outros casos, como no *caso da Companhia Docas do Espírito Santo – CODESA*. Haveria problemas em relação à execução de contrato de serviço de seguro com a Porto Seguro que justificariam a busca por nova contratada por meio de Tomada de Preço. Em um primeiro momento, ficou reconhecida a irregularidade de abertura de procedimento licitatório pela Codesa em desconformidade com o princípio da eficiência. Isso porque como a Tomada de Preço nº 02/2002 não cumpriu com seu objetivo (a adjudicação final), pois foi anulado em virtude de prorrogação contratual do contrato com a Porto Seguro, despendeu-se recursos públicos de maneira ineficiente, visto que não foi adotada a melhor alternativa pela Administração. Pelo contrário, desperdiçaram-se recursos públicos.²⁰ Argumentou dessa maneira a Unidade Técnica do caso, tendo suas razões incorporadas às do ministro relator no voto expressamente (parágrafo 8 do voto do relator do acórdão 2.104/2007).

Houve interposição de pedido de reexame contra a procedência reconhecida da irregularidade mencionada, cuja decisão fora proferida no acórdão 537/2010. Argumentou a responsável-recorrente que agiu com

²⁰ “6.7.2 Cumpre ressaltar que a fiscalização da execução do contrato firmado com a Porto Seguro estava a cargo dessa Coordenação, cuja titular é a Sra. Ilma Maria Alves Bernardi. Se a seguradora não estava atendendo às solicitações da Codesa, a responsável poderia, então, ter proposto a sujeição da contratada à multa de mora ou a aplicação, garantindo-se a ampla defesa, de outras sanções previstas na cláusula oitava do termo (fls. 155/156 - vol. 6). Entretanto, a responsável preferiu a adoção de uma medida que demandou recursos públicos - humanos e materiais - que, por fim, não alcançou seu objetivo. 6.7.3 Constata-se, portanto, que a decisão da responsável de iniciar uma licitação não foi pautada no princípio da eficiência. De acordo com Alexandre de Moraes, esse princípio impõe aos gestores da administração direta e indireta a persecução do interesse público - por meio do exercício de suas competências e em observância aos critérios legais e morais -, utilizando recursos públicos de modo a evitarem-se desperdícios. No nosso entendimento, o ato da Coordenadora não está revestida de eficiência, e suas alegações não foram suficientes para dissipar essa impressão.” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão 2.104/2007, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, j. 03/10/2007, p. 35.).

eficiência, sim, já que “*notou impropriedades na empresa que apresentou menor preço na TP 2/2002, tendo opinado pela desnecessidade de novo certame licitatório em face também da prorrogação contratual já realizada*”²¹. O ministro relator do recurso afirma que não houve violação ao princípio da eficiência, mas que, concordando com a recorrente, as ações em questão foram pautadas no referido princípio. O caminho argumentativo que o voto percorre é o seguinte: a demora na licitação fez com que o contrato em vigor fosse revogado por duas vezes, tempo suficiente para as desavenças entre as partes suprimissem. Assim, a situação fática alterou-se em relação àquela que ensejou a abertura do certame; e não caberia falar em violação à eficiência administrativa, com despesas desnecessárias dos recursos públicos, pois não se tratam de situações idênticas.

A argumentação pelo princípio da eficiência firmada no pedido de reexame carece de adequação. Não se pode, como já foi visto, analisar a melhor opção para o gestor em apartado dos fatos. Na primeira parte do caso os dados presentes eram as dificuldades enfrentadas pela empresa estatal em executar o contrato de seguro²². Não há comparação explicando o porquê da realização de nova licitação seria a melhor opção em face dos problemas do contrato de seguro em vigor. Por que o princípio da eficiência, ao invés de prestigiar a abertura de licitação, como entendeu a decisão final, não estaria sendo mais bem aplicado se houvesse cominação de multa à contratada com o prosseguimento do contrato? Em verdade, a situação fática que enseja a anulação do certame é diferente da que o possibilitou o início. Todavia, de antemão, discute-se a eficiência da abertura de uma licitação que, além de se mostrar não ser o único meio possível para sanar o problema – e aqui há falta de fundamentação do ministro para definir o motivo dela ser a melhor possível –, não se concretizou, visto a anulação posterior do procedimento. Isso ocasionou mau uso de recursos públicos,

²¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão 537/2010, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. 24/03/2010, p. 29.

²² Os problemas encontrados na execução do contrato foram a recusa de pagamento de indenização a dependentes de ex-empregado falecido; o erro na digitação de dados; a não emissão de certificados individuais de seguro de vida para alguns empregados; a não alteração do grupo segurado em razão de desligamentos, contratações ou majorações salariais; a apresentação de faturas em data próxima à do vencimento; e a falta de presteza do corretor em atender às solicitações da Codesa.

evidenciando que a decisão tomada não foi maximizada em relação aos resultados. O ônus argumentativo que se tem ao utilizar esse princípio é justamente demonstrar, em uma comparação com situações possíveis, o caráter de *melhor decisão possível*, e isso não foi verificado neste caso.

Avançando um pouco na análise, percebe-se que o princípio foi utilizado para avaliar a escolha do gestor das modalidades e dos tipos de contratação por licitação. Primeiramente, *no caso da Eletrobrás e atividades nucleares*²³ foi analisado o procedimento licitatório da Eletrobrás para pré-selecionar empresas para a participação em futura licitação cujo objeto será a montagem eletromecânica da usina de “Angra 3”. Por se tratar de empreendimento nuclear que necessitava de máxima segurança, ao elaborar o edital de pré-qualificação, além de dividir os serviços em primários e secundários, a empresa estatal estabeleceu duas etapas de pré-qualificação. Na primeira etapa, foi verificada a habilitação jurídica, fiscal, econômica e técnica dos participantes. Na segunda etapa, também de habilitação, foram analisadas as metodologias de execução dos serviços. Entendeu a unidade técnica que esse rigor na habilitação dos proponentes²⁴ prejudicou a competitividade e a obtenção da melhor proposta à Administração, visto que somente duas proponentes restaram habilitadas para prosseguir no lance de preços para os dois pacotes de serviços. Sobre isso:

“[...] Ratifica, assim, a posição apresentada na instrução de que houve um desequilíbrio entre economicidade e segurança, em favor do segundo, que ultrapassou os limites impostos pela lei. 40. Importa destacar que é válido o empenho da Eletronuclear na busca por medidas que visam a garantir alta qualidade e segurança nos serviços de montagem eletromecânica das obras de Angra 3. Porém, esse empenho encontra limite na exigência legal de que os

²³ Esse acórdão cuidou de Acompanhamento de auditoria de conformidade realizada pela Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações) na Eletrobrás Termonuclear S.A. (Eletronuclear), no âmbito do Fiscobras 2016, com o objetivo de fiscalizar as obras da Usina Termonuclear (UTN) de Angra 3, no Rio de Janeiro. Como a única referência ao princípio em análise constou da contextualização histórica do caso, fazendo referência ao acórdão 3.238/2012, a argumentação deste último é a que merece maiores considerações.

²⁴ Isso fica evidente com cláusula editalícia que a exigia atendimento de pelo menos quatro subitens dos requisitos de habilitação técnica por cada empresa consorciada. Essa exigência levou à obrigação de os consórcios demonstrarem mais de uma vez capacidade para a execução de serviços exigidos para a habilitação técnica.

editais assegurem competitividade e objetividade nos certames, com vistas à obtenção das propostas mais vantajosas para a Administração Pública.” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão 3.238/2012, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 28/11/2012, p. 29.).

O ministro entendeu a preocupação da unidade técnica, já que não haveria a possibilidade de os dois pacotes de serviço serem adjudicados a apenas um licitante, isto é, cada habilitado apenas poderá se sagrar vencedor de um dos pacotes de serviço. Nesse sentido propôs o ministro que a Eletrobrás, em próximas licitações desse tipo, condicione a adjudicação ao menor preço oferecido em todos os lances de cada pacote de serviço²⁵. Isso viria a prestigiar o princípio da economicidade na medida em que o menor preço poderia ser obtido somente em um pacote, caso uma única empresa oferecesse o menor lance em ambos – considerando que não poderia vencer ambos²⁶.

Importante ressaltar que o princípio da economicidade, no caso em tela, é tomado como parcela do conceito de eficiência, restringindo-se à análise de obtenção da melhor proposta, que se confunde com menor preço. No entanto, a despeito de não ser o princípio da eficiência, o conceito de economicidade ainda impõe um dever argumentativo de demonstrar, comparativamente, a melhor decisão. Fácil perceber que a hipótese imaginada pelo ministro – a de o menor preço ser oferecido pela mesma licitante – vai de encontro ao princípio, uma vez que em um dos pacotes

²⁵ Essa é uma hipótese prevista no art. 4º, XVII, da lei 10.520/02 (Lei do Pregão), em que fica facultado ao pregoeiro negociar com o proponente em busca da melhor proposta à Administração. Sobre isso ensina Jair Eduardo Santana: “Na aceitabilidade, o pregoeiro deve igualmente levar em conta o valor estimado pela Administração Pública para compra do bem ou aquisição do serviço. Por isto, lhe é dada a possibilidade de efetuar contra-proposta ao licitante.” (SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 244.).

²⁶ É o que se extrai *a contrario sensu* do voto do ministro: “39. Para minimizar esse efeito negativo, considero importante recomendar à Eletronuclear que, ao fixar as regras para a futura licitação, condicione a adjudicação do objeto à aceitação, pela adjudicatária, do menor preço oferecido entre todos os lances, à semelhança do procedimento preconizado no art. 4º, inciso XVII, da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão). Essa medida se justifica diante da possibilidade de uma única licitante, entre as duas participantes, ofertar o menor preço para ambos os pacotes. Em tal hipótese, as regras da pré-qualificação imporiam a adjudicação de apenas um lote pelo menor preço, o que afrontaria o princípio da economicidade e o próprio objetivo basilar das licitações que é a obtenção da “melhor proposta”, conforme o caput do art. 3º da Lei 8.666/93.” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão 3.238/2012, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 28/11/2012, pp. 60-61.).

obter-se-ia, verdadeiramente, a melhor proposta, enquanto no outro se sagraria vencedora proponente cujo lance não fora o melhor para a administração. Inversamente, quando o ministro recomenda que a adjudicação seja condicionada à melhor proposta em todos os lances, cria uma situação em que o melhor resultado à Administração está sendo prestigiado, em contraste com a supramencionada, adequando a utilização do princípio à sua decisão. Quando o ministro faz uso de uma situação hipotética é que se verifica a comparação, de modo que a argumentação do voto no que toca ao uso do princípio da economicidade e ao critério desta pesquisa merece ser reputada adequada.

