

## INCERTEZA NAS CONTRATAÇÕES ESTATAIS: ESTRATÉGIA DO CONTROLE PÚBLICO AINDA EM DESENVOLVIMENTO?

UNCERTAINTY IN PUBLIC CONTRACTS: CONTROL STRATEGY STIL IN DEVELOPMENT?

Carlos Ari Sundfeld<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por escopo analisar as incertezas que permeiam as contratações feitas por empresas estatais, no que tange às decisões dos órgãos de controle ao analisarem a juridicidade dessas contratações, com enfoque nos processos exigíveis para a escolha do parceiro privado e os critérios que devem ser observados pela estatal no que se refere ao preço proposto pelo particular.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratações estatais. Princípio da segurança jurídica. Tribunal de Contas da União. Supremo Tribunal Federal. Controle. Empresas estatais. Licitações. Contratos. Regime jurídico.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the uncertainties that permeate the contracting made by state-owned companies, regarding the decisions of the control bodies when analyzing the legality of these contracts, focusing on the processes required for the choosing of the private partner and the criteria that should be observed by the state in regard to the price proposed by the private partner.

**KEYWORDS:** Public contracts. Principle of legal certainty. Court Union accounts. Federal Court of Justice. Control. State-owned enterprises. Biddings. Contracts. Legal regime

### 1. INTRODUÇÃO.

O direito deve prover a certeza e a segurança indispensáveis aos negócios e ao funcionamento das empresas e da economia: eis uma ideia unânime, repetida também no Brasil por acadêmicos, profissionais e autoridades. Em muitas variações, inclusive para aplicação nos contratos estatais, o *princípio da segurança jurídica* aparece na Constituição, em diversas leis, nos manuais jurídicos e nas decisões judiciais. Mas é um curioso princípio de direito administrativo, que se homenageia com convicção e, por cautela, ao mesmo tempo se sabota.

É interessante mostrar como isso funciona para poder descobrir as razões do paradoxo. É este o objetivo do presente estudo. Ele demonstra que os mais importantes órgãos de controle do Brasil – na esfera judicial, o Supremo Tribunal Federal e, na esfera da auditoria

---

<sup>1</sup>Professor titular da FGV Direito SP, Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP, e Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público — sbdp.

financeira, o Tribunal de Contas da União — têm adotado a estratégia consciente de manter contratações estatais em estado de delicada incerteza.

O Tribunal de Contas da União - TCU não é órgão do Poder Judiciário. Na condição de instituição independente de estado, com função de auditoria externa da administração pública (a qual inclui as empresas estatais), o TCU fiscaliza, por meio de processos de natureza não judicial, a regularidade jurídica dos contratos estatais. Mesmo depois de esgotadas as possibilidades de impugnação ou de recurso interno, as decisões do TCU não têm força de coisa julgada (força para dizer o direito com definitividade para o caso concreto). Essas decisões podem ser revistas pelo Judiciário, por iniciativa da administração pública ou de outro interessado.

Entre as competências do TCU estão as de “julgar as contas dos administradores”, realizar “inspeções e auditorias”, “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei” e “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” (Constituição Federal, art. 70, II, IV, VII, VIII e IX). O TCU não tem competência própria para sustar a execução de contratos da administração pública (comum ou empresarial) que considere irregular, medida que, no âmbito dos processos de fiscalização, é exclusiva do Congresso Nacional. Mas é da competência do TCU aplicar sanções de natureza administrativa (como a multa) aos administradores pelas faltas funcionais que estes tenham cometido na celebração ou na execução de contratos.

O Supremo Tribunal Federal - STF acumula as funções de mais alta Corte do Judiciário e de Tribunal Constitucional. No Brasil não há Justiça Administrativa, de modo que o Judiciário julga também as questões envolvendo a administração pública. Em geral, essas questões chegam ao STF em último grau de recurso, especialmente para resolver dúvidas de constitucionalidade. Mas em certas situações é possível acionar diretamente o STF. Uma delas é a contestação de decisões do TCU com a utilização de um recurso processual específico: o mandado de segurança (cujo cabimento é restrito às discussões puramente de direito, que dispensem novas provas, e permite por isso um julgamento rápido). Como tem competência originária para controlar o TCU, o STF pode em tese direcionar e corrigir com eficiência a ação da auditoria externa da administração federal.

São muitos os temas relevantes para as contratações estatais que, passando pela análise de algum desses órgãos, o TCU e o STF, ou de um só deles, geraram decisões desde a Constituição de 1988. Só que muitas dessas decisões foram justamente para manter algum nível de dúvida quanto ao regime jurídico aplicável. Como seria inviável traçar aqui um quadro

completo dessas decisões, o presente estudo elegeu aquele que talvez seja o mais exemplar dos casos: o das contratações das empresas estatais.

É um campo relevante, pois as empresas estatais, sobretudo no plano federal (instituições financeiras, de energia elétrica, petrolífera, etc.) são direta ou indiretamente responsáveis pela maior parte da atividade econômica do país. Portanto, os contratos das empresas estatais são os maiores e com mais impacto sobre a economia brasileira. Seria de se esperar que tanto o governo como a iniciativa privada unissem esforços para estabilizar ao máximo o regime jurídico dessas contratações, isto é, para obter do Poder Legislativo as reformas legais eventualmente necessárias, e dos órgãos de controle as soluções definitivas para possíveis dúvidas de aplicação. Embora muita energia pública e privada seja de fato gasta pressionando tanto o Legislativo, como o TCU e o Judiciário, o nível de insegurança nos contratos das empresas estatais não melhorou significativamente ao longo do tempo. Como veremos em seguida, vive-se no Brasil uma persistente insegurança ao menos quanto a dois aspectos. Quais os processos exigíveis para a escolha do parceiro privado (isto é, como devem ser as licitações)? Quais os critérios obrigatórios para a análise, pela administração, do preço proposto pelo particular?

