

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Celso Rodrigo Lima dos Santos

**O julgamento dos “casos de excessivo rigor” pelo Tribunal de Contas da União.
Um olhar sobre a insegurança jurídica dos agentes públicos encarregados de licitações.**

BRASÍLIA

2019

Celso Rodrigo Lima dos Santos

**O julgamento dos “casos de excessivo rigor” pelo Tribunal de Contas da União.
Um olhar sobre a insegurança jurídica dos agentes públicos encarregados de licitações.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - Escola de Direito de Brasília

Sublinha de Pesquisa: Direito do Estado, Direitos Fundamentais e Teoria do Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marilda De Paula Silveira.

Brasília
2019

Celso Rodrigo Lima dos Santos

**O julgamento dos “casos de excessivo rigor” pelo Tribunal de Contas da União.
Um olhar sobre a insegurança jurídica dos agentes públicos encarregados de licitações.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - Escola de Direito de Brasília.

Aprovado pela seguinte Banca Examinadora

Prof.^a Dr.^a Marilda De Paula Silveira (IDP- Mestrado Direito)
Orientadora

Prof.^o Dr.^o André Rufino do Vale (IDP – Graduação Direito)
Examinador Externo

Prof.^o Dr.^o Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis (IDP – Graduação Direito)
Examinador Interno

Prof.^o Dr.^o João Paulo Bachur (IDP – Mestrado Direito)
Examinador Interno

*Para Ligianne, Flávia, Natan, Antônio,
Zizi e Lúcia. Família que amo.*

AGRADECIMENTO

Minha família. Meus pais, esposa e filhos, tenho, não só que agradecê-los por todo incentivo, principalmente nos momentos que me faltavam forças, diante de tantos compromissos profissionais, sociais, afetivos e acadêmicos, mas, sobretudo, pela compreensão com minhas ausências. Tantas vezes precisaram de mim e eu não pude estar presente. Obrigado, obrigado e obrigado. Desculpe-me, desculpem-me, desculpem-me.

Minha orientadora, Professora Marilda Silveira, que, em nenhum momento, relutou em me ajudar, mesmo quando as dificuldades e condicionantes eram enormes. Agradeço não só pela coragem em aceitar me conduzir por este empreendimento, mas pela humildade, pelos apontamentos diretos, firmes e sempre serenos, pelos conhecimentos que gentilmente compartilhou comigo, pelo incentivo constante e pela paciência. Muito obrigado por tudo. Nunca me esquecerei.

Professora Claudia Roesler, minha coordenadora no Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades (GPRAJ/UnB), serei eternamente grato pela disposição irrestrita em me indicar os melhores caminhos no estudo da Argumentação Jurídica. Agradeço por abdicar do seu tempo, tão rarefeito, para me passar suas melhores orientações e conhecimentos. Nunca vou me esquecer disso. Muito obrigado.

Professor Isaac Reis e colegas do GPRAJ/UnB, muito obrigado pelo auxílio que me deram no secretariado do grupo, enquanto me dedicava a esse Curso. Isso foi inestimável. E saibam que esse trabalho foi gestado com os debates enriquecedores que tivemos. Muito obrigado.

Professor Manuel Atienza, da *Universidad de Alicante* (ES), muito obrigado por abrir um espaço em sua rotina movimentada para dar suas preciosas opiniões sobre um tema tão caro para mim. Nossas trocas de e-mails foram determinantes para que eu encontrasse o caminho dessa pesquisa. Muito obrigado.

Prezados Chefes, agradeço pela confiança que me foi depositada. Sem o apoio dos Srs essa pesquisa não teria sido possível. Muito obrigado.

“O tamanho do desafio é que diz o tamanho do herói. Davi sem o gigante seria apenas um louco atirador de pedras”.
(desconheço a autoria)

RESUMO

Chama-se de “casos de excessivo rigor” aqueles em que o agente público encarregado de certame, ao se deparar com licitante que descumpriu dispositivos do instrumento convocatório, decide retirá-lo da disputa, em cumprimento ao sentido ordinária de regras de natureza peremptória, como as do *caput* do Art 41; parte final do §3º, do Art 43; *caput* do Art 45; e Inc I, do 48, todos da Lei 8666/93. Entretanto, seu ato é apontado como irregular perante o TCU, sob o argumento de que não deveria cumprir tão “rigorosamente” aqueles dispositivos legais, mas sim ponderá-los com princípios da ordem jurídica, de forma que mantivesse o licitante no certame e lhe oferecesse a oportunidade de sanear suas falhas. Esta pesquisa selecionou, analisou e avaliou decisões do TCU que enfrentaram esses casos, buscando compreender, sob a perspectiva da Teoria da Argumentação Jurídica, como aquela Corte de Contas vem equacionando a tensão entre a previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito, ambos tidos como ideais políticos do Estado Constitucional. Sabe-se que qualquer regra, por mais evidente que seja o seu sentido, é passível de ser problematizada, podendo ter sua aplicação relativizada ou afastada pela autoridade julgadora. Mas qual a contrapartida disso, em termos de esforço argumentativo do decisor ? Como os agentes encarregados de certame e seus assessores jurídicos, que caminham diariamente sobre um terreno movediço, marcado por um emaranhado de regras legais, infralegais e jurisprudenciais podem saber previamente aquilo que é autorizado, obrigado ou proibido ? Essas são as questões que orientaram a presente pesquisa.

Palavras-chave: excessivo rigor; TCU; agentes públicos; licitações; previsibilidade; dimensão argumentativa; teoria da argumentação jurídica.

ABSTRACT

"Cases of excessive rigor" are those cases in which the public agent in charge of a contest, when encountering a bidder who has failed to comply with the convening instrument, decides to withdraw her from the dispute, in compliance with the ordinary meaning of rules of a peremptory nature, such as the *caput* and §4° of Art 41; the final part of §3° of Art 43; the *caput* of Art 45; and inc I of Art 48, all from law n° 8666/93. However, the agent's act is pointed out as irregular before the TCU, on the ground that it is not necessary to strictly obey those legal provisions, but rather to weigh them with principles of the legal order so that the bidder remains in the contest and gets the opportunity to remedy their shortcomings. This research selected, analyzed and evaluated TCU decisions that dealt with these cases. Seeking to understand, from the perspective of the Theory of Legal Argumentation, how that Court of Audit has been equating the tension between the predictability and the argumentative dimension of Law, both considered as political ideals of the Constitutional State. It is known that any rule, however obvious its meaning may be, can be problematized, and its application may be relativized or dismissed by the judging authority. But what is the counterpart to this, in terms of the decision maker's argumentative effort? How can the agents in charge of the contest and their legal advisors, who walk daily on shaky ground, marked by a tangle of legal, infralegal and jurisprudential rules, can know in advance what is authorized, obligatory or prohibited? These are the questions that guided this research.