Ainda no tema de modalidades licitatórias, constou na amostra o caso *BNDES*, em que se analisavam irregularidades no âmbito de Concorrência para alienação de bem imóvel não operacional. Houve irregularidade em relação à contratação direta da empresa responsável por fazer a avaliação técnica para determinação do valor mercadológico de imóveis, o que trouxe riscos à qualidade das informações que serviram de base para a alienação. Argumentou a Unidade Técnica²⁷ que a realização de licitação na forma de *técnica e preço* ou *técnica* garantiria observância ao princípio da eficiência na medida em que mitiga os riscos de uma análise apenas para o menor preço, principalmente considerando a natureza intelectual do serviço de avaliação de valor imobiliário.²⁸ Consequência dessa irregularidade foi a alienação do imóvel por valor abaixo ao de mercado, devido à má qualidade do serviço de avaliação do valor mercadológico prestado. O ministro concorda com a proposta da Unidade Técnica que manifestou entendimento

²⁷ Neste acórdão o ministro adota como suas as razões de decidir da unidade técnica expressamente, motivo pelo qual a análise argumentativa recai sobre as manifestações do relatório, e não apenas do voto (parágrafo 14 do voto).

²⁸ "487. Outros comandos da lei de licitações corroboram a opinião da SecexEstatais de que 'a adoção das formalidades e mecanismos inerentes a um procedimento licitatório comum tem o condão de mitigar os riscos identificados, ao passo que, em persistindo a lógica da contratação direta, não há garantias de que a qualidade e impessoalidade das informações contratadas sejam preservadas' (peça 140, pág. 7) é que o art. 13, inciso II, da Lei 8.666/1993 define que 'pareceres, perícias e avaliações em geral' são considerados 'serviços técnicos profissionais especializados' e, nos termos do art. 46, tais serviços de engenharia consultiva, considerados de 'natureza predominantemente intelectual', devem ser licitados por meio de procedimentos do tipo 'técnica e preço', ou apenas 'técnica', pois a licitação pelo menor preço apenas acarreta uma série de problemas, conforme bem esposado pela SecexEstatais." (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão 996/2015, Rel. Min. Augusto Sherman, j. 29/04/2015, p. 68.).

de que isso viola o princípio da eficiência, acrescentando que “o que todo vendedor busca é vender o seu bem pelo maior valor possível, se valendo, se for o caso, das características ímpares que o bem possuir, e estabelecendo os meios para aumentar, ao máximo, a competição na venda. O que constato nestes autos é justamente o contrário”²⁹

A exigência de que se licite na forma de *técnica e preço* ou *técnica* no caso de serviços de avaliação imobiliária, bem como a anulação da Concorrência em virtude de alienação abaixo dos valores de mercado, com base, ambas, no princípio da eficiência, foi feita de maneira adequada. No primeiro momento o TCU se preocupa em estabelecer o porquê da hipótese de licitação naquelas formas vem ao encontro do princípio da eficiência, já que mitiga riscos de uma licitação na forma de *menor preço* ou em caso de dispensa licitatória – como ocorreu³⁰. Em comparação com a opção tomada pelo BNDES, a licitação nesses termos reduziria os riscos da operação. Decorre disso – da mitigação de riscos – a conclusão de que o preço obtido na licitação seria, pelo menos, o de mercado. Com isso busca-se explicar que com menos riscos, o resultado seria o melhor possível, raciocínio completamente convergente ao conceito do princípio da eficiência, principalmente no que diz respeito ao ônus comparativo que ele impõe.

Ainda na questão da discricionariedade na seara das modalidades de licitação, cabe analisar o *caso da Rede Ferroviária Federal S/A – RFFSA “em liquidação”*. Nele foram tratadas as irregularidades na realização de dois

²⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão 996/2015, Rel. Min. Augusto Sherman, j. 29/04/2015, p. 96.

³⁰ Fica claro neste parágrafo – e no subseqüente, já citado na nota anterior – a preocupação do ministro em utilizar tempos verbais no subjuntivo, para realizar uma análise comparativa: “486. Caso o BNDES tivesse optado por uma licitação para a contratação dos serviços de engenharia de avaliação de imóveis, e considerando (i) que o prazo estimado para execução do serviço foi de 10 dias úteis (conforme cláusula terceira, parágrafo primeiro do contrato; peça 132, pág. 3), adotando ainda como premissas (ii) um único profissional e (iii) inexistência de quaisquer outros gastos (diárias, passagens etc.), o custo estimado para o serviço de engenharia em torno de R\$ 20 mil, apenas para os honorários, considerando os R\$ 250/hora indicados pelo Ibape-SP para 2012 (10 dias x 8h/dia x R\$ 250,00/h = R\$ 20.000,00). Nessas condições caberia inicialmente verificar se a proposta oferecida pela S4AHilco, caso não houvesse tido a dispensa de licitação, se enquadraria nas hipóteses de inexecutabilidade previstas no art. 48, §1º, da Lei 8.666/1993, considerando tanto a proposta dos demais ofertantes quanto o referencial de R\$ 20 mil estimado para o serviço como ‘valor orçado pela administração’ que estaria mais próximo da realidade de mercado (art. 48, §1º, alínea ‘a’).” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão 996/2015, Rel. Min. Augusto Sherman, j. 29/04/2015, p. 68.).

leilões realizados pela empresa estatal. A questão suscitada é a de que seria mais adequada a utilização da modalidade de concorrência ao invés de leilão, para venda dos ativos da RFFSA. Disso discordou o ministro redator – cujo voto conduziu o acórdão –, alegando que optar pelo leilão, como o fez a empresa estatal, brinda o princípio da eficiência. Argumenta o ministro que *a utilização de leilão homenageia o princípio da eficiência, ao conferir ao gestor meios para executar, com mais agilidade, sua missão legal, in casu, a venda de ativos da RFFSA e o pagamento de suas dívidas*³¹.

A argumentação é inadequada e poderia ter sido mais bem desenvolvida. Não se nega a feição célere que veicula o princípio da eficiência. Entretanto, da maneira que se assumiu nesta pesquisa o núcleo essencial do princípio da eficiência é o atendimento ao melhor resultado possível. Falta ao ministro expor por que, comparativamente, o leilão é a melhor opção, para que o justifique com base na eficiência. Ademais, por que é a melhor opção em face da concorrência, suscitada como alternativa à RFFSA no caso concreto. Pelo argumento do ministro, chega-se à conclusão que é o melhor resultado a opção do leilão por ser aquela modalidade mais célere. Ainda que se assumisse tal conclusão, ela carece da justificativa comparativa, essencial a uma análise de eficiência. É dizer, por que um leilão é necessariamente a opção mais célere frente a uma concorrência? Considerando a situação de liquidação da empresa estatal, como isso afeta a celeridade dos procedimentos, ao ponto de o ministro concluir por uma, e não outra modalidade licitatória? São perguntas que a argumentação do ministro não responde, mas que, por utilizar o artifício da eficiência, ainda que adotada apenas em relação à celeridade, deveria responder.

Cumprir tratar, também no âmbito da discricionariedade, da fixação de preço máximo de investimento, em relação ao *caso Consórcio Datacenter*. A discussão gira em torno no art. 40, X da lei 8.666/93, pois embora o critério de aceitabilidade seja cláusula editalícia obrigatória, a fixação de preço máximo é apenas facultada pela norma, abrindo margem à deliberação de

³¹ TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 1.557/2004, Rel. Min. Adylson Motta, j. 06/10/2004, p. 13.

oportunidade do gestor. Nesse caso o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal (ambas empresas estatais) atuavam nesse consórcio. Fora realizada uma Parceria Público Privada – PPP na modalidade de concessão administrativa destinada à prestação de serviços de gerenciamento, manutenção e operação, pelo prazo de 15 anos, da infraestrutura predial do Complexo Datacenter, a ser edificado pelo parceiro privado. Ocorre que na primeira licitação nenhuma proposta se sagrou vencedora.

Discutia-se, no caso, entre outras questões, a alocação do teto de investimento ao parceiro-privado (concessionária). Determinou a Unidade Técnica, cujas razões de decidir foram incorporadas ao voto do ministro³², que:

“406. Há de se determinar ao Consórcio, em conformidade com o princípio da economicidade e com o art. 40, X, da Lei n.º 8.666/1993, que estabeleça o teto para os preços dos investimentos, com base na simulação de custos a cargo do empresário, similarmente aos moldes de uma contratação tradicional, pelos motivos expostos no item 41 desta instrução, ora frisados nos dois itens abaixo.” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 851/2009, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 29/04/2009, p. 59).

Os itens mencionados pelo trecho eram a alegação dos responsáveis pelo consórcio, que afirmavam haver um “teto com possibilidade de contratação por preço superior”, bem como as considerações estabelecidas em relação aos parâmetros de projeto básico em matéria de concessão. Acerca deste, argumentou a Unidade Técnica no item 3.3. do relatório (pp. 38-44), no sentido de ser prerrogativa da concessionária a elaboração de soluções próprias a partir do projeto básico, pois há de se medir sua criatividade, muito embora devam estar presentes elementos mínimos pelo Poder Concedente.

³² “A Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid, após minudente análise da matéria, propõe a aprovação do 1º estágio de acompanhamento da parceria público-privada do Complexo Datacenter (Concorrência nº 2008/001) e, conseqüentemente, o valor da contraprestação pública máxima (R\$ 1.014.210.103,90). Pelos sólidos argumentos expendidos no relatório precedente, acolho o parecer da unidade técnica e adoto os seus fundamentos como minhas razões de decidir, destacando que a aprovação desse estágio fica condicionada ao cumprimento das determinações efetuadas pelo Tribunal, nesta oportunidade, ao Consórcio Datacenter.” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 851/2009, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 29/04/2009, p. 74).

Considerando essa breve exposição do caso, não há como conceber a argumentação com base no princípio da economicidade adequada. Isto é, não houve por parte do TCU esforço argumentativo em demonstrar comparativamente por que o estabelecimento de preço máximo de investimento a cargo do parceiro-privado mostra-se a melhor opção. A comparação feita diz respeito ao regime de licitações em geral com as concessões comuns e em forma de PPP, em que se chegou à conclusão de que há maior espaço de atuação da concessionária na elaboração do projeto³³. No entanto, nada foi comparado em relação ao caso concreto de maneira a concluir, com base na economicidade, de que a determinação supramencionada era a que trazia menos custos à Administração; inclusive considerando a circunstância de fato reconhecida pelo TCU de ausência de irregularidades no procedimento do edital. Nesse sentido:

“402. No âmbito da presente análise houve o cuidado de perquirir-se uma possível prática de “fixação de preços”, própria de ambientes cartelizados, tendo em vista que os participantes da anterior licitação do Complexo Datacenter não apresentaram propostas viáveis, tendo todos eles apresentado preços totais acima do teto estabelecido.

403. Tal prática não restou comprovada pelos elementos constantes dos autos, haja vista que muitos preços unitários do orçamento da melhor proposta mostraram-se abaixo das estimativas do próprio Consórcio Datacenter.