A maior empresa estatal do Brasil é a Petrobras - Petróleo Brasileiro S/A. Então, a opção natural do presente estudo foi de, na descrição dos movimentos legislativos e jurisprudenciais quanto às contratações das empresas estatais, expor os debates relativos a ela. Mas não se trata de caso isolado: o que se passa com as contratações dessa companhia é um retrato da realidade do setor empresarial público no Brasil.

## **2. AS EMPRESAS ESTATAIS E SUAS CONTRATAÇÕES.**

*Sociedade de economia mista* é a empresa estatal de cujo capital votante o estado seja o acionista majoritário, e que também possui acionistas do setor privado. O exemplo mais importante é a Petrobras. A outra modalidade do gênero empresa estatal é a *empresa pública* (com capital exclusivamente público), de que é exemplo a Caixa Econômica Federal, uma das maiores instituições financeiras do país.

Embora, no caso brasileiro, as empresas controladas pelo estado estejam formalmente integradas na administração pública, é correto dizer que se trata de *administração pública empresarial*. O regime jurídico aplicável a elas não coincide inteiramente com o da *administração pública comum*, que é formada pelos órgãos do núcleo do Poder Executivo (a

administração pública direta) e pelas entidades de caráter institucional, com personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas). Normalmente se diz que a administração pública comum é sujeita ao direito administrativo (mais regulatório), enquanto a administração pública empresarial segue em geral o direito privado (mais liberal), embora em alguns casos se sujeite ao direito administrativo comum, e em outros casos a uma mistura desses grandes regimes jurídicos, razão pela qual se pode falar em um direito administrativo empresarial.

A condição de empresa estatal vincula a companhia a condicionamentos jurídicos importantes, previstos pela própria Constituição Federal. Um desses condicionamentos é o de se submeter às competências do TCU, isto é, à auditoria externa feita por ele. Outro é o dever de, ao realizar contratações, observar regras sobre “licitação e contratação” feitas para empresas estatais (art. 21, XXVII da Constituição Federal de 1988, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Essas regras são editadas por lei federal e devem observar o disposto no art. 173, § 1º, III da Constituição (com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

O art. 173 § 1º da Constituição tem duas disposições aqui relevantes, contidas nos incisos II e III.

O inciso II diz que a empresa estatal e suas subsidiárias ficarão sujeitas “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais” (e outros). Isso significa que, em princípio, empresas estatais se sujeitam ao direito contratual privado, o mesmo direito que se aplica às empresas em geral.

Mas, em acréscimo, o inciso III do art. 173 §1º diz que as empresas estatais deverão obedecer às exigências sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”. Essas exigências serão formuladas por lei federal específica para essas empresas (a lei do “estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias”).

Da conjugação dessas duas normas, resulta que, ao celebrar e executar contratos, a empresa estatal pode seguir suas conveniências corporativas e as práticas habituais do mercado, desde que observe os limites do direito contratual privado (que trata dos direitos e obrigações civis e comerciais) e as exigências e limites das normas sobre licitação e contratação contidas na lei do estatuto jurídico das empresas estatais (normas essas que faz sentido considerar como de direito administrativo contratual empresarial).

O regime constitucional das contratações das empresas estatais (do art. 173, § 1º da Constituição), embora vigente desde 1998, ficou sem regulamentação ampla até 2016, pois

nesses 18 anos o Congresso Nacional não se ocupou de editar a lei do estatuto jurídico das empresas estatais, o qual só viria a surgir com a lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei das Estatais), cujos arts. 28 a 90 afinal trataram de fixar um regime geral para as licitações e contratos das estatais, e para o seu controle, embora a eficácia desses dispositivos tenha sido em grande medida postergada por mais 24 meses (art. 91).

Essa omissão foi a causa direta, durante esses anos, de relevantes divergências jurídicas entre o TCU e as empresas estatais. E é importante lembrá-las, pois é razoável supor que elas podem impactar a aplicação também da nova lei, cujos dispositivos são mais abertos e flexíveis do que os da legislação comum (a lei nº 8.886, de 1993, e suas complementações).

### **3. A VISÃO GERAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE O REGIME DE LICITAÇÕES E CONTRATOS.**

Note-se que, tratando de licitação e contratação para a administração pública, muito frequentemente o TCU adota interpretações e orientações que procuram aumentar as restrições e exigências sobre os gestores públicos. O TCU não costuma se limitar ao texto das regras, considerando-se legitimado a impor restrições e exigências novas, mais intensas, ou mais específicas. A postura do TCU, portanto, tende a ser regulatória, de intervenção sobre a administração pública, limitadora da autonomia dos gestores públicos. Isso ocorre inclusive em relação à própria administração pública comum, apesar de as normas legais já a tratarem de modo mais regulado do que ocorre com a administração pública empresarial.