Keywords: excessive rigor; TCU; public agents; public biddings; predictability; argumentative dimension; theory of legal argumentation.

LISTA DE APÊNDICES

FICHAMENTO DA DECISÃO Nº

ACÓRDÃO

4	ACÓRDÃO 2498/2018 ATA 43/2018 - PLENÁRIO
5	ACÓRDÃO 2293/2018 ATA 38/2018 - PLENÁRIO
7	ACÓRDÃO 2239/2018 ATA 37/2018 - PLENÁRIO
8	ACÓRDÃO 2127/2018 ATA 35/2018 - PLENÁRIO
9	ACÓRDÃO 2104/2018 ATA 34/2018 - PLENÁRIO
10	ACÓRDÃO 2076/2018 ATA 34/2018 - PLENÁRIO
13	ACÓRDÃO 1910/2018 ATA 16/2018 - PLENÁRIO
14	ACÓRDÃO 1635/2018 ATA 27/2018 - PLENÁRIO
15	ACÓRDÃO 1451/2018 ATA 24/2018 - PLENÁRIO
16	ACÓRDÃO 1287/2018 ATA 20/2018 - PLENÁRIO
17	ACÓRDÃO 1275/2018 ATA 20/2018 - PLENÁRIO
18	ACÓRDÃO 1095/2018 ATA 17/2018 - PLENÁRIO
19	ACÓRDÃO 1086/2018 ATA 17/2018 - PLENÁRIO
20	ACÓRDÃO 897/2018 ATA 14/2018 - PLENÁRIO
21	ACÓRDÃO 830/2018 ATA 13/2018 - PLENÁRIO
22	ACÓRDÃO 728/2018 ATA 11/2018 - PLENÁRIO
25	ACÓRDÃO 581/2018 ATA 9/2018 - PLENÁRIO
26	ACÓRDÃO 416/2018 ATA 7/2018 - PLENÁRIO
27	ACÓRDÃO 226/2018 ATA 4/2018 - PLENÁRIO
28	ACÓRDÃO 208/2018 ATA 4/2018 - PLENÁRIO

LISTA DE ANEXOS

DECISÃO Nº

ACÓRDÃO

1	ACÓRDÃO 2751/2018 ATA 47/2018 - PLENÁRIO
2	ACÓRDÃO 2614/2018 ATA 45/2018 - PLENÁRIO
3	ACÓRDÃO 2501/2018 ATA 43/2018 - PLENÁRIO
4	ACÓRDÃO 2498/2018 ATA 43/2018 - PLENÁRIO
5	ACÓRDÃO 2293/2018 ATA 38/2018 - PLENÁRIO
6	ACÓRDÃO 2240/2018 ATA 37/2018 - PLENÁRIO
7	ACÓRDÃO 2239/2018 ATA 37/2018 - PLENÁRIO
8	ACÓRDÃO 2127/2018 ATA 35/2018 - PLENÁRIO
9	ACÓRDÃO 2104/2018 ATA 34/2018 - PLENÁRIO
10	ACÓRDÃO 2076/2018 ATA 34/2018 - PLENÁRIO
12	ACÓRDÃO 1975/2018 ATA 32/2018 - PLENÁRIO
13	ACÓRDÃO 1910/2018 ATA 16/2018 - PLENÁRIO
14	ACÓRDÃO 1635/2018 ATA 27/2018 - PLENÁRIO
15	ACÓRDÃO 1451/2018 ATA 24/2018 - PLENÁRIO
16	ACÓRDÃO 1287/2018 ATA 20/2018 - PLENÁRIO
17	ACÓRDÃO 1275/2018 ATA 20/2018 - PLENÁRIO
18	ACÓRDÃO 1095/2018 ATA 17/2018 - PLENÁRIO
19	ACÓRDÃO 1086/2018 ATA 17/2018 - PLENÁRIO
20	ACÓRDÃO 897/2018 ATA 14/2018 - PLENÁRIO
21	ACÓRDÃO 830/2018 ATA 13/2018 - PLENÁRIO
22	ACÓRDÃO 728/2018 ATA 11/2018 - PLENÁRIO
23	ACÓRDÃO 719/2018 ATA 11/2018 - PLENÁRIO
24	ACÓRDÃO 678/2018 ATA 10/2018 - PLENÁRIO
25	ACÓRDÃO 581/2018 ATA 9/2018 - PLENÁRIO
26	ACÓRDÃO 416/2018 ATA 7/2018 – PLENÁRIO
27	ACÓRDÃO 226/2018 ATA 4/2018 - PLENÁRIO
28	ACÓRDÃO 208/2018 ATA 4/2018 - PLENÁRIO
29	ACÓRDÃO DE RELAÇÃO 93/2018 ATA 2/2018 – PLENÁRIO
---	Precedente da Decisão nº 7 – ACÓRDÃO 119/16 -PLENÁRIO
---	Precedente da Decisão nº 7 – ACÓRDÃO 2546/15 -PLENÁRIO
---	Precedente da Decisão nº 7 – ACÓRDÃO 3615/13 -PLENÁRIO
---	Precedente da Decisão nº 17 – ACÓRDÃO 2302/12 -PLENÁRIO
---	Precedente da Decisão nº 17 – ACÓRDÃO 1924/11 -PLENÁRIO
---	Acórdão recorrido da Decisão nº 14 AC 1635 18 (AC 1414 18)
---	Acórdão que decide o mérito da Decisão nº 22 AC 728/18 (AC 2361/18)

LISTA DE ABREVIATURAS

SIGLA	DESCRIÇÃO
AC	Acórdão
CF	Constituição Federal
CGR	Contas do Governo da República
Cons	Consulta
Denunc	Denúncia
MP/TCU	Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União
MTb	Ministério do Trabalho
PC	Prestação de Contas anuais
PCExt	Prestação de Contas Extraordinária
RA	Relatório de Auditoria
RDC	Regime Diferenciado de Contratação
Repr	Representação
Secex	Secretaria de Controle Externo
SEFIP	Secretaria de Fiscalização de Pessoal
SEFTI	Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação
SeinfraCOM	Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração
SeinfraEle	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica
SeinfraOpe	Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura
SeinfraPet	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo e Gás Natural
SeinfraPor	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária
SeinfraUrb	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana
Selog	Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas
TAJ	Teoria da Argumentação Jurídica
TCE	Tomada de Contas Especial
TCExt	Tomada de Contas Extraordinária
TCU	Tribunal de Contas da União
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TSAJ	Teoria Standard da Argumentação Jurídica

