JOTA

TCU

TCU e o “preço justo”

A jurisprudência recente do TCU sobre contratações públicas

ANDRÉ ROSILHO

09/08/2017 11:57

Compete a órgãos de fiscalização determinar, por meio da adoção de critérios próprios, “preços justos” de serviços que tenham sido licitados? Há indícios de que o TCU entende que sim. Ao menos é o que sugere sua jurisprudência recente sobre contratações públicas.

A Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), em face da constatação de irregularidades na condução de pregão presencial, instaurou tomada de contas especial para apurar prejuízo ao erário decorrente de suposto superfaturamento na aquisição de medicamentos. Ao avaliar o caso, o TCU, partindo de método de apuração de dano de sua escolha, concluiu que o orçamento de referência da licitação continha sobrepreço. Esse fato foi determinante para

declarar irregulares as contas dos gestores e das empresas contratadas, as quais, inclusive, foram condenadas solidariamente ao pagamento do valor correspondente ao dano apurado (Acórdão 2.901/2016-Plenário).

Em embargos, uma das empresas sustentou que sua condenação seria indevida, pois não teria culpa ou dolo na configuração do alegado sobrepreço e sua proposta na licitação teria ficado abaixo do limite do orçamento base do poder público. Sua conduta estaria de acordo com o Direito.

[formulario_fulllist]

No entanto, para o Tribunal, o licitante teria o dever de ofertar na licitação “preços de mercado” (leia-se, compatíveis com as referências do próprio TCU), independentemente de eventuais falhas de orçamentação do poder público. A proposição, pelo licitante, de preços superiores a esses de referência violaria a Lei de Licitações (art. 43, IV), configurando ato ilícito. Na visão do TCU, esse comportamento também seria causa de dano ao erário, na medida em que seria imprescindível à configuração de superfaturamento (Acórdão 1.304/2017-Plenário).

O objetivo perseguido pelo TCU (evitar superfaturamento em contratação pública por meio de análise de sobrepreço) é legítimo. O problema parece estar na consistência jurídica dos argumentos por ele utilizados.

A legislação não traz conceito de “preço justo” e não impede particulares de ofertar os valores que julgarem mais adequados. A proposta do licitante é reflexo da sua estratégia empresarial e de circunstâncias variáveis (como sua experiência na execução dos serviços) ou conjunturais (como a situação macroeconômica do país ou as perspectivas de crescimento do setor). Empresas têm autonomia para decidir as condições sob as quais concordam assumir a execução de empreendimentos públicos.

É juridicamente inconsistente a condenação solidária de empresa ao pagamento do valor de suposto dano ao erário exclusivamente a partir da constatação de que os valores por ela ofertados na licitação destoariam da noção de “preço justo” do órgão de controle.

ANDRÉ ROSILHO – Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Doutor em direito pela USP. Mestre em direito pela FGV Direito SP.