Em relação às empresas estatais, a postura geral do TCU tem sido substancialmente a mesma que ele adota quanto à administração pública comum, apesar do caráter empresarial dessas entidades — e mesmo a norma do art. 173, § 1º, II da Constituição as sujeitando em princípio ao direito privado, muito mais liberal que o direito administrativo comum quanto aos requisitos de validade de contratos.

Assim, com frequência, o TCU — seguindo sua tendência de ser mais regulatório do que as próprias leis sobre administração pública — exige das empresas estatais a observância de um conjunto normativo formado pelas *leis comuns de licitação e contratação pública*. Hoje estas leis são várias.

A mais antiga, e mais extensa, é a lei 8.666, de 1993, que, muito regulatória, tem regras bastante limitadoras das opções da administração pública, inclusive para os contratos de obras e serviços de engenharia. Frequentemente, a lei 8.666 é chamada como lei geral de

licitação e contratação pública. E isso pelo fato de ser a mais ampla das leis: tanto pelo número elevado de matérias e aspectos de que esta lei trata (finanças públicas, obras, compras, serviços, alienações, procedimentos de licitação, cláusulas contratuais, etc.); como pelo seu extenso âmbito de aplicabilidade (órgãos e entidades da administração pública federal, estadual e municipal).

À lei 8.666 foram se somando com o tempo muitas outras: a lei 10.520, de 2002 (que criou um procedimento mais ágil de licitação, o pregão); a lei complementar 123, de 2006 (com tratamento privilegiado às pequenas empresas nas contratações públicas); a lei 8.987, de 1995 (lei das concessões); a lei 11.079, de 2004 (lei das parcerias público-privadas); a lei 12.462, de 2011 (que criou um regime diferenciado de contratações para, em casos específicos, servir como alternativa ao regime ordinário da lei 8.666); a lei 12.232, de 2010 (lei de licitação para os contratos de publicidade); a lei 12.598 (lei dos contratos do sistema de defesa); e, ainda, as leis anuais de diretrizes orçamentárias aprovadas pelo Congresso Nacional, as quais, nos últimos anos, vêm, de modo anômalo, incluindo regras sobre preços de contratos de obras e serviços de engenharia.

Segundo a lógica do art. 173, § 1º da Constituição, as empresas estatais não deveriam se sujeitar a essas leis comuns de licitação e contratação pública, pois haveria para elas uma lei própria: a lei do estatuto das empresas estatais. Assim, as leis comuns de licitação e contratação pública deveriam ser observadas pela administração pública comum, enquanto o estatuto jurídico das empresas estatais deveria ser seguido pela administração pública empresarial.

Na ausência da lei do estatuto, que não existia até 2016, a tendência do TCU, em coerência com sua postura pró-regulação, veio sendo a de considerar que, em princípio, as leis comuns deveriam ser observadas também pelas empresas estatais (embora o tribunal aceitasse algumas mitigações, por conta de situações específicas ligadas à natureza da atividade envolvida).<sup>2</sup>

Além disso, é muito importante destacar que o TCU tende a adotar, como parâmetro para aferir a regularidade das práticas das empresas estatais, não só as próprias regras das leis comuns, mas também as interpretações e orientações que ele, TCU, usando essas leis como base, tenha fixado anteriormente sobre licitação e contratação. São interpretações e orientações normalmente mais interventivas e regulatórias do que as próprias regras das leis.

---

<sup>2</sup> Por exemplo: a sujeição da PETROBRAS à lei 8.666, de 1993, foi reafirmada várias vezes pela jurisprudência predominante do TCU, a exemplo do Acórdão 1.854/2009, plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro, julgado em 14/4/2009.

#### 4. TENDÊNCIAS E CONFLITOS QUANTO AO REGIME DAS CONTRATAÇÕES DAS EMPRESAS ESTATAIS.

Dois fundamentos costumam ser usados pelo TCU para defender a aplicabilidade, às empresas estatais, tanto das regras das leis comuns de licitação e contratação, como das interpretações e orientações delas decorrentes.

O primeiro fundamento é extraído do próprio texto da principal das leis comuns, a lei 8.666, de 1993, cujos art. 1º, parágrafo único, e art. 119, *caput*, disseram expressamente que “as disposições desta lei” seriam aplicáveis também às empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Petrobras, no entanto, sempre entendeu que, ao menos no seu caso particular, era incorreto esse fundamento. É que a lei 9.478, de 1998 (a lei do petróleo, editada depois da lei 8.666, de 1993, e já na vigência da redação atual do art. 173, § 1º da Constituição), teria excluído a sujeição dela às leis comuns, ao dispor o seguinte, em seu art. 67: “Os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”. O regulamento próprio da companhia foi realmente editado, pelo decreto 2.745, de 1998, e veio vigorando desde então – e seu conteúdo não é tão regulatório e exigente quanto o da lei 8.666, de 1993 (o regulamento é menos detalhado e menos burocrático do que esta lei). Assim, a situação normativa da Petrobras equivalia àquela de que, a partir da edição Lei das Estatais, desfrutarão as muitas empresas estatais do país: a submissão a regulamento interno próprio (v. art. 40 da Lei das Estatais). É interessante, então, prestar atenção para o modo como o TCU lidou nesses anos todos com a situação da Petrobras, pois ele provavelmente vai influir nas atitudes da corte também em relação às outras empresas.