404. Contudo, dado o pequeno número de participante na primeira tentativa de contratação, há necessidade de se atentar, no lançamento e julgamento do certame, para a possível existência de acordo entre empresas interessadas,

³³ “266. Nesse contexto, não é demais memorar que os elementos disponibilizados pela Administração, sejam eles denominados de projeto executivo, básico ou de anteprojeto, deverão primar pelos requisitos: segurança; funcionalidade e adequação ao interesse público; economia na execução, conservação e operação; possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação; facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço; adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas e baixo impacto ambiental.

267. Os estudos que norteiam a proposta, elaborados com base em critérios técnicos, hão de detalhar, no mínimo: aqueles itens mais relevantes para o empreendimento, sob a ótica do valor, de forma a definir o teto financeiro; as especificações estratégicas para a administração, que mais caracterizam o empreendimento e o serviço a ser prestado e os elementos essenciais para a elaboração das propostas pelos concorrentes.

268. Todavia, há de se ponderar que aquele objetivo de restringir alterações nas fases de execução dos contratos regidos pela Lei n.º 8.666/1993 não coincide com a finalidade principal dos contratos de PPP. Nestes, portanto, não há necessidade de definições tão completas e detalhadas quanto naqueles.” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 851/2009, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 29/04/2009, p. 43).

com atuação coordenada e orientada no sentido de restringir a concorrência e elevar preços.

405. Foram apresentadas informações acerca da licitação do empreendimento tomado como paradigma, o ICI-II e, em uma análise sucinta, não foi possível caracterizar a prática de irregularidades relacionadas à concorrência viciada." (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 2.238/2013, Rel. Min. José Jorge, j. 21/08/2013, p. 59).

Se o TCU utiliza o princípio da economicidade para determinar a inserção de cláusula editalícia o que se espera é que ele diga o porquê dessa opção levar ao menor gasto, em comparação com outra que tenha adotado o gestor.

O último ponto a ser explorado nessa primeira parte da pesquisa diz respeito à celebração de aditivos acima do limite legal, preconizado no art. 65, §1º da lei 8.666/93, tratado pelo *caso Desenvolvimento Rodoviário S.A. – Dersa*. Vale ressaltar a pertinência desse caso, já que, embora aditivos pertençam à matéria de contratos, e não propriamente de licitação, a sua celebração no acórdão foi colocada como alternativa à realização de licitação. Isto é, tanto os aditivos quanto a realização do certame licitatório são decisões que possui o administrador.

No *caso Dersa* a irregularidade de celebração de aditivos dos contratos de execução das obras do Rodoanel Metropolitano de São Paulo acima do limite do art. 65, §1º da lei de licitações ficou reconhecida. A Unidade técnica chegou à conclusão de que *os novos serviços constantes dos termos aditivos poderiam ser realizados por firma contratada posteriormente por meio de nova licitação ou com a aplicação do acréscimo de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93, sem prejuízo para a execução da obra*³⁴. Na decisão o ministro determinou, entre outras questões, que fosse feita diligência a fim de esclarecer a não-revogação da Concorrência Pública 01/98 diante de fatos supervenientes, que levaram à alteração da técnica construtiva no trecho oeste do Rodoanel ficando descaracterizadas as condições da licitação.

³⁴ TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 1.019/2007, Rel. Min. Augusto Sherman, j. 30/05/2007, p. 6.

A Dersa afirmou não ser possível a extinção do contrato firmado, e abertura de nova licitação, porquanto a decisão de aditar os contratos foi a que demonstrou maior economicidade. Não haveria certeza quanto ao desconto possível de ser obtido em nova licitação, e que, se a Unidade entender contrariamente, pede que sejam apresentados os cálculos que corroborem essa assertiva. A Unidade Técnica apresentou contrarrazões no sentido de que não se pode invocar a economicidade, enquanto vertente do princípio da eficiência, para justificar uma opção economicamente viável, mas que apresenta altos indícios de irregularidades, se considerados os altos valores dos aditivos acima dos limites legais³⁵. O ministro, por sua vez, acaba decidindo que não foram demonstrados, como antecipou a empresa estatal, que a realização de nova licitação era a opção mais econômica à entidade.

A análise do argumento do princípio da eficiência e economicidade – uma vez que aqui o menor preço é esperado que seja a melhor opção, confundindo-se os conceitos dos princípios – deve ser entendida da seguinte maneira: o princípio foi evocado pela empresa estatal, para justificar que a opção de celebrar os aditivos, ainda que acima dos limites legais, era mais econômica do que realizar novo procedimento licitatório. Nesse ponto, o argumento parece adequado. A dizer, infere-se da argumentação da Dersa que sua conduta foi pautada nos princípios em questão, porque os custos a serem despendidos para realizar nova licitação a tornam uma opção muito mais onerosa à Administração, do que aquilo que fora feito – a realização

³⁵ “219. Em primeiro lugar, nos parece óbvio que, do ponto de vista exclusivamente econômico e financeiro, a alternativa de manter um contrato é sempre mais vantajosa do que a de revogá-lo, isso pela incidência mesma de todos os custos a que aludem os responsáveis e relacionados no item 207, acima. Afinal, a paralisação de uma obra pública é sempre um fato economicamente negativo. Por isso mesmo, uma decisão revogatória só pode ser tomada por imposição legal, sob pena de dano injustificado ao Erário.

220. A incidência do princípio da legalidade é a segunda grande fragilidade do argumento da economicidade, que, por via do princípio da eficiência, é apenas um dos princípios constitucionais regedores da Administração Pública. Tais princípios se conjugam harmonicamente e não de restar atendidos, todos, na diversidade dos atos praticados pela Administração, vedada a evocação de um deles para elidir a aplicabilidade de outro.

221. Por isso, quando se diz que tal e qual ato deva ser praticado sob pena de conflito com imposição legal, não se poderá obviamente alegar contra tal imposição a prevalência de um outro princípio administrativo. Fosse assim, a própria exigência de observância do procedimento licitatório legal, com todo o formalismo de que se acha deliberadamente imbuído, não teria mais validade pelo custo que reconhecidamente impõe às decisões administrativas, mesmo às de caráter eminentemente gerencial.” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 1.019/2007, Rel. Min. Augusto Sherman, j. 30/05/2007, p. 60).

dos aditivos³⁶. Há clara comparação entre a situação prestigiada pelo princípio e a opção que não deveria prevalecer, no entender da empresa estatal. A interpretação do voto do ministro leva a entender que esse argumento foi recepcionado pelo acórdão, uma vez que o ministro afirma que não se pode afirmar que a conduta adotada pela empresa estatal foi indevida³⁷. Embora não decida com base no princípio da eficiência ou economicidade, o TCU acata as conclusões da Dersa veiculadas pelos mesmos.

2.3. Ilegalidade em Licitação

Considera-se ilegalidade na licitação aquelas questões que dizem respeito a deveres e disposições obrigatórias em um certame licitatório. Nesses casos, diferentemente dos primeiros, não havia margem de discricionariedade aos administradores das empresas estatais, e o princípio é utilizado na interpretação de normas de observância obrigatória que tratam do procedimento licitatório.

Primeiramente cabe tratar do edital de licitação, ato convocatório que inicia a chamada etapa externa do procedimento. Nesse sentido

³⁶ "207. Feitas essas considerações preliminares, a Dersa passa a discorrer sobre a alternativa da extinção dos contratos e realização de nova licitação. A primeira questão abordada foi a da economicidade da solução de aditar os contratos. Nesse sentido, anota a Dersa que ela foi a única a apresentar estudo detalhado dos custos envolvidos na decisão de encerrar os contratos e promover nova licitação. Tais custos compreenderiam, in verbis:

'A) a indenização devida à empresa contratada pelos custos de mobilização;

B) os custos de manutenção da obra paralisada;

C) os custos com o refazimento de obras que, pelas intempéries, restassem deterioradas pelo tempo de paralisação;

D) os custos com a elaboração do projeto básico da nova licitação;

E) os custos com a nova licitação;

F) os possíveis custos resultantes dos novos contratos a serem firmados;

G) os custos sócio-econômicos proporcionados pelo atraso na execução das obras'." (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 1.019/2007, Rel. Min. Augusto Sherman, j. 30/05/2007, pp. 58-59).

³⁷ "67. Apesar dessas constatações, mas considerando não se poder afirmar, nesta oportunidade, que a opção pela continuidade de obra com as empresas contratadas foi indevida, entendo que a análise dessa questão termina por se diluir na análise das demais questões tratadas nesses autos – falhas no projeto básico, superação dos limites legais nos valores dos aditivos, alterações necessárias e não necessárias nas especificações iniciais, sobrepreço, pagamentos indevidos, etc. -, pelo que deixarei a avaliação dessa questão para ocasião futura." (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 1.019/2007, Rel. Min. Augusto Sherman, j. 30/05/2007, p. 120).

interessante apontar de antemão o *caso Petrobras e a aceitabilidade de preços*, em que o edital de licitação da Petrobras não previa tal cláusula. Tal cláusula deve constar do edital, por força do art. 40, X, lei 8.666/93 e constitui verdadeiramente o critério a ser adotado no julgamento das propostas. No entanto, no caso em tela, a empresa estatal argumentou que a inserção desse tipo de cláusula não se sustenta do ponto de vista dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, porque restringiria a competitividade do certame, o que desvirtuaria o objetivo de seleção da melhor proposta. Exemplifica que um proponente que apresente o melhor preço global, mas cujos preços unitários se apresentem acima dos critérios da cláusula de aceitabilidade, seria desclassificado. Afirmou ainda que o resultado do certame não gerou, ao final, lesão ao erário, visto que as propostas classificadas constaram dentro da margem estimada, mostrando-se, de acordo com a empresa, eficiente e econômico.

O ministro relator concordou com a argumentação da Petrobrás e decidiu não declarar a irregularidade de ausência de cláusula de aceitabilidade de preço. Dessa forma a argumentação pelo princípio se mostrou procedente no caso, de modo que se passa a analisa-la.

O uso do princípio se deu de maneira inadequada, uma vez que a tese que se mostrou vencedora, com fundamento argumentativo na eficiência e economicidade, foi a de que uma situação em que não há cláusula de aceitabilidade de preço é mais eficiente do que uma licitação que preveja essa cláusula. Ocorre que a comparação de situações – presença da cláusula, de um lado, e ausência, de outro – é impossível. Não pode haver hipótese de edital de licitação sem a referida cláusula, porquanto o art. 40 da lei de licitações³⁸ prevê que a indicação de aceitabilidade de preço é obrigatória. O princípio deve ser aplicado de maneira a verificar qual

³⁸ Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

situação é a melhor comparativamente. Em matéria de interpretação de normas jurídicas – diferentemente dos casos de discricionariedade do gestor – o princípio viabiliza a aplicação da norma no sentido de se promover a melhor situação. No entanto, o limite interpretativo se encontra no plano semântico das palavras. Quando a lei impõe que a cláusula de aceitabilidade é obrigatória, a interpretação que a torna facultativa vai de encontro ao próprio conceito de obrigatoriedade e conseqüentemente à lei. Portanto a utilização do princípio da eficiência para comparar situações que não podem ser comparadas, por disposição legal, é fazer uso de princípio para ir contra a lei. Não se pode considerar adequada essa aplicação do princípio.