LISTA DE REPRESENTAÇÃO DOS ELEMENTOS ARGUMENTATIVOS

REPRESENTAÇÃO SIGNIFICADO

A	Ação
C	Conduta
CN	Consequência Normativa
D	Diretriz
E	Consequência
F	Fato
FO	Fato Operativo
N	Norma do Edital
Obj	Objetivo
PS	Princípio do Sistema
PSbj	Princípio Subjacente
Q	Classificação
R	Resultado Normativo
Rg	Regra
RJp	Regra Jurisprudencial
S	Sujeito
X	Circunstância
XC	Circunstância Subjetiva

LISTA DE TABELAS

TABELA	 Pág
Relação de Decisões Capturadas.....	70
Comparação entre Elementos Fáticos.....	237

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	16
1 AS DECISÕES DE “CASOS DE EXCESSIVO RIGOR”.....	33
1.1 O PAPEL DA DECISÃO DO TCU NA CONSTRUÇÃO DA PRÁTICA ADMINISTRATIVA E SUA SUBMISSÃO ÀS EXIGÊNCIAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	36
1.2 AS CATEGORIAS DE NORMAS, PROBLEMATIZAÇÃO, ESFORÇO ARGUMENTATIVO E OUTROS ASPECTOS.....	41
1.3 O CONTEXTO E OS ELEMENTOS ARGUMENTATIVOS DAS DECISÕES SELECIONADAS, A PARTIR DO AC 2463/08 E DO AC 3381/13.....	64
1.4 SELEÇÃO DAS DECISÕES.....	68
2 UM ROTEIRO DE AVALIAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DE DECISÕES.....	77
2.1 NA DIREÇÃO DE UM EQUILÍBRIO ENTRE O IDEAL DE PREVISIBILIDADE E A DIMENSÃO ARGUMENTATIVA DO DIREITO.....	80
2.2 OS TIPOS DE ARGUMENTOS MAIS COMUNS PARA SUSTENTAR OU ATACAR AS PREMISSAS DO PROCESSO SILOGÍSTICO.....	82
2.3 OS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DA JUSTIFICATIVA DE UMA DECISÃO JUDICIAL.....	87
2.4 O CRITÉRIO DA UNIVERSALIDADE.....	91
2.5 O CRITÉRIO DA CONSISTÊNCIA.....	96
2.6 O CRITÉRIO DA COERÊNCIA NORMATIVA E NARRATIVA.....	97
2.7 O CRITÉRIO DA ADEQUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS E O ROTEIRO DE AVALIAÇÃO.....	98
2.8 OUTRAS PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE A PREVISIBILIDADE E A DIMENSÃO ARGUMENTATIVA DO DIREITO.....	109
3 UM MÉTODO DE ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DE DECISÕES.....	113
3.1 PORQUE OS ILÍCITOS ATÍPICOS ?.....	114

SUMÁRIO

3.2 ABUSO DE DIREITO.....	117
3.3 DESVIO DE PODER.....	125
3.4 APLICAÇÃO DO MÉTODO, A PARTIR DA TEORIA DOS ILÍCITOS ATÍPICOS.....	136
4 ANÁLISE E AVALIAÇÃO DAS DECISÕES.....	138
4.1 SEGUNDA PARTE DA AVALIAÇÃO: UM EXAME CRÍTICO A PARTIR DA ANÁLISE E PRIMEIRA PARTE DA AVALIAÇÃO DOS “CASOS DE EXCESSIVO RIGOR”	233
5 CONCLUSÃO.....	243
REFERÊNCIAS.....	253
APÊNDICES.....	259

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa propôs uma observação empírica da relação entre o ideal de previsibilidade, a dimensão argumentativa do Direito, o paradigma do Estado Constitucional de Direito e a prática administrativa¹ dos agentes públicos (militares ou civis) inseridos no ambiente licitatório sob a fiscalização do Tribunal de Contas da União (TCU)². Inúmeras perguntas permearam as reflexões conduzidas ao longo deste trabalho, e todas elas, de alguma forma, puderam ser concatenadas na seguinte indagação: como o TCU vem equacionando a relação tensional entre a previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito contemporâneo, nos julgados mais recentes de “casos de excessivo rigor” ?

A pesquisa objetivou responder essa questão, buscando dar contribuições não só ao campo, mas também à prática administrativa dos agentes públicos encarregados de licitações, aos seus respectivos órgãos e assessorias de apoio jurídico, aos órgãos de auditoria interna e encarregados de processo de apuração de irregularidades. À academia, a presente pesquisa aponta reflexões sobre a relação entre a sociedade contemporânea e um de seus principais sustentáculos, o Direito, este visto a partir de sua dimensão argumentativa e as consequentes repercussões para a segurança jurídica dos indivíduos. Aos agentes públicos encarregados de licitações - aí incluídos, pregoeiros e suas equipes de apoio, comissões de licitação, ordenadores de despesas, equipes de pesquisa de preços, entre outros que atuam no planejamento e execução dessa atividade - este trabalho revela os parâmetros mais recentes que o TCU vem utilizando para julgar a decisão desses profissionais ao desclassificar ou inabilitar licitantes, nos “casos de excessivo rigor”.

¹Por meio das expressões “prática administrativa”, “rotina administrativa” ou termos equivalentes utilizados nesta pesquisa, pretende-se referir-se à função administrativa do Estado, ainda que executada por órgãos integrantes do Poder Legislativo ou Judiciário.

²Órgão máximo do Controle Administrativo Federal. Por Controle Administrativo deve-se entender o Controle Externo e Interno. O Controle Externo, no nível federal, é representado pelo TCU e suas Unidades Técnicas. O Interno, no poder executivo da União, seria representado pela Secretaria Federal de Controle Interno, que integra a estrutura da Controladoria-Geral da União (CGU), e Órgãos e Unidades Setoriais, previstas na Lei 10.180/01 (BRASIL, 2019i).