O TCU contrapôs o argumento de que seria inconstitucional o art. 67 da lei 9.478, de 1998 (e, em consequência, o regulamento), pois ele teria delegado indevidamente ao presidente da república a disciplina, por simples regulamento administrativo, de matérias que seriam constitucionalmente reservadas à lei. Assim, no entendimento do TCU, as leis comuns (especialmente a 8.666, de 1993) teriam sim de ser observadas pela empresa, pois as normas específicas editadas para ela, inconstitucionais, não poderiam ser aplicadas.

Muitas das decisões em que o TCU adotou esse entendimento foram questionadas na Justiça, por iniciativa da companhia, diretamente no Supremo Tribunal Federal. O surpreendente é que, passados tantos anos da instauração do conflito, até hoje o Supremo Tribunal Federal (STF) não o tenha resolvido em definitivo. Mas decisões individuais dos



ministros que compõem o Tribunal vêm regularmente suspendendo a execução das decisões do TCU, quando impugnadas. Os juízes entendem haver *fumus boni juris*, isto é, ser plausível a tese da empresa.<sup>3</sup> Mas, como não são decisões finais de mérito, o TCU não se considerou impedido de, em novos casos, adotar decisões semelhantes às anteriores, com os mesmos fundamentos que juízes do STF consideraram em princípio inadequados.<sup>4</sup>

O segundo fundamento para o TCU exigir da empresa estatal a obediência a interpretações e orientações formuladas a partir das leis comuns de licitação e contratação, não é exatamente de natureza legal, mas principiológico. O TCU frequentemente argumenta que suas interpretações e orientações, embora formuladas a partir das leis sobre contratação da administração pública comum, em verdade têm base direta mais elevada, nos próprios princípios gerais da administração pública brasileira: os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, enumerados pelo art. 37, *caput* da Constituição e aplicáveis também às licitações e contratações das empresas estatais (art. 173, § 1º, III).<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> A primeira decisão do STF foi no MS-MC 25.888, em 22 de março de 2006, relator Min. Gilmar Mendes.

<sup>4</sup> O seguinte trecho do voto do ministro relator Vital do Rêgo no Acórdão 1.441/2015 (plenário, julgado em 10/6/2015) ilustra bem a postura do TCU de aplicar leis e interpretações típicas da administração comum para as licitações da PETROBRAS:

“Antes de análise do mérito, reputo oportuno destacar os principais fatores que motivaram a decisão em tela.

“Em face da ausência de regulamentação do artigo 173 da Constituição Federal, a Petrobras vem utilizando um procedimento simplificado para aquisições e contratações estabelecido no Decreto 2.745/98. O Tribunal de Contas da União já declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do mencionado decreto, afastando sua aplicação nas licitações e contratos realizados pela estatal (Decisão 663/2002-TCU- plenário).

“No entanto, a Petrobras continua aplicando a referida norma, inconformada com a deliberação dessa Corte de Contas, levando o assunto ao Supremo Tribunal Federal – STF, por meio de inúmeros mandados de segurança.

“A questão da constitucionalidade do Decreto 2.745/98 revela-se tormentosa no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que não há posicionamento pacificado na doutrina e na jurisprudência, acarretando dúvidas acerca de qual regulamento licitatório a ser aplicado no âmbito da Petrobras. Em diversos julgados, o Tribunal defende a utilização da Lei 8.666/93 (Licitações e Contratos Administrativos) que poderia conferir maior segurança jurídica nas contratações da Estatal.

“Enquanto não dirimida a questão, frente ao vácuo normativo, entendo necessária e inadiável a exigência de maiores controles e maior transparência nas contratações de obras e serviços de engenharia, o que perpassa necessariamente por maior detalhamento, por parte da Petrobras, nos itens a serem contratados, quantitativos, orçamentos; e, por parte das licitantes, dos respectivos demonstrativos de formação de preço”.

<sup>5</sup> Um exemplo é o Acórdão 2.172/2016 (plenário, rel. Min. Vital do Rêgo, julgado em 17/2/2016), no qual constam as seguintes afirmações no voto do relator:

“75. Ante os aspectos aqui levantados, a ausência de previsão em lei para os processos diferenciados de contratação adotados pela estatal, a exemplo de ausência de critérios vinculantes para a escolha da modalidade de licitação a ser usada a cada caso, impõem a estrita observância e cumprimento dos princípios da administração pública expressamente impostos na Constituição Federal (artigo 173, parte final do inciso III, do parágrafo primeiro e artigo 37, *caput* e inciso XXI). Do mesmo modo, a definição de alguns procedimentos primordiais por meio de um mero manual interno da própria companhia, como nos casos da dispensa de licitação por valor, também torna indispensável a obediência a esses preceitos. 76. Segundo esses princípios deverão ser observados os postulados para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, dentre os quais a licitação pública, igualdade de condições dos participantes, vinculação às propostas e qualificação técnica e econômica quando indispensável à garantia do cumprimento das obrigações. Todas as etapas devem ser realizadas mediante o estrito cumprimento da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.



O TCU tende a considerar, portanto, que esses princípios constitucionais lhe dão legitimidade suficiente para produzir, em matéria de licitação e contratação – inclusive para as empresas estatais – uma regulação de caráter relativamente autônomo (construída a partir de suas próprias decisões), não dependente de previsão expressa em lei.