Mantendo-se no tema de cláusulas editalícias obrigatórias, o mesmo art. 40 determina ser necessária a indicação de *condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais* (inciso IX). Sobre esse tema, no caso *Eletróbrás e a licitação internacional* ficou reconhecida a irregularidade no edital de licitação, que não previa tal procedimento. Na verdade, a dicotomia feita em relação às propostas estrangeiras e nacionais ocorre na medida em que aquelas apresentariam os preços na modalidade CIP (*Carriage and Insurance Paid To*) do Incoterms, ao passo que estas, na forma EXW (*ex-works*) do Incoterms. A distinção fundamental é que na CIP a licitante internacional não precisa computar os preços de tributação de seu país na formulação da proposta, enquanto que na EXW as proponentes nacionais computarão no preço total a incidência tributária nacional devida.

A Unidade Técnica entendeu³⁹ ser mais vantajoso, no sentido de *promover a melhor gestão possível com os recursos públicos disponíveis*, em consonância com o princípio da eficiência o procedimento de equalização previsto no art. 42, §4º, lei 8.666/93⁴⁰, em detrimento do adotado pelo

³⁹O ministro relator adotou essas razões à sua fundamentação e decisão expressamente no voto, de sorte que a argumentação da Unidade técnica é, também, a do TCU: “9. Quanto ao mérito, registro desde logo que acompanho integralmente a proposta da unidade técnica, incorporando as conclusões de sua análise às minhas razões de decidir, por lúdimos os seus fundamentos.” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 2.238/2013, Rel. Min. José Jorge, j. 21/08/2013, p. 32).

⁴⁰ Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

edital em comento. Ao final, o TCU determinou que em próximas licitações internacionais a Eletrobrás adotasse esse último parâmetro de equalização no edital, com base, entre outros argumentos, no princípio da eficiência.

Considera-se a argumentação adequada, pois o princípio da eficiência vem corroborar uma situação comparativamente melhor, no entender do TCU, do que aquela adotada pela empresa estatal. Considerando que o art. 40, X, da lei de licitações utiliza um termo bastante abrangente como *condições equivalentes de pagamento*, o princípio da eficiência pode servir de orientação para se avaliar qual a interpretação da norma que prestigie o *melhor resultado*.

A Unidade Técnica procura demonstrar, ao menos, dois motivos pelos quais a comparação de preços por CIP e EXW é hipótese pior em sede de licitação do que a adoção de cargas tributárias idênticas a todas as proponentes, em conformidade com o art. art. 42, §4º. Em primeiro lugar porque trata as propostas de maneira desigual, afetando o julgamento de propostas, uma vez que prevê a incidência de tributos somente para licitantes nacionais. As propostas internacionais, ademais de não sofrerem com a incidência daqueles tributos que incidem sobre as nacionais (ICMS, por exemplo), não sofreriam ajustes referentes aos impostos e taxas de importação. Em segundo lugar, o procedimento do edital, qual seja o da comparação de preços por CIP e EXW omitiria custos das propostas, o que, também, prejudicaria o julgamento⁴¹. Entendeu o TCU que a opção por essa forma de equalização da proposta iria de encontro ao princípio da eficiência, uma vez que a utilização do art. 42, §4º facilita a obtenção da melhor

§ 4º Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

⁴¹ "2.35 Além disso, tal situação, que omite custos implícitos em determinadas propostas, dificulta o juízo sobre qual proposta efetivamente representa maior vantagem para Administração, além de ferir o princípio do julgamento objetivo da licitação. Segundo a doutrina, inclusive, o conceito de "vantajosidade" (art. 3º da Lei 8.666/93) como adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato é uma manifestação do princípio da República, que impõe a todo governante o dever de promover a melhor gestão possível com os recursos públicos disponíveis (Marçal Justen Filho, p. 63). Nesse sentido, ainda, considera-se o conceito de vantajosidade como consectário lógico do princípio da eficiência da Administração Pública, insculpido no caput do art. 37 da Carta Política." (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 2.238/2013, Rel. Min. José Jorge, j. 21/08/2013, p. 11).

proposta na licitação. Ao comparar e explicar o porquê da decisão em sentido contrário àquela tomada pela empresa estatal, valendo-se do princípio da eficiência, reconhece-se como adequada o argumento.

Outro tema bastante relevante em sede de licitação, e que apareceu na amostra foram o julgamento de habilitação e a capacitação técnica e fiscal da proponente.

Em primeiro lugar, ressalta-se o caso *Petrobras e a utilização do CADIN*. Nele foram consideradas irregularidades a não utilização do Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal – CADIN⁴² na fase de habilitação. A imposição da necessidade de se verificar esse cadastro quando proceder em contratações é uma medida considerada preventiva pelo TCU:

“7. O atendimento a estes dispositivos legais busca prevenir a administração pública em relação a licitantes que possam vir a não cumprir adequadamente o objeto contratado devido a problemas financeiros, até mesmo falência, comprometendo o princípio da eficiência da administração pública e causando prejuízos financeiros.” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 346/2007, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, j. 14/03/2007, parágrafo 7. do voto).

Infere-se do argumento do ministro que a não utilização do CADIN prejudica o princípio da eficiência na medida em poderia incorrer a empresa estatal em prejuízos financeiros. Uma situação de prejuízo financeiro não é a *melhor possível*, portanto não está sob a tutela do princípio da eficiência.

No entanto, a argumentação com base no princípio é inócua, por duas ordens de razão. A primeira refere-se ao fato de que não existem situações comparáveis – à semelhança do exposto acerca do caso da aceitabilidade de preços – já que a obrigatoriedade da utilização do CADIN pela

⁴² O CADIN é um banco de dados que contém os nomes: de pessoas físicas e jurídicas com obrigações pecuniárias vencidas e não pagas para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta; e de pessoas físicas que estejam com a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) cancelada e de pessoas jurídicas que sejam declaradas inaptas perante o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ). (http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/cadinfaq.asp?idpai=FAQCIDADAQ)

Administração Pública⁴³ retira do mundo dos fatos qualquer comparação entre uma habilitação licitatória com ou sem o referido banco de dados. A diferença deste caso para aquele da aceitabilidade de preços é que aqui o princípio é utilizado a fim de reiterar a aplicação da lei, enquanto que naquele, para o descumprimento. Dessa forma, o ministro estabelecer uma comparação com vistas a garantir o cumprimento da lei, argumentando que é o que mais prestigia o princípio da eficiência, é mera atuação retórica – ainda que seja adequada quando se trata do uso do princípio da eficiência, na medida em que foi utilizado argumento comparativo. A comparação feita no voto, quando mencionado o princípio da eficiência, pode ser extraída da seguinte maneira: se a licitação ocorreu sem a observância da lei, permitindo uma situação em que havia o risco de contratar empresa sem os requisitos para o cumprimento do contrato final, obviamente, optar-se por um sistema de dados que permite averiguar quais empresas cumprem com obrigações pecuniárias restringe esse risco e, portanto, é a que mais se adequa à luz do princípio da eficiência, pois garante um resultado melhor para a Administração.

Ao lado do tema da habilitação, sobre a capacitação técnica das proponentes, interessante é o *caso da Companhia das Docas do Estado da Bahia – CODEBA*. Cuidou-se de análise da contratação sem licitação efetuada pela empresa estatal com a Fundação CRÊ, por meio do art. 24, XIII, da lei 8.666/93. Nesses casos a contratada deve conter *inquestionável reputação ético-profissional*, que se confunde com a capacitação institucional de realizar os serviços prestados. Aqui a prestação de serviço era referente à *serviços técnico-administrativos especializados visando a implantação do Sistema de Gestão Integrada de Meio Ambiente, Segurança e Saúde Ocupacional - SGA e criação do Núcleo Ambiental da Codeba, integrado com outras iniciativas convergentes da comunidade portuária*.

⁴³ Sobre isso, a lei 10.522/02: Art. 6º É obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:

I - realização de operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos;

II - concessão de incentivos fiscais e financeiros;

III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.

Ficou verificado que a Fundação CRÊ não possuía esse tipo de capacidade, mas fora contratada por conhecimentos técnicos relativos à outra empresa.

A interpretação sedimentada no TCU, alegada no voto, acerca do art. 24, XIII⁴⁴, opera-se no sentido de que a comprovação de *inquestionável reputação ético-profissional* deve ser feita por meios próprios da entidade contratada, sendo vedadas subcontratações. O ministro relator entende que essa é a hipótese que prestigia o princípio da economicidade:

“9. Extraí-se também desse entendimento jurisprudencial a preocupação com o respeito ao princípio da economicidade, pois, caso contrário, haveria o desnecessário pagamento de valores a título de taxa de intermediação, correspondente à diferença entre o montante despendido pela administração e aquele auferido pela subcontratada executora dos serviços.” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 3.193/2014, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. 19/11/2014, p. 22).

Para análise do argumento do ministro é preciso entender o conteúdo da norma interpretada. A lei dispõe que a licitação será dispensável em caso de contratação de entidade cuja finalidade institucional seja uma das previstas no inciso XIII. Pode-se entender que o fim buscado pela entidade contratada é o que justifica a desnecessidade de procedimento licitatório. No entanto, o próprio inciso já estabelece requisitos a serem verificados na contratação, dentre eles a *inquestionável reputação ético-profissional*. Aqui se trata, na verdade, de análise de causalidade entre a capacidade técnica que diz ter a instituição contratada e a natureza da prestação do serviço⁴⁵. A interpretação dada pelo TCU ao dispositivo faz com que a demonstração dessa capacidade seja obtida diretamente da análise dos fins da entidade contratada, o que veda subcontratações na medida em que, nesses casos, a capacidade não será da contratada, mas sim das subcontratadas.

⁴⁴ Art. 24. É dispensável a licitação:

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha *inquestionável reputação ético-profissional* e não tenha fins lucrativos;

⁴⁵ Ensina Marçal Justen Filho: “Deve ser *inquestionável* a capacitação para o desempenho da atividade objetivada. Exigem-se as virtudes éticas relacionadas direta e necessariamente com o perfeito cumprimento do contrato.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 253).

Conclui o ministro que o entendimento da Corte se coaduna com o princípio da economicidade. A situação contraposta à interpretação referida é a de que possa haver comprovação de capacidade técnica pela subcontratada. Ocorre que nesse caso, como bem ressaltou o ministro, a Administração não estaria procedendo de maneira a realizar uma contratação pelo menor custo, já que a subcontratada estaria prestando o serviço por valor menor ao que foi pago à contratada. Esta receberia pagamento do Poder Público, do qual repassaria como pagamento à subcontratada, mas reteria para si uma parcela, da qual se beneficiaria mesmo não prestando o serviço. O custo nessa situação é maior do que naquela em que só há uma relação da Administração e contratada. Ou seja, a vedação a subcontratações nesses casos impõe custos menores à Administração se for comparada – como o fez o ministro – a uma hipótese em que elas sejam possíveis, o que mostra o uso adequado do princípio da economicidade.