Aos órgãos e assessorias de apoio jurídico, encarregados de dar assistência aos agentes públicos encarregados de licitações, esta pesquisa apresenta os pontos em que devem ser concentrados os esforços argumentativos de suas peças jurídicas, além de oferecer um Método de Análise e um Roteiro de Avaliação de decisões úteis para a elaboração (ou apoio à elaboração) de pareceres, exordiais, defesas, recursos e outras peças, seja perante o TCU ou Judiciário, melhorando assim a qualidade do assessoramento. Aos órgãos internos de auditoria e aos militares e servidores encarregados de processo de apuração de irregularidades, a presente pesquisa procurou contribuir para sensibilizá-los sobre a insegurança do terreno movediço sobre o qual caminham diariamente os agentes responsáveis por conduzir processos licitatórios, viabilizando uma atividade de controle e de apuração de responsabilidades mais conectadas à realidade da gestão pública.

Chama-se de “casos de excessivo rigor” aqueles em que se questiona, perante o TCU, a licitude da conduta do agente público que, sustentando-se sobre regras de mandato (obrigação ou proibição) legisladas, cujas estruturas não contam com conceitos jurídicos indeterminados³, como o *caput* e §4º, do Art 41, o *caput*, do Art 45 e o Inc I, do Art 48, todos da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g)⁴, resolve retirar da disputa licitante⁵ que descumpriu dispositivos do instrumento convocatório. Nesses casos, aquele que argui a ilicitude⁶ do ato reconhece as falhas da licitante, mas argumenta que o agente público não deveria cumprir tão

³Que, a partir de então serão denominadas de “regras legisladas de mandato sem conceitos jurídicos indeterminados”.

⁴Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada:

[...]

§ 4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

[...]

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

⁵ Particular, pessoa física ou jurídica, que disputa processo licitatório.

⁶Que pode ser o particular prejudicado pela decisão do agente, a Unidade Técnica que instruiu o feito, os autores de denúncias, entre outros que, doravante, quando referenciados de maneira genérica, serão chamados de “acusadores”. A Unidade Técnica é divisão da estrutura interna do TCU, vinculados à Secretaria-Geral de Controle Externo, que tem, entre suas atribuições, a execução da fase instrutiva dos processos levados à apreciação da Corte, emitindo parecer e propostas de julgamento. Ver Regimento Interno do TCU (Brasil, 2019o).

“rigorosamente” os sobreditos dispositivos, mas sim ponderá-los com princípios da ordem jurídica (normalmente o da competitividade e o da economicidade), de forma que mantivesse a licitante no certame e lhe oferecesse a oportunidade de sanear suas falhas.

Tais casos foram identificados por este pesquisador, a partir dos Acórdãos nº 2463/2008 (Brasil, 2016a) e 3381/2013 (Brasil, 2016b), ambos do Plenário do TCU, detectados em pesquisa exploratória durante o exercício de sua profissão como auditor do Centro de Controle Interno do Exército⁷. Nos sobreditos acórdãos, as Unidades Técnicas daquela Corte de Contas requereram a aplicação de multa a agentes públicos envolvidos no certame, sob os argumentos de que

“III. EXAME DE AUDIÊNCIA [da Unidade Técnica]

[...]

8. O pregoeiro oficial, o Sr[...] foi chamado a apresentar razões de justificativas pela inobservância ao princípio constitucional da economicidade, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, consignados no art. 5º do Decreto n.º 5.450/2005, traduzidos no excessivo rigor dado à inabilitação das empresas (...)

[...]

14. Análise [da Unidade Técnica]

[...]

14.5 (...) a simples alegação de obediência aos mandamentos legais e editais não são suficientes para abrigar o ato que declarou vencedoras as licitantes do pregão em análise, uma vez que tal decisão mostrou-se contaminada pela ofensa aos princípios da razoabilidade e economicidade [...] as competências conferidas ao gestor não se limitam apenas à observação das normas positivadas, compreendem também a capacidade de fazer juízos razoáveis em situações concretas, nas quais a simples obediência à legislação não seja suficiente para o alcance da finalidade pública”.

(Acórdão 2463/2008, Plenário [BRASIL, 2016a]. Original sem destaques. Omissão proposital dos nomes das pessoas físicas e jurídicas de Direito Privado).

“EXAME TÉCNICO [da Unidade Técnica]

[...]

17.1A alegação de que seria necessário desclassificar as licitantes que não apresentaram marca ou modelo (itens 15.1 a 15.4 desta instrução) não procede, pois os princípios norteadores da licitação pública devem ser harmonizados no caso concreto, balizados pelo atendimento ao interesse público. Foi assinalado que, nos termos do art. 41 da Lei 8.666/1993, a administração não pode descumprir as normas e condições do edital. Em especial, o item 7.2 do edital (peça 2, p. 5) dispõe que o licitante deverá preencher adequadamente o campo “descrição detalhada do objeto ofertado”, sob pena de desclassificação da proposta. Entretanto, a mencionada desclassificação da proposta não deve ser considerada uma obrigação, mas uma prerrogativa do poder público, que deverá ser exercida de acordo com o princípio da razoabilidade, em especial considerando a necessidade de se buscar a proposta mais vantajosa aos cofres públicos. Por esse motivo, o Ministro-Relator fez referência ao princípio do formalismo moderado, no sentido de que seria apropriado, zelosamente, esgotar os meios possuídos para obtenção da melhor proposta, realizando-se diligências

para suprir as informações faltantes (itens 9.4 e 9.5 da peça 37)”.

(Acórdão 3381/2013, Plenário[BRASIL, 2016b]. Original sem destaques. Omissão proposital dos nomes das pessoas físicas e jurídicas de Direito Privado).

Nos julgados transcritos, as equipes de licitações, em obediência às regras do Art 41, da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g), retiraram da disputa licitantes que não cumpriram requisitos do Edital. A legalidade das exigências do instrumento convocatório, violadas pelos licitantes, não estavam sendo contestadas. Entretanto, considerando que os particulares retirados do certame foram os que apresentaram as propostas de preços mais vantajosas (comparadas aos que permaneceram), as Unidades Técnicas, apesar de reconhecerem o descumprimento do Edital por parte dos particulares, entenderam que as equipes de licitações deveriam ter privilegiado determinados princípios do Direito (economicidade, formalismo moderado, razoabilidade, proporcionalidade) e aplicado as sobreditas regras de forma menos rigorosa, de maneira a manter os licitantes na disputa, oferecendo-lhes oportunidade para sanar suas falhas. Apesar das Unidades Técnicas terem proposto o sancionamento das equipes de licitação, o Ministro-Revisor, no Acórdão nº 2463/2008, e o Ministro-Relator, no Acórdão nº 3381/2013, embora entendessem pela ilicitude das condutas dos agentes, afastaram-lhes o sancionamento, nos seguintes termos:

“VOTO[do Ministro-Revisor]

[...]