Como muitas dessas interpretações e orientações restringem e oneram suas operações, as empresas estatais argumentam que elas não lhes podem ser impostas. Por um lado, seriam exigências que inviabilizariam ou tornariam ineficiente sua atuação empresarial. Por outro lado, o TCU não poderia produzir regulação interventiva dessa natureza baseado em princípios tão genéricos e indeterminados, e isso muito especialmente quando existem normas que lhe asseguram um regime especial, com grande autonomia e flexibilidade em matéria de licitações e contratos.

As empresas estatais brasileiras acabaram envolvidas, assim, por uma pendência jurídica que as mantém em situação algo paradoxal quanto a suas licitações e contratos, sem que se possa qualificar como maliciosa a atitude geral dessas empresas de não aceitarem a aplicação, a elas, das leis comuns de licitação e contratos, e das interpretações e orientações construídas pelo TCU com base nessas mesmas leis.

No caso, por exemplo, da Petrobras, suas práticas gerais parecem em princípio inspiradas por razões operacionais (trata-se de uma grande empresa petrolífera, seguindo padrões de mercado) e amparadas em norma constitucional (art. 173, § 1º), em norma legal (o art. 67 da lei 9.478, de 1998), em regulamento editado pelo presidente da república (o decreto 2.745, de 1998) e em reiteradas decisões, embora provisórias, de juízes do STF.

Apesar disso tudo, a visão do órgão de auditoria externa foi frequentemente crítica sobre o conjunto dessas práticas, pois o TCU não se considera totalmente obrigado a aceitar as citadas normas, tampouco os entendimentos provisórios dos juízes do STF.

Muito naturalmente, essa visão crítica influencia as análises que, no exercício de sua competência de auditoria, o TCU faz de cada uma das contratações das empresas estatais.

Uma das críticas do TCU é quanto aos procedimentos adotados para a seleção de proponentes (as licitações) e para a análise de propostas visando à escolha do futuro contratado.

Segundo o art. 37, XXI da Constituição, para celebrar contratos a administração pública, “ressalvados os casos especificados na legislação”, deve fazer “processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. As normas infraconstitucionais, disciplinando os regimes da licitação, preveem distintas modalidades (que se distinguem quanto ao nível de abertura à competição, às regras procedimentais, os prazos,

os requisitos de participação, os critérios de julgamento, etc.) e indicam as situações em que elas podem ser utilizadas.

Não são idênticos os regimes de licitação previstos, por um lado, nas leis comuns de licitação, aplicáveis à administração pública comum, e, por outro lado, no regulamento de licitação, por exemplo, da Petrobras, e nos regulamentos que as demais empresas vêm editando com base na Lei das Estatais de 2016. Em se tratando de contratos de obras e serviços de engenharia de alto valor, o regime de licitação das leis comuns propicia em tese uma competição sempre bastante ampla, por meio da modalidade chamada “concorrência pública”, pois nesse caso podem participar da licitação quaisquer empresas que atendam a requisitos pré-definidos, independentemente de chamado individual da administração. É certo que as leis comuns de licitação também preveem modalidade de licitação com restrição de acesso, o “convite”, mas apenas para contratos de valor mais baixo. A lei 8.666, de 1993, ao indicar em abstrato o valor estimado do contrato como critério objetivo de escolha da modalidade de licitação cabível, já definiu por si mesma o grau de competição do processo a ser realizado em cada caso.

Já o regulamento da Petrobras é menos rígido, pois delega poder para que o gestor faça, em concreto, a opção pela modalidade que considerar mais conveniente, de acordo com os interesses da companhia em cada caso. Assim, segundo o regulamento, é válido o uso de uma licitação de acesso restrito (o convite) mesmo para contratos de alto valor.

Ao examinar contratos da companhia que, apesar de seu alto valor, vieram de licitações restritas, não foi raro que o TCU considerasse haver irregularidades. Como fundamento de sua crítica, tanto utilizou: *a)* normas das leis comuns, sustentando sua obrigatoriedade também para a empresa; como *b)* princípios variados, de nível constitucional (igualdade, impessoalidade, moralidade, publicidade – art. 37, *caput*, da Constituição) ou mesmo de nível legal (competitividade – art. 3º, § 1º, I da lei 8.666, de 1993); ou ainda *c)* a presunção de que as disputas restritas levam a contratos mais caros e que, só por isso, geram danos à empresa estatal.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Com relação a este último argumento utilizado pelo TCU para criticar as licitações da PETROBRAS, ou seja, de que suas disputas não são competitivas, exemplo é o Acórdão 2.172/2016 (plenário, rel. Min. Vital do Rêgo, julgado em 17/2/2016). Ele determinou à companhia que “se abstenha de utilizar hipóteses de contratação por dispensa de licitação e de selecionar a modalidade de licitação de suas contratações, por meio de atos normativos internos, sem observar os princípios estabelecidos na legislação atualmente vigente, a saber as normas gerais de licitação”. Também determinou que ela “estabeleça mecanismos para atenuar a concentração de poucas empresas nas disputas para contratar com a Petrobras, em especial na modalidade convite, por meio de sistema de rodízio eletrônico para a convocação de empresas cadastradas participarem da licitação”.