No mesmo tema de habilitação da proponente há de se comentar sobre a regularidade fiscal, que aparece no *caso Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero*. Trata-se de recurso de pedido de reexame interposto pela própria empresa estatal, para que seja reconhecida a dispensa do exame de regularidade fiscal para as contratações diretas feitas a partir do art. 24, I e II da lei nº 8.666/93⁴⁶, por analogia ao que ocorre no art. 32, §1º⁴⁷. Os incisos mencionados que tratam da dispensa licitatória dizem respeito a situações de obras e serviços de pequeno valor –

⁴⁶ Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

⁴⁷ Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

10% (dez por cento) do limite de valor para contratação por meio de convite, que é de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

O argumento utilizado pela empresa estatal é pautado no princípio da eficiência, no sentido de que um ambiente gerencial deve mitigar as *formalidades burocráticas* para atingir o melhor resultado:

“10. Alega ainda que a pequena relevância econômica da contratação não justifica rigorosos atos burocráticos que elevam os custos da estatal, pois a lei determinou formalidades prévias proporcionais às peculiaridades do interesse e da necessidade da Administração, sem descuidar-se dos princípios da economicidade, da eficiência e da legalidade (fl. 7).” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 3.193/2014, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, j. 19/11/2008, p. 2).

Concordando com a empresa estatal, a norma do art. 32, §1º da lei de licitações deve ser entendida, segundo o ministro, como dispensa de habilitação do licitante para casos em que a satisfação da contratação se mostre evidente. Dessa forma o voto condutor do acórdão se manifesta no sentido de ver reconhecida a dispensa de regularidade fiscal no caso de dispensa motivada pelo art. 24, I e II.

A primeira questão que se deve ter em mente para análise dessa argumentação é o fato do ministro entender ser exemplificativo o rol de dispensa do §1º do art. 32 da lei 8.666/93. Isso porque o ministro estende a norma para todas as situações *em que o gestor está capacitado a identificar a desnecessidade de verificação da habilitação do licitante em face da certeza da satisfação da futura contratação*⁴⁸. Superada essa questão o problema recai sobre saber se é adequado o uso do argumento do princípio da eficiência na aplicação dessa dispensa aos casos pleiteados pela Infraero.

A pergunta necessária para saber se o ministro argumenta comparativamente com base no princípio da eficiência é: por que a situação de dispensa de habilitação fiscal, com base no princípio da eficiência, é uma hipótese em que há o melhor resultado do que manter a habilitação? A

⁴⁸ TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 3.193/2014, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, j. 19/11/2008, p. 7.

resposta que dá o ministro é a de comparar a exigência com a complexidade do objeto⁴⁹. São grandezas diretamente proporcionais, na medida em que em objetos de contratações complexas necessitam de uma certeza quanto ser aquele o melhor resultado; ao passo que em uma situação mais simples, não há razão para manter as mesmas exigências, já que a certeza de concretização do objetivo da contratação é mais evidente. Comparativamente, portanto, prestigiar a eficiência administrativa e o melhor resultado, nesse caso, tem a ver com a mitigação de obstáculos de contratação que não clamem por tanta exigência. Com efeito, o ministro se preocupa em utilizar o princípio da eficiência, no sentido de melhor resultado, demonstrando o porquê da opção por uma interpretação em detrimento, comparativamente, de outra.

Aproveitando o tema de dispensa licitatória, cabe alertar para o fato de que as hipóteses de dispensa licitatória compreendem legislações outras, que não a lei geral de licitações. Por exemplo o art. 32 da lei 9.074/95 prevê:

Art. 32. A empresa estatal que participe, na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público, poderá, para compor sua proposta, colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação.

Sobre isso, constou da amostra o caso *Eletróbrás e implantação de usinas hidrelétricas*. A Furnas Centrais Elétricas S.A. (do grupo Eletróbrás) firmou pré-contratos com as empresas projetista, construtora e fornecedora, respectivamente Engevix Engenharia, Construtora Norberto Odebrecht e IMPSA, relativos aos projetos básico de engenharia, básico ambiental e

⁴⁹ “14. As contratações tratadas neste recurso são de pequena monta e, regra geral, referem-se a situações urgentes ou imprevistas, além de envolverem objetos de extrema simplicidade. Criar exigências para esse tipo de contratação significa, a meu ver, afrontar os princípios da eficiência e da proporcionalidade. Impor ao gestor que cumpra, nesses casos, fases preliminares de verificação de habilitação acrescenta pesado ônus ao interesse público, tanto de satisfação de objeto, quanto financeiro, que não encontram justificativas na exata compreensão dos dispositivos constitucionais e legais mencionados. Diante de eventuais obstáculos, que, na verdade, não têm qualquer relevância perante o diminuto objeto que se pretende ver satisfeito, os diversos interesses devem ser sopesados para, em nome dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, assegurar a satisfação do interesse essencial que deve ser suprido, no caso, o público.” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 3.193/2014, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, j. 19/11/2008, p. 8).

executivo, à construção civil e ao fornecimento e montagem eletromecânica para a implantação de obras de implantação da Usina Hidroelétrica (UHE) de Simplício e Pequena Central Hidroelétrica (PCH). Tendo vencido a licitação da concessão de outorga, contratou sem licitação essas empresas, amparada no art. 32 da Lei 9.074/95.

Entendendo que a regra na Administração é a licitação, por meio da qual a contratação pelo Poder Público se coaduna com os princípios constitucionais, a Unidade Técnica manifestou-se no sentido de que em casos de dispensa os princípios também devem ser respeitados. Essa seria a razão de ser da norma do art. 26 da lei 8.666/93⁵⁰ quando estabelece requisitos mínimos a serem observados em casos de dispensa. A observância desse dispositivo por parte da empresa estatal garante o atendimento ao princípio da eficiência, no entender da Unidade, principalmente em relação ao requisito de justificativa de preço. Conclui que essa garantia se dá na medida em que, com a exigência de justificativa de preço do art. 26, os pré-acordos firmados sob dispensa licitatória estariam vinculados a preços de mercado, possibilitando o alcance do melhor resultado⁵¹.

⁵⁰ Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

⁵¹ "64. Como a regra é a realização da licitação e esta leva ao atendimento dos princípios constitucionais de observância obrigatória, como o da isonomia, da publicidade, da impessoalidade, da legalidade, do devido processo legal, da eficiência, da moralidade, entre outros, o legislador ordinário estabeleceu na Lei 8.666/93 modo de garantir, mesmo quando dispensável a licitação, o respeito a esses princípios.

65. Por isso, deve o administrador dar publicidade à contratação sem licitação, motivar a escolha do contratado e justificar o preço acertado de forma a demonstrar a impessoalidade da decisão e o atendimento aos princípios da eficiência e da moralidade. O art. 26 da Lei 8.666/93 garante exatamente isso.

66. Nesse sentido, os preços acordados devem se limitar aos preços existentes no mercado, referenciados preferencialmente em bancos de dados oficiais de preços, não pode haver negociação de termos aditivos que suplantem os limites estabelecidos na lei 8.666/93, entre outros." (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 1.789/2011, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, j. 06/07/2011, p. 98).

Nesse caso impende saber se o argumento do princípio da eficiência utilizado para aplicar o art. 26 da lei de licitações à dispensa do art. 32, §1º da lei 9.074/95 foi empregado de maneira adequada. O TCU, na figura da unidade técnica, concluiu que o art. 26 garante a observância do princípio da eficiência, principalmente no tocante à justificativa de preços da dispensa de licitação. Por estar vinculada aos princípios gerais, a dispensa do art. 32, §1º deve, por isso, ser aplicada em conjugação do art. 26. Nessa argumentação, resta verificar se quando se utilizou do princípio da eficiência para compor suas razões, a Unidade Técnica se preocupou em demonstrar o porquê do art. 26 levar ao melhor resultado, em comparação com outras opções possíveis. Só dessa maneira pode ser considerada adequada a argumentação pela qual se decidiu aplicar, sistematicamente, duas leis distintas.

Essa resposta, contudo, não pode ser extraída do acórdão, porquanto falta esforço argumentativo na aplicação do princípio. Não há como saber porque a Unidade Técnica entende ser garantia do princípio da eficiência a aplicação do art. 26. Isto é, por que a justificativa de preços da lei 8.666/93, quando aplicada à dispensa prevista na lei 9.074/95, conduz a empresa estatal ao melhor resultado. Ressalta-se novamente o critério de comparação adotado pela pesquisa. Não haveria outras situações possíveis em que o melhor resultado poderia ser alcançado? A Unidade Técnica se limita a afirmar que o princípio da eficiência é garantido pelo art. 26. De fato o art. 26 garante um resultado, qual seja a exigência de justificativa de preço. Agora, seria este o melhor resultado, ou seja, aquele perquirido pelo princípio da eficiência? Cabe salientar que no caso a questão é ainda mais séria, já que inexistente previsão legal obrigando a aplicação subsidiária do art. 26 nos demais casos esparsos de dispensa licitatória, tal como o do art. 32, §1º. Falta ao TCU explicar porque considera a justificativa de preço como garantia do melhor resultado e do princípio da eficiência, visto que a decisão carece de maiores comparações contra factuais nesse sentido.

Alterando um pouco o escopo de análise dentro do vasto tema da licitação, passa-se à análise do *caso Petrobrás e o fracionamento de licitação*. A Petrobrás recorreu contra determinações do acórdão nº

597/2004, em que ficou verificada a ocorrência de diversas irregularidades. A partir de uma delas, o TCU proferiu determinação no sentido de não incluir *numa mesma licitação, em que o critério de julgamento seja o preço global, serviços diversos que possam ser executados por diferentes empresas, de forma ampliar a competitividade dos certames*. Frente ao argumento da empresa estatal de que a determinação feria a legalidade, uma vez que não haveria dispositivo legal nesse sentido, a Unidade Técnica explicou que o art. 23, §1º da lei de licitações trata justamente do fracionamento do certame licitatório, e que o conteúdo dessa norma materializa o princípio da eficiência, porque mitiga os riscos de perda de economia de escala⁵².

Algumas considerações merecem ser colocadas antes de se proceder à análise argumentativa do TCU. Primeiramente o ministro agrega as razões da Unidade técnica às suas no voto, de modo que o entendimento da Unidade Técnica passa a ser, com o voto, o entendimento do próprio TCU⁵³.

Não se pode considerar tal argumento do princípio da eficiência como adequado, já que a Unidade sequer se preocupa em estabelecer onde se encontra o melhor resultado nesse caso. Seria pela mitigação da perda de

⁵² 32.2 Análise: Esquece a recorrente que a Lei n. 8.666/93, em art. 23, §1º, "as obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala." Portanto, a determinação deste Tribunal funda-se na Lei, resguardando-se que haja perda da economia de escala, ou seja, atentando-se para o princípio da eficiência apregoado pela recorrente. Trata-se de cumprimento de princípios, cujos conteúdos estão refletidos na regra jurídica mencionada." (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 2.115/2008, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 24/09/2008, p. 10).