14. Assim e considerando que o Pregoeiro se amparou na legislação, nas exigências editalícias e em pareceres técnicos, entendo que se deva acolher as razões de justificativa oferecidas pelo responsável

15. [...]Frise-se que, se o Pregão não tivesse sido revogado, o que ocorreu em função da atuação desta Corte, os prejuízos ao erário poderiam ter sido vultosos”.

(Acórdão 2463/2008, Plenário[BRASIL, 2016a].Original sem destaques).

“VOTO[do Ministro-Relator]

[...]

27. Por outro lado, minha única discordância em relação ao encaminhamento sugerido pela unidade técnica refere-se à aplicação de multa ao pregoeiro.

28. Apesar de terem sido confirmadas as irregularidades no procedimento licitatório, devo ressaltar que nenhuma despesa indevida se materializou, dada a atuação preventiva deste Tribunal, com a expedição de medida cautelar”

(Acórdão 3381/2013, Plenário[BRASIL, 2016b]. Original sem destaques. Omissão proposital dos nomes das pessoas físicas e jurídicas de Direito Privado).

⁷Órgão máximo do Sistema de Controle Interno da Força Terrestre e integrante –na categoria de Unidade Setorial - do Sistema de Controle Interno do Governo Federal, cujo Órgão Central é a Secretaria de Fiscalização e Controle, da Controladoria-Geral da União.

Sem entrar no mérito da correção ou não da conduta da equipe de licitação, do posicionamento da Unidade Técnica e do Plenário da Corte, casos como esses enfrentados pelo TCU parecem ser relevantes para o debate sobre a tensão entre o ideal de previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito. São situações recorrentes na rotina jurisprudencial da Corte de Contas da União e pregam que os agentes envolvidos em processo licitatório devem evitar o “excessivo rigor” no atendimento de dispositivos legais como os já citados *caput* e §4º, do Art 41, o *caput*, do Art 45 e o Inc I, do Art 48, todos da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g) e normas editalícias, cumprindo-as, portanto, buscando um “formalismo moderado”.

Mas, em termos práticos, o que exatamente significaria evitar o “excessivo rigor” ou agir atendendo a um “formalismo moderado”? Como o agente público poderia saber previamente se o sentido ordinário dos sobreditos dispositivos será relativizado ou completamente afastado, em face de princípios do sistema, não se subsumindo a condutas que aparentemente lhes seriam subsumíveis. Ao excepcionar a aplicação dos dispositivos licitatórios, o TCU parece criar uma nova regra (jurisprudencial), cujos termos sugerem ser menos precisos que aqueles presentes nas regras legisladas que deixaram de ser aplicadas ao caso. Será que os operadores de licitações públicas só saberão *ex post facto* sobre a licitude ou ilicitude de seus atos? O TCU, ao julgar casos desta natureza, independente da condenação ou não dos agentes envolvidos, vem preocupando-se em fixar os fatos jurídicos relevantes e os elementos ponderativos que levaram à reprovabilidade ou não da conduta, de forma a orientar ações futuras dos agentes públicos?

É preciso acrescentar ainda ao cenário dos “casos de excessivo rigor” , o peso do aparato sancionatório disponível legalmente ao TCU. Embora estejam sujeitas, em alguma medida, à revisão judicial, assume-se, para fins desta pesquisa, que as condenações prolatadas pelos Tribunais de Contas podem trazer transtornos pessoais e profissionais aos acusados. O próprio posicionamento do agente como “responsável”⁸, por si só, já é aflitiva, se reconhecermos que essa situação intranquiliza e tem potencial para desestabilizar o agente e sua família, seja no campo emocional ou das finanças

⁸ Qualificação normalmente utilizada pelos Tribunais de Contas para se referir ao sujeito sob julgamento.

peçoais (por conta de pagamento da multas, contratação de advogados entre outros motivos).

Para responder ao problema da pesquisa, foram estabelecidas algumas premissas teóricas a partir das ideias de MacCormick (2008), Atienza (2007 e 2017), Regla (2004) e Atienza e Manero (1996). Além disso, foram selecionadas decisões do TCU com o objetivo de serem analisadas e avaliadas. A análise utilizou Método construído a partir da Teoria dos Ilícitos Atípicos, de Atienza e Manero (2000) e a avaliação um Roteiro - dividido em duas partes -, conformado com base na Teoria da Argumentação Jurídica, de MacCormick (2008) e Atienza (2017).

Essa pesquisa parte do pressuposto teórico de MacCormick (2008), no sentido de que o Estado de Direito contemporâneo se assenta sobre a tensão constante entre dois ideais; a previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito, com uma tendência a favor do último.

Para MacCormick (2008), o ideal de previsibilidade foi cinzelado por intelectuais do movimento iluminista como voz reativa de uma sociedade cansada dos arbítrios do rei, onde o “reprovável” e sua respectiva consequência jurídica podiam ser estabelecidas *ex post facto*, conforme o talante e conveniências do soberano. Neste sentido, o ideal de previsibilidade surgiu como desdobramento das aspirações de liberdade e isonomia, que fundaram o Estado de Direito, e perseguia a certeza jurídica, almejando que o indivíduo conhecesse, previamente, por intermédio das leis conformadas por seu legítimo representante (o parlamento), aquilo que lhe era permitido, proibido ou obrigado.

Todavia, na visão do sobredito autor escocês, não tardou para que a noção idealizada de previsibilidade sentisse os efeitos da polissemia inerente à linguagem e do dinamismo social, ficando evidente que a aplicação mecânica dos textos legais seria insuficiente para dar solução aos problemas advindos das relações entre indivíduos e entre esses e o Estado. Razões de ordem teleológica, cultural, sociológica, histórica, metafísica e tantas outras são argumentativamente atreladas à letra da lei, seja pelas

partes, seja pelas autoridades jurídicas decisoras⁹, na tentativa de dar-lhe sentido e apontar a solução dos problemas levados a julgamento. Os elementos fáticos que permeiam os casos também são objeto da disputa, no que diz respeito à sua própria ocorrência e a correspondência ou analogia com os fatos descritos abstratamente nas regras.