Em um trecho do voto do relator constou a seguinte afirmação: “71. Os efeitos dessas disfunções se consubstanciam em elevado grau de aquisições não precedidas de licitações, com vulnerabilidade dos princípios da isonomia e da competitividade. Na mesma esfera, quando a Petrobras contrata por meio de licitação, o elevado uso da modalidade convite possibilita menor transparência e fragilização do princípio da publicidade. Em todos

Em resposta a essas críticas, a companhia argumentava que: *a)* não estava sujeita às leis comuns, pois podia aplicar seu próprio regulamento (aceito como válido, em princípio, por decisões de juízes do Supremo Tribunal Federal); *b)* o grau de competição adequado em cada caso não pode ser juridicamente definido a partir de princípios tão indeterminados; e *c)* não se pode presumir dano só por a competição ocorrida em cada caso ser mais restrita do que alguma competição hipoteticamente possível, até porque o valor final do contrato não é o único critério importante para os interesses da companhia (também o são a confiabilidade do contratado, a rapidez na celebração do contrato, etc.).

Por outro lado, as leis comuns sobre licitação e contratos, editadas no curso do tempo, foram procurando regular o preço de contratos administrativos, especialmente em caso de obras (e demais serviços de engenharia). As regras variam.

A lei 8.666, de 1993 previu, para o que aqui interessa, dois regimes contratuais de pagamento: o de “preço global” e o de “preços unitários”. “Empreitada de preço global” é aquela em que se “contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total” (art. 6º, VIII, a). Já a “empreitada de preço unitário” é aquela em que se “contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas” (art. 6º, VIII, b).

No contrato de obras por preço global, os pagamentos da administração ao contratado privado são feitos nas datas previstas no contrato, desde que concluído certo conjunto pré-determinado de prestações (isto é, desde que ocorrido o evento contratual), segundo o valor ajustado no contrato como contrapartida por aquele conjunto.

No contrato de obras por preços unitários, os pagamentos são feitos periodicamente (em geral todo mês), após a vistoria e medição das prestações realmente executadas no período, sendo seu valor determinado pelos valores unitários contratados para cada item específico da obra, multiplicados pelas quantidades de cada item executadas naquele período.

A mesma lei 8.666, de 1993, aplicável à administração pública comum, contém regras sobre o modo como, no curso da licitação de obras, será feita a análise da aceitabilidade do valor da oferta do proponente privado. Tanto para as licitações de contratos de preço global, como para as licitações de contratos de preços unitários, elemento fundamental da análise de aceitabilidade da oferta são os “custos unitários” de cada item, previstos no orçamento.

---

os casos, pode-se questionar se há realmente a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, tanto em termos de prazo quanto de valor, uma vez que alguns interessados e habilitados em contratar com a Administração sequer tomam conhecimento dessa possibilidade”.

A lei também exige que, antes do início da licitação de obras, a administração pública elabore: um projeto básico de engenharia, “com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço” (arts. 7º, § 2º, I e 6º, IX); e um “orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários” (art. 7º, § 2º, II). Portanto, tanto na licitação de contrato de obras por preço global quanto na licitação de contrato de obras por preços unitários, estarão no orçamento detalhado de custos unitários os preços de referência para a administração fazer a análise de aceitabilidade da proposta.

E como, antes da licitação, a administração elabora esse orçamento detalhado? A lei 8.666, de 1993, disse que devem ser considerados “os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda ... os constantes do sistema de registro de preços” (art. 43, IV). Mas algumas leis posteriores impuseram parâmetros mais rígidos quanto a isso, considerando contextos específicos. É o caso da lei 12.462, de 2011, cujo art. 8º, §§ 3º e 4º, estabeleceu o dever de, em princípio, a administração usar como parâmetro os valores de tabelas-padrão de referência já definidas (denominadas SINAPI ou SICRO), ou, em casos, excepcionais, em outras tabelas mais específicas.

Não é necessário expor aqui todas as normas existentes nas leis comuns de licitação e contrato, nem discutir as suas minúcias ou os contextos em que as diferentes normas são aplicáveis. O exposto já é suficiente para perceber que, para as licitações e contratos da administração comum, há diversas restrições legais prévias a serem observadas pela administração quando elabora seu orçamento detalhado de referência. No regime das leis comuns de licitação e contrato, a administração deve ter um projeto básico, deve identificar um a um os itens envolvidos na execução e deve apurar o custo individual de cada item (o custo unitário). Ademais, a apuração do valor adequado desses custos unitários não fica a critério do administrador, pois a lei já indica as fontes precisas a que ele pode recorrer.

Portanto, as leis comuns de licitação e contrato adotaram estratégia acentuadamente regulatória, limitando a esfera de ação dos gestores públicos. No curso dos anos, o TCU tem sido um grande defensor dessa estratégia, por duas razões. Em primeiro lugar, porque ela restringe a discricionariedade dos gestores na análise da aceitabilidade dos preços, o que diminuiria os riscos de análises equivocadas ou orientadas por interesses escusos. Em segundo lugar, porque essa estratégia torna bem mais simples, objetivo e seguro o trabalho de auditoria do próprio TCU, que pode se limitar a examinar a conformidade dos valores da proposta do particular vencedor da licitação com o orçamento detalhado feito pela administração e, ainda, deste orçamento com as tabelas de referência.

Essa estratégia legal, no entanto, é vista com menos simpatia por diversos observadores e gestores públicos, que apontam os inconvenientes das soluções legais muito padronizadas.