⁵³ "9. Dessa forma, ao adotar como razões de decidir os argumentos trazidos aos autos pela Serur, peço vênia à Ilustre Representante do Parquet especializado por dissentir da sua proposta de se adotar, desde já, dispositivos do Decreto nº 2.745/98, uma vez que tal normativo ainda não teve sua inconstitucionalidade ratificada por este Tribunal, por meio do TC 016.176/2000-5, no âmbito do qual foi prolatada Decisão nº 663/2002, porquanto aguarda análise de Pedido de Reexame." (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 2.115/2008, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 24/09/2008, p. 12).

economia de escala⁵⁴? Mas o que isso significa? No acórdão, ao menos, não é encontrada resposta.

Pode-se inferir que o fracionamento leva a diversas licitações com objeto e valor menores do que a fracionada. Quanto mais licitação, menores os valores, e maior a competitividade do certame. Além disso, poder-se-ia alegar que quanto menores os valores, menos custos a Administração em relação aos objetos contratuais finais, do que uma grande licitação. Com menos gastos, chegaria o Poder Público a uma situação melhor comparativamente do que a que se apresentava em um momento anterior ao fracionamento. Destarte, o fracionamento estaria de fato prestigiando o princípio da eficiência⁵⁵.

A falta desse tipo de explicação quando o TCU utilizou o princípio é o que torna a argumentação inadequada. Simplesmente alegar que tal ou qual fenômeno está abarcado pelo princípio da eficiência impõe um ônus argumentativo a quem alega, a fim de que a explicação e o argumento sejam completos. Esse ônus é o de justamente comparar a *melhor* situação, prestigiada pelo princípio, com outra.

Outro grande tema relacionado à licitação é o projeto básico. É ele o instrumento formal que viabiliza o empreendimento licitado. Na amostra o *caso Eletrobrás e as caldeiras da usina de Manaus* trata do assunto e foi tratado em três acórdãos, com três diferentes classes processuais. Ficou verificado falha no projeto básico de reforma das caldeiras, uma vez que seus tubos do piso e do teto atingiram o tempo de vida útil, e não era previsto naquele a troca desses. Essa irregularidade no projeto básico, à luz

⁵⁴ Economia de escala é quando se reduz o custo médio de produção de um determinado bem ou serviço à medida que se aumenta a quantidade produzida. Por exemplo, produz-se 100 produtos X por R\$100.000, mas se acaba produzindo 1000 X por R\$200.000. No primeiro caso, cada X custa R\$1000 para produzir. Já no segundo caso, cada X custa R\$200 para produzir. Com os custos diminuindo, você tem mais chances de lucrar em escala.

⁵⁵ Esse é o raciocínio estabelecido por Marçal Justen Filho: "O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência. A competição produz redução de preços e se supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única." (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 207).

da Unidade Técnica e do relatório de inspeção, representou ofensa ao princípio da eficiência na medida em que a melhor opção era a previsão no projeto básico de paralisação das caldeiras por, pelo menos, 45 dias. A ausência de disposição nesse sentido fez com que fosse despendido um total de 419 dias para efetuar a obra de reforma⁵⁶.

De antemão cabe indicar que a argumentação da Unidade Técnica foi consolidada pelo voto do ministro⁵⁷. Fica evidente que o juízo fundado no princípio da eficiência foi utilizado de maneira adequada. Ao longo do caso o TCU se preocupou em argumentar e demonstrar à Eletrobrás que não fosse a ausência no projeto básico de disposição relativa à reforma das caldeiras a obra teria sido feita em muito menos tempo. Utilizando o princípio, houve a preocupação de se comparar o fato com o que se argumenta ser o melhor resultado. Nesse sentido, uma situação em que a paralisação do serviço se dá por 45 dias a cada caldeira é um resultado melhor que em comparação a totais 419 dias de paralisação do serviço executado pelas caldeiras – 135

⁵⁶ "26.4 Após todo esse tempo de utilização e pelas normas técnicas pertinentes, o fato narrado no fax e no relatório de inspeção não pode ser tratado como surpresa ou imprevisibilidade. Nesse sentido, vale destacar a conclusão no Relatório de Inspeção sobre essa ocorrência (fls. 387/388, Vol. 5): 'Por falha no projeto básico houve uma prorrogação de prazo de 135 (cento e trinta e cinco) dias na entrega da Caldeira n.º 04 e mais 284 (duzentos e oitenta e quatro) dias na entrega da Caldeira n.º 03, no total de 419 dias. Não se pode alegar que os serviços não puderam ser previstos no referido projeto básico, pois, na Comunicação Interna TGM n.º 433/2006, referente ao Terceiro Termo Aditivo ao Contrato, o Gerente do Departamento de Geração Térmica de Mauá considerou que: *"a caldeira n.º 3 entrou em operação comercial oficialmente no dia 04/11/1978. Portanto está operando há 27 anos, seus tubos já atingiram o tempo de vida útil recomendado pelo fabricante e dão sinais claros de fadiga de material com constantes furos. Além do mais, essa caldeira nunca foi contemplada com a substituição de suas tubulações."* (item 08).

Segundo a diretoria técnica, para a realização de um projeto bem elaborado ter-se-ia de parar cada caldeira por 45 (quarenta e cinco) dias, concomitantemente ou não. Por uma economia de quarenta e cinco dias, perderam-se 135 (cento e trinta e cinco) dias na entrega da caldeira n.º 04 e 284 (duzentos e noventa e quatro) na caldeira n.º 03, o que contraria o princípio da eficiência, contido no art. 37, caput, da Constituição Federal em vigor" (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 761/2011, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 30/03/2011, p. 29).

⁵⁷ "16. O mesmo pode ser dito quanto à ausência de projeto executivo para a recuperação das caldeiras, pois não tenho dúvidas de que o objeto da contratação tem o caráter de serviços de engenharia e não de serviço comum (fls. 33, anexo 4), que o dispensaria à luz do prescrito no art. 6º, inciso X, c/c 7º, inciso II, da Lei nº 8.666/93. Deste modo, a falta do projeto executivo contribuiu ainda mais para a ineficiência dos procedimentos, tendo como resultados o aumento do tempo para a execução e a demora da entrada em funcionamento da caldeira, com o desabamento do teto e do piso.

17. Assim, correta está a proposta de encaminhamento da Unidade Técnica no que diz respeito a esse ponto, a despeito do prescrito no art. 206 do Regimento Interno." (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 761/2011, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 30/03/2011, p. 68).

em relação à caldeira nº 04 e 284 referente à caldeira nº 03, segundo a comparação do Tribunal. A violação do princípio da eficiência, que prega a realização pelo melhor resultado, restou evidente pela falha no projeto básico (art. 7º da lei 8.666/93).

Mudando, mais uma vez, de matéria, o caso *Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU*, por sua vez, tratou de contratação de serviços advocatícios. Na licitação em questão optou-se por uma licitação na modalidade técnica e preço, com falha na ausência de critérios aptos a avaliar a qualidade da proposta técnica, violando o art. 46 da lei de licitações. O edital previa que as empresas apresentassem pontuação técnica de no mínimo 70%, senão seriam desclassificadas. Dessa forma, entendeu o ministro que:

“O edital estabelece regras referentes à eliminação do licitante e pontuação das propostas técnicas que são prejudiciais à competitividade, imputam fundadas dúvidas a economicidade da futura contratação e levantam sérias dúvidas sobre a adequação do procedimento aos requisitos legais exigidos para a utilização do tipo técnica e preço.” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 525/2012, Rel. Min. Weder de Oliveira, j. 07/03/2012, p. 35).

A conclusão do voto é a de que o critério utilizado pela empresa estatal ofende o princípio da economicidade. Trata-se de averiguar se, na argumentação, o ministro explicou o porquê de a pontuação técnica não permitir o menor custo na licitação.

Deve-se ter em mente que os critérios de pontuação técnica eram tempo de formação da sociedade, tempo de experiência de cada sócio, número de advogados na sociedade, experiência da sociedade no patrocínio simultâneo de ações e experiência profissional dos advogados, sendo que o edital atribuiu valor peso diferente para cada critério. Por exemplo: o peso do número de advogados é de 25, enquanto que a experiência no patrocínio simultâneo de ações é de 30⁵⁸.

⁵⁸ Para melhor compreensão do tema, recomenda-se consultar a tabela dos critérios de pontuação técnica presente na página 7 do acórdão 525/2012.

Com efeito, impende reconhecer que o TCU se preocupou em estabelecer argumentos comparativos, atrelados ao princípio da economicidade, cujo conceito de *menor preço* é verificado mediante, justamente, uma comparação. Dessa forma o TCU fez a seguinte suposição:

“16. Imagine-se um escritório que obtenha pontuação máxima em todos os cinco itens que compõem a "proposta técnica" (tempo de formação da sociedade, tempo de experiência de cada sócio, número de advogados na sociedade, experiência da sociedade no patrocínio simultâneo de ações e experiência profissional dos advogados), exceto no item relativo à experiência da sociedade no patrocínio simultâneo de ações. Nesse último item - cujo peso é igual a 30 -, o referido escritório obtém 10 pontos dos 30 possíveis, por comprovar experiência no patrocínio simultâneo de 6.000 ações.

17. Nesse cenário, esse escritório seria eliminado do certame, por não atingir a pontuação técnica mínima de 70% dos pontos possíveis para a "proposta técnica" (1.340 pontos de 1.940 pontos possíveis = 69,07%), mesmo comprovando o patrocínio simultâneo de um número de ações muito próximo à totalidade das 6.562 ações envolvendo a CBTU, e superior ao exigível como requisito de habilitação (4.000). Ou seja, efetivamente, o requisito de habilitação é outro, diverso daquele que foi definido no edital.

18. Além disso, considerando as regras de pontuação previstas no edital, verifico que um escritório que comprove o patrocínio simultâneo de 10.001 ações poderá oferecer um preço 53% maior do que um escritório concorrente que comprove o patrocínio simultâneo de 8.000 ações e vencer a licitação, desde que ambos obtenham pontuação máxima nos demais itens que compõem a "proposta técnica" e que a proposta de preço do segundo escritório seja a menor proposta entre todos os participantes habilitados.” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 525/2012, Rel. Min. Weder de Oliveira, j. 07/03/2012, p. 36).

Essa hipótese demonstra como a pontuação técnica repercute no princípio da economicidade. A ofensa ao princípio se dá pelo fato de poder sagrar-se vencedor da licitação proponente que não ofereceu a menor proposta à Administração, e que único diferencial reside na demonstração de um escritório de patrocínio simultâneo de 10.001 ações e o outro, 8.000, quando o requisito editalício de habilitação exigido é de 4.000. Dessa forma, entre ambas as empresas habilitadas, contratar-se-ia aquela cuja proposta se mostrou mais onerosa e menos econômica à Administração. A

argumentação do princípio da economicidade nesse caso merece ser considerada adequada.