Mais contemporaneamente, nas nações que aderiram ao paradigma do Estado Constitucional de Direito - que, na visão de Atienza (2007) e Regla (2004), corresponderia à fase atual vivida pelo Estado de Direito nesses países¹⁰ - a posição central ocupada pelas Constituições, somada à absorção de valores etéreos e vagos, por parte desses mesmos textos constitucionais, desvelou um cenário em que julgadores e partes se veem diante de conceitos plásticos e imprecisos que necessitam ser densificados argumentativamente para se alcançar a solução do caso.

Nesse contexto, se reconhece um agigantamento da dimensão argumentativa do Direito, em que, como diz MacCormick (2008, p. 18), “são apresentados argumentos para colocar em dúvida até mesmo aquelas que haviam parecido ser, até então, as certezas mais caras ao Direito”. Na visão do autor escocês, no momento atual vivido pelo Estado de Direito, toda norma é passível de ser problematizada em relação à sua aplicação, até mesmo aquela que, em face da precisão de seus termos, pareceria ser menos suscetível de questionamentos. Este quadro sugere, segundo MacCormick (2008, p. 15 e 38), que talvez a certeza no Direito contemporâneo seja inatingível, a previsibilidade seria

⁹ A expressão “autoridade jurídica decisora” está utilizada nesta pesquisa com o intuito de abarcar todo e qualquer ente com atribuições legais para prolatar decisão que envolva, em maior ou menor grau, matéria de Direito (por isso o “jurídica”) e tenha potencial para interferir na vida das pessoas, seja ela de natureza judicial ou administrativa. As autoridades judiciais seriam juízes e Cortes do Poder Judiciário. A autoridade jurídica decisora de natureza administrativa, para fins dessa pesquisa, é o TCU. Por questões de estilo, a expressão “autoridade jurídica decisora” pode ser substituída por outras que devem ser entendidas com o mesmo significado, como “autoridade julgadora”, “autoridade decisora”, “decisor”, “julgador”. Enfim, quando a pesquisa quis se referir exclusivamente a juízes e cortes do judiciário ou exclusivamente aos ministros do TCU, deixou isso evidente. Este mesmo entendimento vale para “decisão jurídica”, ou seja, a decisão, sobre matéria de Direito, com potencial para interferir na vida das pessoas, prolatada tanto pelo Poder Judiciário, como pelo TCU.

¹⁰ A partir de então, para fins desta pesquisa, as expressões “Estado de Direito contemporâneo”, “Estado Constitucional de Direito” e “Estado Constitucional” estão utilizadas de forma equivalente. Por vezes, a expressão “Estado de Direito contemporâneo” pode estar sendo utilizada em seu sentido mais genérico e intuitivo, vale dizer, para se referir aos paradigmas atuais do Estado de Direito, independentemente de estarem inseridos numa ordem jurídica constitucional ou não. Entretanto, sempre que isso ocorreu, buscou-se deixar claro.

“excepcionável (*defeasible*)”, e o máximo a se almejar fosse “diminuir sua incerteza a um grau aceitável”.

Mas, segundo o autor escocês, ao mesmo tempo em que relativiza a previsibilidade, essa dimensão argumentativa também possibilita que o indivíduo exerça outra aspiração original do Estado de Direito: a possibilidade de defesa, questionando imposições estatais, defendendo-se contra aquilo que entende ser arbitrário, valendo-se de argumentos e contra-argumentos. Portanto, ainda que ocupem posições conflitantes, tanto a previsibilidade, como a dimensão argumentativa do Direito constituem-se, na visão de MacCormick (2008), em ideais políticos do Estado de Direito contemporâneo, uma vez que ambos ofertam proteção ao indivíduo contra as interferências arbitrárias do Estado.

A tensão entre esses dois ideais evidencia o distanciamento entre a atuação das autoridades decisoras de hoje e o modelo idealizado do iluminismo francês, especialmente, se comparado ao formato proposto por Montesquieu, no qual o juiz se restringiria a ser “*la bouche de la loi*” (a boca da lei). Como afirma MacCormick (2008), independente do sistema jurídico que se adote (estatutário, *common law*, misto), da organização normativa do Estado (constitucional ou não), ou da teoria do Direito que se adira, é evidente a importância que as decisões jurídicas vêm assumindo na construção do Direito contemporâneo, sejam elas persuasivas ou vinculantes.

E é imerso em todo esse contexto que o julgador delibera, integrando, como diz Atienza (2017), em um todo coerente, a dimensão autoritativa – as regras – e a dimensão valorativa (ou substantiva) do Direito – valores e princípios -, de modo a resolver questões problematizadas pelas partes ou, como ressalta MacCormick (2008), por ele mesmo, prolatando decisões, por vezes, inovadoras que se afastam do sentido ordinário ou consagrado do texto legal. Como contraponto, na visão de MacCormick (2008) e Atienza (2007 e 2017), o Estado Constitucional de Direito exige justificativas cada vez mais qualificadas por parte das autoridades decisoras. Para Atienza (2007), essa exigência, mais do que uma condição de acolhimento de uma decisão por parte do paradigma do Estado Constitucional, consistiria em uma necessidade democrática, pois viabilizaria o controle do poder estatal.

No Brasil, a Constituição de 1988 (Brasil, 2019a), em seu Art 93, Inc IX e X, o CPC (Brasil, 2019m), em seu Art 489, e a Lei 9784/99 (Brasil, 2019h), em seu Art 50, impõem essa exigência. Mas o que seria uma justificativa qualificada, sobretudo quando a decisão redundar – ou tiver potencial para redundar - em algum tipo de

responsabilização para as partes envolvidas? Esse talvez seja o principal desafio da autoridade julgadora contemporânea.

Neste sentido, Manuel Atienza, em resposta à indagação que lhe foi feita sobre um possível enaltecimento dos valores em detrimento da segurança jurídica na passagem para o paradigma do Estado Constitucional de Direito, em entrevista organizada por Cruz e Roesler (2007, p. 198/199), afirma que esse cenário aumenta o poder dos juízes, em face da maior abertura semântica, e é algo que devemos aceitar. Entretanto, para que as decisões conformem Direito e não produzam arbitrariedades – continua Atienza - há de se ter uma “exigência de motivação racional dos juízes (e de todos os outros operadores jurídicos)”.