Eles alertam, por exemplo, para o custo, o tempo e as dificuldades práticas necessárias para a burocracia administrativa conseguir obter um projeto de engenharia adequado e detalhado e, assim, realizar um levantamento completo e confiável de cada um dos itens necessários à execução da obra. Aliás, sensível a essa crítica específica, o legislador autorizou, embora para casos bem específicos, que mesmo a administração pública comum deixasse de fazer um orçamento detalhado, com todos os “custos unitários”. Por exemplo, a lei 12.462, de 2011, em seu art. 9º, § 2º, II admitiu, para a chamada “contratação integrada” (contratação da obra junto com o projeto de engenharia), que a “avaliação do custo global da obra” seja feita “mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica”.

Outra preocupação dos críticos é com a utilização, para a composição dos orçamentos detalhados de cada licitação, de tabelas de preços uniformes, pois elas são incapazes de refletir a diversidade das situações (as variações de preços nas distintas localidades, as dificuldades específicas do terreno, a escassez de mão de obra em certo período, etc.). Muitos administradores públicos, especialmente das empresas estatais, sustentam que essas tabelas de preços feitas para a administração pública comum seriam inadequadas, por não levarem em conta as peculiaridades das áreas ou condições em que atuam.

Além disso, muitos gestores públicos alegam que a exigência de demonstração detalhada dos preços, com custos unitários, por parte dos licitantes (em suas propostas comerciais) e também da administração (em seus orçamentos), poderia gerar distorções no processo licitatório e ocasionar uma multiplicação de litígios no processo de contratação e de pleitos por parte das contratadas durante a execução dos contratos.

Mas essas visões alternativas (contra a exigência geral de orçamentos detalhados de custos unitários ou contra o uso, na composição desses orçamentos, de tabelas muito padronizadas) de modo geral não sensibilizaram o TCU. E isso tem impacto no modo como ele analisa os contratos de empresas estatais, especificamente quanto aos orçamentos elaborados previamente à licitação e, portanto, quanto à aceitabilidade das ofertas de preços feitas pelos particulares.<sup>7</sup>

De modo geral, ao fazer o exame quanto à existência ou não de “sobrepços” nos contratos (isto é, quanto à existência de preços superiores aos “de mercado”, ou superiores ao

---

<sup>7</sup> Exemplo: Acórdão TCU 1.441/2015, plenário, rel. Min. Vital do Rêgo, julgado em 10/6/2015.

“razoável”), o TCU tende a utilizar metodologia semelhante à do exame de contratos da administração pública comum, baseada na consideração de custos unitários e nos valores de tabelas-padrão de referência.<sup>8</sup>

O comportamento normal do TCU, inclusive para os contratos das empresas estatais, é, em termos práticos, o de presumir (presunção *juris tantum*) que os valores constantes dessas tabelas de referência correspondem aos preços justos ou de mercado, cabendo, ao administrador público que não as utilizar, o ônus de provar o contrário.<sup>9</sup> Assim, caso a companhia não consiga, por demonstração detalhada, feita a caso a caso, destruir essa presunção, o TCU declarará irregulares os preços contratados acima dos valores unitários da tabela-padrão.

Contra isso, a Petrobras, por exemplo, argumentou que as restrições regulatórias quanto a preços, existentes nas leis comuns de licitação e contratos, não podiam ser exigidas em seu caso, pois tais leis não lhe são aplicáveis. Lembrou que, quanto a isso, é diverso o regime de seu regulamento de licitações, aprovado pelo presidente da república, e de seu manual de contratações, pois estes não exigem que a companhia elabore, em todos os casos, orçamentos detalhados de custos unitários, de modo que ela tem liberdade para adotar orçamentos sintéticos. Sustentou, ainda, que os custos unitários das tabelas gerais (que normalmente servem como referência para a administração pública comum) não levam em conta as especificidades de suas obras e do seu mercado, não se justificando, assim, que os valores dessas tabelas contem com uma presunção de veracidade, ainda que relativa, e que se impute ao gestor o ônus de destruir essa presunção, com a demonstração cabal em contrário.

## 5. CONCLUSÃO.

Em termos gerais, como vimos, o TCU despreza os argumentos abstratos das empresas estatais. Ele não leva a sério a especialidade de regime jurídico dessas empresas — que, segundo a Constituição e as poucas normas legais existentes, seria um regime administrativo empresarial, algo entre o regime puro das empresas privadas e o regime da administração pública comum. E também não acredita na autonomia e na flexibilidade como

---

<sup>8</sup> Exemplos: Acórdão TCU 1.441/2015, plenário, rel. Min. Vital do Rêgo, julgado em 10/6/2015 e Acórdão TCU 1.062/2011, plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 27/4/2011.

<sup>9</sup> Exemplos: Acórdãos TCU 3.069/2010, 3.071/2010 e 3.072/2010, plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, julgados em 17/11/2010.

valores fundamentais da administração pública empresarial, mesmo em mercados muito competitivos. O TCU, ainda que tenha de passar por cima de normas constitucionais e legais, tende a recusar a reconhecer como válidos, em princípio, quaisquer procedimentos de licitação e práticas de formação de preços que não correspondam a modelos idealizados vindos das leis comuns e das interpretações mais regulatórias.