Superada a análise, volta-se a atenção ao *caso Companhia Docas do Pará – CDP*. Houve desclassificação ilegal de proponente, de maneira a ir de encontro ao art. 48, §1º da lei de licitações⁵⁹, que trata da presunção relativa de inexecuibilidade. Foi elaborada licitação de tomada de preços com o objetivo de contratar a execução de serviços de construção de muro de alvenaria em blocos e concretos pré-moldados no Terminal de Outeiro em Belém/PA. O TCU entendeu que a conduta da Comissão de licitação em desclassificar a proposta mais vantajosa – sendo concomitantemente a de menor custo – violou o princípio da economicidade⁶⁰.

As situações comparáveis aqui são evidentes. Em contraposição aos fatos de que a inexecuibilidade presumível se operava às propostas com valor inferior a R\$ 222.129,13 e a proposta da empresa desclassificada (Plana Construções Comércio e Representações Ltda.) era de R\$ 275.224,30, a situação hipotética é que não fosse a má aplicação do art. 48, §1º, a menor proposta seria obtida, e o princípio da economicidade, realizado. Essa comparação e demonstração da hipótese de menor custo à

⁵⁹ Art. 48. Serão desclassificadas:

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecuíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexecuíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou
b) valor orçado pela administração.

⁶⁰ "2.1.16. Em contraste com esse substrato fático, as alegações trazidas pela defendente não apresentam quaisquer razões objetivas que justificariam a aplicação errônea do critério legal para desclassificar a proposta de menor preço. Como ressaltado pela própria defendente, era seu dever, na condição de presidente da CPL, zelar pelos princípios e regras regentes das licitações públicas, em especial o princípio da economicidade e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Ao desclassificar irregular e injustificadamente a melhor proposta, a então presidente da CPL violou norma cogente contida na Lei 8.666/1993 e atentou contra os referidos vetores normativos." (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 1.324/2016, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. 25/05/2016, p. 3).

Administração é descrita no acórdão⁶¹, de modo que há de se reconhecer a adequação da argumentação do princípio ao critério estabelecido.

Ainda sobre o procedimento de licitação, o art. 38 da lei 8.666/93⁶² descreve as peças necessárias para a abertura do certame; especificamente trata-se da análise do *caso Petrobrás e Banco do Brasil e uso de "minutas-padrão"*. Em seu parágrafo único o dispositivo subordina à apreciação da assessoria jurídica da licitante as minutas dos editais e dos contratos, dentre outras peças. À Petrobrás, diversas vezes, e ao Banco do Brasil em uma oportunidade foi imputada irregularidade por prática de "minutas-padrão". Ou seja, a empresa padronizava as minutas de editais e contratos. Ficava a cargo da assessoria jurídica da empresa, portanto, somente a apreciação do *modelo* estabelecido, não se manifestando em todas as

⁶¹ "2.1.12 Observou-se que, a despeito de corresponder ao menor preço global, a proposta no valor de R\$ 275.224,30, ofertada pela empresa Plana, foi desclassificada pela Comissão Permanente de Licitação, sob alegação de propor preço manifestamente inexequível, abaixo do equivalente a trinta por cento do valor orçado pela administração.

2.1.13 Com a desclassificação da Plana, houve empate entre as propostas das empresas Codbessa e FHVV Construções LTDA. Realizado sorteio para desempate, a COPBESSA sagrou-se vencedora, tendo celebrado contrato com a CDP pelo preço global de R\$ 278.282,15.

2.1.14 Conforme apontado pela CGU e ratificado na sentença de primeiro grau na ação de improbidade, a desclassificação da licitante Plana Construções Comércio e Representações Ltda. foi irregular, uma vez que decorreu da aplicação equivocada do art. 48, § 1º, da Lei 8.666/93, pois somente cotações com valor inferior a R\$ 222.129,13, seriam enquadráveis na previsão legal, conforme demonstrado no quadro abaixo transcrito:" (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 1.324/2016, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. 25/05/2016, p. 3).

⁶² Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

- I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
- II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;
- III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;
- IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;
- V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;
- VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;
- VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;
- VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
- IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;
- X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
- XI - outros comprovantes de publicações;
- XII - demais documentos relativos à licitação.

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração

licitações, já que havia emitido um juízo prévio em relação à minuta-padrão. Essa questão foi tratada por diversos acórdãos, como pode ser visto na Lista de Acórdãos Estudados⁶³.

A argumentação considerava que a atuação da empresa estatal, norteadada pelo princípio da eficiência, deve almejar praticidade e agilidade nas contratações. No caso o ministro parte da premissa de que embora o TCU aplique a lei nº 8.666/93 às empresas estatais na ausência da norma prevista no art. 173, §1º da Constituição o Tribunal admite ressalvas quando implicar risco à natureza privada desse tipo de empresa. Argumenta que os princípios da eficiência e da economicidade primam pela melhor gestão dos recursos disponíveis, que levarão a uma administração eficiente⁶⁴.

Reconhece-se, antes de tudo, que a norma do parágrafo único do art. 38 da lei 8.666/93 não é expressa quanto a necessidade de manifestação da assessoria jurídica em todos os procedimentos licitatórios. Há um vácuo semântico que permite a incidência de princípios para determinar qual interpretação merece prevalecer. Nesse sentido, cabe verificar se a utilização do princípio da eficiência foi realizada adequadamente.

O que o voto do ministro deve responder, na verdade, é por que o comando de utilização de minutas-padrão gera o melhor resultado, em comparação com outras situações, como a de submeter à assessoria

⁶³ Considerando que a argumentação em todos os casos é demasiadamente parecida, bem como o fato de que o acórdão 392/2006 ser mencionado nos demais, proceder-se-á a análise dos argumentos deste acórdão. As conclusões, no entanto, podem ser estendidas aos demais visto que foi este acórdão que consolidou o entendimento do TCU sobre o tema.

⁶⁴ "Portanto, a adoção da sistemática de utilização de minutas-padrão de editais e de contratos comuns que se repetem periodicamente no âmbito da Petrobras, que já contaram com a análise e a aprovação prévia pelo órgão jurídico, e que são inseridos em suas instruções internas, é procedimento adequado a uma administração eficiente – como deve ser para quem atua em regime de concorrência com as empresas privadas – e termina por concretizar o princípio da eficiência constitucional.

Ademais, a padronização de procedimentos que se repetem rotineiramente é um meio salutar de a Administração desincumbir-se de tarefas que, numericamente significativas, na essência referem-se sempre aos mesmos atos administrativos. Sua adoção é desejável na medida em que libera recursos humanos e materiais para serem utilizados naquelas ações que impõem atuação individualizada. A repetição de procedimentos licitatórios que tenham o mesmo objeto e que guardem proporção em relação às quantidades enquadram-se nessa hipótese." (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 392/2006, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 29/03/2006, pp. 5-6).

jurídica as minutas de editais e contratos a cada vez que a empresa resolver realizar uma licitação.

É possível extrair uma resposta do seguinte trecho voto:

“[...] a padronização de procedimentos que se repetem rotineiramente é um meio salutar de a Administração desincumbir-se de tarefas que, numericamente significativas, na essência referem-se sempre aos mesmos atos administrativos. Sua adoção é desejável na medida em que libera recursos humanos e materiais para serem utilizados naquelas ações que impõem atuação individualizada.” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 392/2006, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 29/03/2006, pp. 5-6).

Compreende-se a partir disso que a utilização de minutas-padrão é a interpretação que alcança o “melhor resultado” na medida em que reduz os custos relacionados ao procedimento licitatório, em comparação a uma hipótese de haver a necessidade de apreciação do edital pelo corpo jurídico da empresa em toda licitação – inclusive naquelas de mesmo objeto. Logo, a interpretação do parágrafo único do art. 38 da lei de licitações de modo a permitir a utilização do uso de minutas-padrão é a que melhor se modula ao conceito do princípio da eficiência, porque essa é a situação em que o melhor resultado se apresenta como a de menor custo à Administração. Inclusive é por isso que também se considera adequada a utilização do princípio da economicidade no caso, pois os dois conceitos – o de *melhor resultado* e de *menor custo* – se confundem⁶⁵. Como o argumento se vale de uma comparação de situações para chegar à conclusão, há de se tachar adequado o uso do princípio nesse caso.

⁶⁵ “Sem dúvida, os princípios da economicidade e da eficiência recomendam a melhor gestão de recursos disponíveis, a qual resulta de adequado planejamento. A utilização de instruções padronizadas para situações recorrentes visa impedir quaisquer equívocos ou desvios na execução de despesas, tornando transparente e célere o procedimento e diminuindo os custos do processo licitatório. Ganha a empresa com a otimização de recursos financeiros, materiais e humanos desde o início da fase interna, até a assinatura e posterior execução do contrato.” (TRIBUNAL DE CONTAS. Plenário. Acórdão 392/2006, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 29/03/2006, p. 5).

Conclusão

Finda a análise, é necessário retomar quais são os resultados obtidos, além de responder à pergunta de pesquisa e posicioná-la no debate de aplicação de princípios por julgadores. Embora o TCU não faça parte do Poder Judiciário, sua função de controle da Administração aproveita de argumentos jurídicos, dentre os quais a aplicação de princípios está inserida. Em relação aos resultados, apresentam-se sinteticamente aqueles acórdãos cuja utilização do princípio da eficiência ou economicidade se mostrou adequada e aqueles em que fora inadequada. Também será analisado o tema específico dentro do gênero *licitação* sobre o qual foram aplicados os princípios.

Antes disso, porém, entende-se necessárias algumas considerações acerca do método de análise utilizado por esta pesquisa. A análise de adequabilidade da aplicação dos princípios da eficiência e da economicidade aliada à verificação de argumentos comparativos pode ser replicada sempre que o conteúdo ou comando do princípio expressar uma comparação, tal como *melhor* resultado e *menor* custo induzem. Isto é, quando o princípio denotar uma comparação lógica, ainda que implícita, saber se a comparação realmente ocorreu aliada ao princípio pode ser uma maneira de conceber o argumento como adequado ou inadequado. Dessa forma as possibilidades de análise são múltiplas. Para citar uma: se o TCU assume esses mesmos conteúdos aos princípios quando analisa licitações de autarquias, os resultados de eficiência e economicidade são os mesmos a que se chegou essa pesquisa, utilizando-se o mesmo método? Isso tudo para concluir que o método de análise que se preocupa em verificar a relação adequada entre o conteúdo dos princípios da eficiência e economicidade pode ser considerado relevante para o debate de aplicação dos princípios.

Em relação aos temas abordados pela amostra é facilmente perceptível a variedade de aspectos da licitação que apareceram. Dentro da categoria de discricionariedade, debateu-se acerca da necessidade de licitação ou

possibilidade de contratação direta, escolha de modalidade licitatória bem como definição do tipo de julgamento das propostas. Na parte reservada à legalidade do procedimento licitatório, constaram temas como ausência de cláusulas editalícias, capacitação técnica e fiscal, desclassificação ilegal de proponente, falha em projeto básico, parcelamento da licitação e utilização de minutas-padrão.