MacCormick (2008) propõe que uma decisão qualificada perante às exigências do Estado Constitucional de Direito é aquela cuja justificativa consegue alcançar o maior equilíbrio entre o ideal da previsibilidade e a dimensão argumentativa. Esse equilíbrio, por sua vez, na visão do autor escocês, é atingido por meio de decisões racionalmente justificadas, assim entendidas aquelas que, construídas dentro de uma moldura silogística, atendem aos “requisitos” da universalidade (retrospectiva e prospectiva), da consistência, da coerência (normativa e narrativa) e da adequação das consequências. Dito de outra forma, as palavras de MacCormick (2008) vão no sentido de que o acolhimento de decisões por parte do Estado Constitucional requer um compromisso da autoridade julgadora com a racionalidade da justificativa a ser consignada em sua decisão, o que poderá ser atingido pelo atendimento dos sobreditos requisitos, dispostos dentro de uma moldura silogística. Colocado nestes termos, os sobreditos “requisitos” serviriam como guias ao julgador que pretendesse o acolhimento de sua decisão pelos ideais constitucionais.

Para Atienza (2017), uma outra face desses “requisitos” – e ainda outro mais elementar, como a própria exigência de justificação - seria a utilização deles como “critérios” para avaliar a qualidade da decisão¹¹. Neste sentido, os requisitos funcionariam como instrumentos que serviriam a todos aqueles que possam ter algum interesse em atacar a decisão, formular doutrina a partir dela ou conduzir suas vidas, prevenindo o

¹¹O autor restringe a aplicação dos critérios de avaliação às decisões do Poder Judiciário que seriam as “decisões judiciais”, valendo-se da terminologia adotada nesta pesquisa. Em capítulo próprio, serão explicadas as razões que fazem este pesquisador acreditar que não só as decisões do Poder Judiciário, mas também as do TCU – vale dizer, então, as “decisões jurídicas” – podem ser avaliadas.

resultado de julgamentos quanto ao que é obrigado, autorizado ou proibido fazer. Seguindo na direção do autor espanhol, pode-se dizer que, se tais requisitos servem - como apregoa MacCormick (2008) - para guiar o julgador na direção de uma justificação racional, portanto equilibrada em relação aos ideais do Estado de Direito contemporâneo, é certo então que esses mesmos requisitos servem também para que os interessados afirmem como a autoridade julgadora equacionou a relação tensional entre a previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito. Nesta linha, os critérios orientariam criticamente o olhar dos interessados a identificar o nível de comprometimento do julgador em fundamentar sua decisão: de forma não contraditória, sob o ponto de vista lógico-formal, e em observância às regras que regulam o caso (consistência); harmonizada com precedentes (universalidade retrospectiva); sustentada por princípios da ordem jurídica (coerência normativa); com uma narrativa congruente dos fatos (coerência narrativa); e preocupado em apontar as consequências jurídicas de seu posicionamento, quando tratar-se de casos inéditos ou quando a decisão se afaste de uma orientação consagrada pela prática ou pelo sentido ordinário das regras legisladas e/ou jurisprudenciais (universalidade prospectiva associada à adequação às consequências). Embora tenham limitações, esses critérios de avaliação, na visão de Atienza (2017), podem oferecer alguma objetividade na tarefa de verificar se a deliberação estaria acolhida ou não pelo paradigma do Estado Constitucional de Direito.

No ordenamento jurídico brasileiro, as exigências de decisões justificadas de maneira consistente, coerente, universal e adequada no que diz respeito a suas consequências já estão, de alguma forma, dispostas em textos legais. Como exemplos, pode-se citar: o Art 1.022, do CPC (Brasil, 2019m), que menciona a contradição (que corresponde à exigência lógico-formal da consistência) e a omissão (que corresponde à própria exigência de justificativa) como pressupostos do embargo de declaração; a nova redação do Art 20 e 21, da LINB (Brasil, 2019c),¹² que exigiu que o decisor considerasse expressamente, no discurso de justificação, as consequências práticas e jurídicas de sua deliberação; o já mencionado Art 50, da Lei 9784/93 (Brasil, 2019h), que exige que a motivação do ato administrativo seja congruente, característica que revela ligação com o critério da consistência; o Art 2º, Inc VIII, deste mesmo diploma legal, que veda a aplicação de interpretação retroativa de norma administrativa, o que se alinha à exigências da universalidade retrospectiva; a primeira parte deste mesmo dispositivo exige que a

¹² A partir das alterações promovidas pela Lei 13655 (Brasil, 2019n), daquela mesma data.

interpretação da norma administrativa seja a que melhor garanta o atendimento do fim público, o que se aproxima de uma das acepções de coerência.

Portanto, o reconhecimento da importância dessas exigências, como requisitos de uma decisão justificada, à luz do paradigma do Estado Constitucional de Direito, não foi exatamente a inovação de Atienza (2017) e MacCormick (2008). A novidade trazida por esses autores está no desdobramento que fizeram desses requisitos e na proposta de Atienza (2017) em utilizá-los como critérios para “avaliar” a qualidade da justificativa de uma decisão, dentro de uma perspectiva argumentativa.

Todavia, a “avaliação” pressupõe uma etapa anterior: a “análise” da justificativa. Ou, nas palavras de Atienza (2017, p. 121), “analisar” argumentativamente a justificativa de uma decisão consiste em “passo anterior [e necessário] à sua avaliação”. “Analisar”, neste contexto, significa entender a decisão, mapeando e compreendendo sua justificação, evidenciando, de forma sistemática, seus componentes inferenciais, materiais (normativos, fáticos e suas valorações) e ainda os elementos retóricos de linguagem, empregados no discurso. Na visão do autor espanhol, isso enseja a tarefa de separar, para depois integrar, aspectos formais, materiais e pragmáticos da estrutura argumentativa da decisão. Só depois desse trabalho é que se torna possível avaliar a justificativa de uma decisão.

A “avaliação” do equilíbrio de uma decisão, em relação à tensão entre a previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito, se torna ainda mais eloquente nos “casos de excessivo rigor”, pois envolvem “regras legisladas de mandato sem conceitos jurídicos indeterminados” e não registram “problemas de classificação”, nem “problemas de prova”. O primeiro capítulo dessa pesquisa se detém a fixar os limites do que entendemos pelas expressões destacadas entre aspas, entretanto, para que se tenha uma ideia inicial do que se está a falar, é preciso já fazer um esboço dos seus limites. Os “problemas de classificação” e “problemas de prova” estão relacionados a dúvidas lançadas quanto à ocorrência dos fatos alegados (problemas de prova) e o seu enquadramento nas condições de aplicação descritas abstratamente nas normas (problemas de classificação). Portanto, dizer que não há problemas de prova e de classificação, nos “casos de excessivo rigor”, significa que o acusador e o julgador concordam que a falha da licitante de fato ocorreu e que corresponde à expressão da regra que condiciona sua aplicação (como, por exemplo, a expressão “propostas que não atendam às exigências do ato convocatório”, estabelecida no Art 48, como condição para desclassificação da proposta).