Isso, porém, não significa a condenação de todos os contratos, pois o TCU está disposto a, com critérios muitas vezes *ad hoc*, analisar e reanalisar os números e circunstâncias de cada caso, em longos processos de auditoria, cheios de idas e vindas. Apesar das fortes ressalvas iniciais do TCU quanto à impropriedade dos métodos adotados pela empresa estatal, desses longos processos pode sim resultar, ao final, a aprovação das despesas. Talvez muitas vezes se faça justiça, mas a longa incerteza jurídica parece ser um custo associado.

Há um estranho paralelo entre o comportamento dessa autoridade de auditoria externa e o do Supremo Tribunal Federal. Como vimos, o STF se mostra disposto, em casos concretos, por decisões individuais e provisórias de seus juízes, a suspender decisões em que o TCU repudie, como inconstitucionais, certas normas sobre contratação públicas que tenham aberto algum espaço de autonomia para os gestores. Mas, muito significativamente, os anos se passam e o STF não se reúne para a solução definitiva desses casos e para firmar jurisprudência. Em suma, assim como o TCU, o STF não se entusiasma com a perspectiva de construir certeza jurídica quanto ao grau de autonomia contratual das empresas estatais.

O que há por trás dessa aparente incongruência, justamente de autoridades que, incumbidas de controles jurídicos, não se cansam de elogiar as virtudes do direito como fator de segurança? A hipótese deste estudo é que aqui se manifesta, por um lado, um incômodo jurídico generalizado em relação à administração pública contemporânea, mesmo em países desenvolvidos, e, por outro lado, um problema específico de países em desenvolvimento que adotam a democracia.

O incômodo geral é que a administração pública contemporânea deixou de caber no direito administrativo comum, por conta do intervencionismo estatal na economia, presente em todos os países, mesmo após a relativa liberalização dos anos 1980/1990. Isso naturalmente tem, ao longo dos anos, exigido a construção de soluções jurídicas novas, flexíveis, pouco reguladas, em alguns casos híbridas, em geral inspiradas em práticas do setor mais inventivo (o privado).

E como tem sido a absorção de tais soluções em um campo jurídico cuja identidade histórica havia sido construída pelo desejo de super regular as atividades do administrador público? Como era de se esperar, tem sido polêmica e lenta. E isso faz persistir um sentimento



constante de transição, com um grau relevante de insegurança jurídica nas contratações estatais, especialmente as das empresas estatais. Talvez a administração pública contemporânea esteja mesmo condenada a um direito administrativo em permanente transição, e não se possa pedir dos órgãos de controle nada além de decisões precárias.

O problema específico de países em desenvolvimento é a baixa confiança que merecem suas administrações públicas, ainda muito sujeitas ao improviso, ao partidarismo político, ao corporativismo e à corrupção. O Brasil, por exemplo, tem feito

há décadas esforços constantes para profissionalizar e qualificar sua administração pública e já conta com ilhas de excelência, bastante respeitadas em alguns casos. Mas de tempos em tempos surge uma crise para revelar fragilidades mesmo nessas ilhas.

A crise mais recente e impressionante é a da Petrobras, uma empresa estatal com quadros funcionais do mais alto padrão. Pois foi justamente aí que, em 2014, em virtude de investigação bem-sucedida da Polícia Federal e do Ministério Público Federal (a Operação Lava-Jato), prontamente acolhida pela Justiça, foi descoberto um imenso esquema de cartel e corrupção (de muitos bilhões de dólares) em suas contratações, reunindo executivos da empresa, os maiores empresários privados do país e a cúpula dos partidos políticos no poder.

Essa descoberta pareceu dar razão ao TCU que, manifestando constante desconfiança quanto aos espaços de autonomia conferidos pelas normas aos gestores da companhia, tentaram durante anos sujeitá-los a procedimentos e regras mais rígidos. É verdade que as grandes fraudes não foram descobertas diretamente pela auditoria externa, cuja crítica a cada uma das contratações da empresa sempre se basearam em razões formais, em atitude de cautelosa oposição de princípio. É plausível supor que muitas fraudes teriam ocorrido mesmo se o regime usado nas contratações tivesse sido o mais burocrático, defendido pelo TCU, pois as investigações têm mostrado grandes esquemas corruptos espalhados também pela administração pública comum.

De qualquer modo, em um país como o Brasil, que está em desenvolvimento e adota a democracia (que supõe o envolvimento da população na luta política), é natural os órgãos de controle se acautelarem contra o risco de desmoralização pública. O fortalecimento desses órgãos de controle e sua independência frente à política precisam que o apoio da opinião pública permaneça constante, talvez seu diferencial frente aos partidos, que sobem e descem.

É provável que nem o TCU nem o STF quisessem se comprometer em definitivo com um regime estável para as contratações das empresas estatais por temerem se desmoralizar, se no futuro surgisse um grande escândalo com essas contratações. Em suma, parece que os órgãos de controle perceberam que, nessa etapa da evolução institucional do país, mais valia

sacrificar a certeza jurídica e a estabilidade dos contratos estatais do que colocar em risco sua própria reputação e a consolidação de seu poder.

Será que, em uma democracia em construção, a incerteza quanto ao direito administrativo material (dos contratos, por exemplo), cuja aplicação cabe aos órgãos de controle fiscalizar e estabilizar, é o preço paradoxalmente alto a pagar pelo custo da consolidação das instituições?