Essa variedade pode ser explicada em razão da vagueza do conteúdo de normas principiológicas, tais como a eficiência e economicidade. Por mais que se dê um conteúdo mínimo ao princípio, como *dever de melhor resultado*, *dever de melhor gestão dos recursos*, *dever de decidir com o menor custo ao erário*, a indeterminação ainda se mostra presente, de modo que a norma pode ser aplicada a muitos tipos de caso. Tanto é assim que a maioria esmagadora dos casos não compreendeu mais de dois acórdãos⁶⁶. Ou seja, dos 30 acórdãos estudados chegou-se a 20 casos, cada qual com problemas específicos e diferentes dos demais.

Essa vagueza não pode ser condenável, e nem era o papel da pesquisa o fazer – isto é, questionar se indeterminação dos princípios da eficiência e da economicidade é bom ou ruim. Na verdade, constitui uma das características de princípios jurídicos que seu conteúdo seja vago, permitindo sua aplicação em diversas hipóteses. O princípio age muito mais no sentido de fornecer legitimação para a tese defendida pelo TCU. Isso é corroborado pelo fato de que em todos os casos o princípio fundamentou a tese condutora do acórdão, mas nunca foi o único argumento encontrado no voto – embora fosse o único analisado na pesquisa. Dessa forma, uma primeira conclusão é a de que não há padrão na utilização do princípio da eficiência e da economicidade pelo TCU em casos de licitação de empresas estatais.

Por outro lado, mesmo não havendo padrão, não se pode afirmar que a Corte de Contas não foi prudente ao utilizar os princípios. A análise da variedade de temas em que foram aplicados os princípios é diferente da

⁶⁶ Tirando o caso dos acórdãos que trataram do uso de minutas-padrão, que eram cinco, nenhum dos acórdãos estudados teve sua argumentação utilizada ou, ao menos, citada em mais de dois no restante da amostra.

saber se sua aplicação pelo TCU foi prudente e adequada. Para a pesquisa foi considerada adequada a argumentação que, valendo-se do princípio da eficiência ou economicidade, se preocupou em estabelecer um juízo comparativo – pelos motivos já expostos. As tabelas a seguir mostram quais foram os resultados dessa análise:

Número dos Acórdãos	Casos – Discricionariedade do Gestor	Aplicação do Princípio
493/2017	Banco do Brasil e a alienação de imóveis	Adequada
624/2003	Banco do Brasil e a contratação de penhor rural	Adequada
768/2011 e 2.344/2007	Eletrobrás e a aquisição de combustível	Adequada
3.238/2012 e 483/2017	Eletrobrás e atividades nucleares	Adequada
996/2015	BNDES e a alienação do imóvel	Adequada
1.019/2007	Desenvolvimento Rodoviário S.A. – Dersa	Adequada
537/2010 e 2.104/2007	Companhia Docas do Espírito Santo – CODESA	Inadequada
1.557/2004	Rede Ferroviária Federal S/A – RFFSA “em liquidação”	Inadequada
851/2009	Consórcio Datacenter	Inadequada

Número dos Acórdãos	Casos – Ilegalidade na Licitação	Aplicação do Princípio
1.427/2010 e 346/2007	Petrobrás e a utilização do CADIN	Adequada
2.616/2008	Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO	Adequada
2.238/2013	Eletrobrás e a licitação internacional	Adequada
761/2011, 3.674/2013 e 2.668/2014	Eletrobrás e as caldeiras da usina de Manaus	Adequada
525/2012	Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU	Adequada
1.324/2016	Companhia Docas do Pará – CDP	Adequada
3.193/2014	Companhia das Docas do Estado da Bahia – CODEBA	Adequada
392/2006, 536/2014, 1.375/2013, 3.014/2010 e 1.504/2005	Petrobrás e Banco do Brasil e uso de “minutas-padrão”	Adequada
1.394/2012	Petrobrás e a aceitabilidade de preços	Inadequada
1.789/2011	Eletrobrás e implantação de usinas hidrelétricas	Inadequada
2.115/2008	Petrobrás e o fracionamento de licitação	Inadequada

Isso mostra que o TCU se preocupa em comparar situações quando faz uso do princípio da eficiência ou economicidade em licitações de empresas estatais em 70% dos casos. A porcentagem sobe para, aproximadamente 73% se considerados apenas casos em que se discutem ilegalidades no procedimento licitatório; mas cai para, aproximadamente, 67% quando a questão tratada implica em discricionariedade do gestor em matéria de licitação. Ainda assim, em todos os cenários, a Corte utiliza uma argumentação com base nos princípios adequadamente em, pelo menos, mais da metade dos casos. Já é um fato considerável dentro da realidade da indeterminação normativa dos princípios, o que autoriza a concluir que, segundo os critérios de análise dessa pesquisa, há alguma preocupação com o ônus argumentativo na aplicação dos princípios por parte do TCU.

A diferença da porcentagem de adequação argumentativa entre as categorias de pesquisa talvez possa ser explicada pela natureza dos casos de uma e de outra.

Na categoria de ilegalidades de licitação estão casos em que a discussão se insere acerca de normas cujo comando é obrigatório – e que cujo descumprimento enseja ilegalidade. É o exemplo das cláusulas obrigatórias do edital de licitação. Aqui a atuação do princípio recairá sobre a interpretação dessas normas, de modo que é pertinente saber qual se a cláusula editalícia de equalização de propostas internacionais é a mais eficiente: a adotada pela empresa na abertura do certame ou a que o TCU entende ser, com base no princípio da eficiência? As possibilidades de comparação argumentativa que possui o TCU aqui já são muito limitadas em virtude da norma aplicada, que veda, por exemplo, comparar a situação de ausência dessa cláusula, uma vez que ela é obrigatória.

A seu turno, os casos de discricionariedade do gestor apresentam normas cujo comando, por si só, já faculta uma escolha ao aplicador. Ou seja, a Administração pode optar entre uma ou outra modalidade de licitação, pode optar se vai ou não licitar; há margem para deliberação. Isso torna dificultosa a tarefa de um Tribunal que, querendo controlar a discricionariedade de um gestor em licitação, utilizando-se dos princípios da

eficiência ou economicidade, pretende-se manter adequado em sua argumentação, a partir do critério da comparação. As possibilidades fáticas facultadas pela lei são maiores, de tal sorte que a comparação a ser feita com base no argumento do princípio deverá ser mais rigorosa. Isto é, o ônus argumentativo é maior na medida em que se aumentam as possibilidades de comparação do argumento.

Por isso uma aplicação adequada dos princípios em matéria de discricionariedade se mostrou menor que a verificada em casos de ilegalidade em licitação. Ainda assim, retoma-se que pela indeterminação normativa de princípios as porcentagens apresentadas pelo TCU são expressivas, no sentido de uma argumentação prudente e adequada.

Como já foi explicada, a indeterminação normativa que há em princípios não é critério para aferir a qualidade ou não desse tipo de norma. É uma característica sua. Do mesmo modo a existência de princípios não pode ser invocada para avaliar o bom ou mau conteúdo normativo da ordem jurídica. Se os princípios da eficiência e da economicidade estão presentes na Constituição, eles devem ser observados e aplicados. A questão é que a maneira de aplicação determinará o bom ou mau uso das normas principiológicas, uma vez que extrair comandos é mais difícil em casos de vagueza.

Carlos Ari Sundfeld alerta para essa questão e afirma que: *Para que, no debate jurídico, os princípios não sirvam como armas de espertos e preguiçosos é preciso impor, a quem os emprega, os ônus que lhes são inerentes*⁶⁷. Para ele o aplicador deve justificar sua legitimidade em poder utilizar aquele princípio (ônus da competência) e, ainda, delimitar clara e precisamente o comando que se está extraíndo do princípio para resolver a questão concreta (ônus do regulador).

No caso específico dessa pesquisa procurou-se demonstrar que, apesar do conteúdo vago, ainda é possível extrair critérios lógicos desses princípios, para que uma decisão jurídica seja fundamentada, como ressalta Carlos Ari Sundfeld. Vê-se, portanto, que uma aplicação racional dos

⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2012. p. 215.

princípios da eficiência e economicidade em licitações de empresas estatais é viável, e não apenas em teoria, mas plenamente factível dentro de um aplicador do direito como o Tribunal de Contas da União.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, L. M.; RODRIGUES, M. I. A. A relação entre os princípios da eficiência e economicidade nos contratos administrativos. **Revista do Serviço Público**, n. 63.1, p. 43, 2012. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/87>>.

BUGARIN, P. S. Economicidade e eficiência: breves notas. **Revista do TCU**, n. 101, p. 15-17, 2004.

DA SILVA, M. A. O conceito de eficiência aplicado às licitações públicas: uma análise teórica à luz da economicidade. **Revista do TCU**, n. 113, p. 71-84, 2008.

GEBRIM, L. S. A. **A adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás sob as perspectivas do STF e do TCU**. [S.l.]: Monografia da Escola de formação da sbdp 2013. Disponível em: <www.sbdp.or.br/ver_monografia.phd?idMono=227>. Acesso em: 27 outubro 2017.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MAQUES NETO, F. D. A.; DE PALMA, J. B. Empresas estatais e parcerias institucionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 272, p. 59-92, Novembro 2016. ISSN ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64297>>. Acesso em: 14 Novembro 2017.

MARTINS, R. M. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. 112-113 p.

MORAES, A. D. **Direito Constitucional**. 25ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 333 p.

NIEBUHR, J. D. M. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. BeloHorizonte: Fórum, 2013. 55 p.

PEREIRA, L. C. B. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REPE)**, Salvador, 2009. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Papers/2010/Os_primeiros_passos_reformar_gerencial_estado_1995.pdf>. Acesso em: 27 outubro 2017.

SANTANA, J. E. **Pregão presencial e eletrônico**: manual de implantação, operacionalização e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 244 p.

SILVA, V. A. D. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002.

SUNDFELD, C. A. **Direito administrativos para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012. 215 p.

Anexo I

Este Anexo compreende o link para consulta dos fichamentos dos acórdãos pertinentes e que compõe a amostra, bem como da tabela em que se encontram devidamente catalogados os acórdãos que compuseram o universo de pesquisa, mas que foram considerados impertinentes.

Os fichamentos foram feitos em documentos do word. Neles se encontram o número do acórdão e o ano, classe processual, nome da empresa e modalidade, isto é, se dentro do gênero de empresa estatal ela é uma sociedade de economia mista, ou uma empresa pública. Foi feito um breve resumo do caso e descrição do contexto em que foi usado o princípio da eficiência.

Sobre o conteúdo da tabela, recomenda-se a leitura do item 1.1. desta pesquisa.

Dessa forma os fichamentos podem ser acessados por meio deste link:
<https://drive.google.com/open?id=0B0QVDx1DNEiaVXI5YTQzVUZyb0E>

E a tabela de acórdãos impertinentes, neste link:
<https://drive.google.com/open?id=0B0QVDx1DNEiaR2dBNzdhUXJTQVk>