Por “regras legisladas de mandato sem conceitos jurídicos indeterminados” devemos compreender, por ora, tratar-se de normas, produzida pelo Parlamento, cuja natureza e sentido ordinário dos seus termos transmitem a sensação de que a conduta do agente público (retirada de licitante que descumpriu Edital), tomada a partir delas, estaria menos suscetível de ser problematizada quanto a sua licitude, se comparada a uma regra aberta. Dessa forma, a decisão do TCU que julgue a tal conduta ilícita, excepcionando-a do texto que aparentemente lhe dava cobertura, valendo-se, para isso, de elementos principiológicos, exige significativo esforço argumentativo da Corte, na busca por satisfazer às exigências constitucionais e infraconstitucionais desdobradas por MacCormick (2008) e Atienza (2017).

Importante destacar que as exigências de que as justificativas do TCU sejam consistentes, coerentes, universais e adequadas com relação as suas consequências não se restringem aos casos de penalização dos agentes. Em outras palavras, ainda que a Corte de Contas julgue ilícita a conduta, mas, por alguma razão, não condene o agente, ou a julgue lícita, discordando da acusação, a decisão deverá justificar, em observância às exigências constitucionais e infraconstitucionais mencionadas, as razões da não penalização e as razões da licitude da conduta, respectivamente, de modo a, entre outras coisas¹³, orientar condutas futuras dos agentes que atuam no ambiente licitatório.

Examinar os casos selecionados de “excessivo rigor” sob esses aspectos será, portanto, o mote dessa pesquisa que, como já dito, se utilizará de um Método de Análise e de um Roteiro de Avaliação, construído a partir das ideias dos autores já mencionados.

Mas, como essas decisões foram selecionadas ?

Isso se deu em três etapas. A primeira utilizou uma Expressão de Busca (critérios de buscas + critérios de exclusão + operadores booleanos) aplicados na base de dados do TCU (PortalTCU, 2019), dentro de recortes previamente definidos. Considerando que não existe Expressão de Busca infalível, procedeu-se a segunda e terceira etapas da seleção, com o intuito de se fazer uma nova triagem, dessa vez, em observância ao conteúdo da população. Na segunda etapa, foram eliminadas aquelas decisões em que as expressões “excessivo rigor”, “formalismo moderado” e similares foram empregadas fora do “contexto” pesquisado. Essa verificação foi procedida com o auxílio das teclas “Ctrl+F” (arquivos PDF) ou ferramenta “Localizar”, no “Word”. A

¹³ A possibilidade de ataque da decisão por algum dos interessados e a conformação de doutrina a partir delas seriam alguns outros motivos que justificam o atendimento dos requisitos constitucionais e infraconstitucionais.

terceira etapa ocorreu após a leitura e decorrente apresentação do resumo das decisões remanescentes da segunda. Nela, foram excluídas as decisões que não continham os “elementos argumentativos” dos “casos de excessivo rigor”. A segunda e terceira etapas, bem como a delimitação do “contexto” pesquisado e dos “elementos argumentativos” mencionados serão desdobradas no primeiro capítulo da pesquisa.

No que diz respeito aos recortes e a formulação da Expressão de Busca utilizados na primeira etapa da seleção, temos o seguinte. A pesquisa se restringiu às decisões exaradas pelo Plenário da Corte de Contas da União (recorte institucional) – portanto, deixando de fora as duas Câmaras - por fazer parte da competência desse colegiado a uniformização de jurisprudência e a decisão sobre as matérias mais relevantes¹⁴. Em termos processuais, foram feitos dois recortes. O primeiro é que só nos propusemos a analisar e avaliar os acórdãos relativos ao julgamento de contas¹⁵ e à atividade de fiscalização¹⁶ da Corte, uma vez que, dentre as diversas competências do TCU¹⁷, essas duas são as únicas com potencial para produzir um resultado sancionatório ao agente público em julgamento¹⁸, portanto capaz de influenciar a prática administrativa do ambiente licitatório (este aspecto será explorado no primeiro capítulo). O segundo recorte diz respeito aos denominados “acórdãos de relação”, previstos no Art 43, da Lei 8443/92 (Brasil, 2019f) e Art 143, do Regimento Interno do TCU (Brasil, 2019o). Este último dispositivo estabelece as hipóteses em que um processo é submetido ao Plenário, mediante “relação”. Esse tipo de acórdão, embora possa se referir ao julgamento de contas ou à atividade de fiscalização, costuma ser extremamente breve, sobretudo por não conter Relatório - *ex vi* Art 69, do Regimento Interno -, no máximo, “considerandos”, o que pode prejudicar o entendimento das circunstâncias fáticas do caso. Deste modo, os “acórdãos

¹⁴ Art 15 e 16, do Regimento Interno do TCU (Brasil, 2019o).

¹⁵ Referem-se aos processos de: Tomada de Contas – TC (que abarca tanto as Tomadas de Contas Especiais -TCE, quanto às Extraordinárias- TCEExt); Prestação de Contas anuais (PC), Extraordinárias (PCEExt) e Prestação de Contas da Presidência da República, denominada pela Corte de processo de Contas do Governo da República (CGR).

¹⁶ Referem-se aos processos de Representações (Repr), as Denúncias (Denunc) e o Relatório de Auditoria (RA).

¹⁷ Atribuídas constitucionalmente pelos Art 70 ao 75, da CF/88 (Brasil, 2019a) e regulados pelo Art 1º, da Lei nº 8443/92 (Brasil, 2019f).

¹⁸ Conforme se pode depreender da leitura do Art 1º e 57 a 61, da Lei nº 8443/92 (Brasil, 2019f).

de relação” eventualmente capturados, foram excluídos da população, na segunda etapa da seleção.

Utilizou-se, como ferramenta de pesquisa, a base de dados eletrônica disponibilizada pelo TCU (PortalTCU,2019), valendo-se de dois tipos de instrumentos: os operadores *booleanos* e os critérios de busca. Os critérios de busca são os termos que se pretende encontrar nos acórdãos. Os critérios de buscas principais partiram das palavras “excessivo”, “rigor”, “formalismo” e “moderado”. De modo a permitir uma maior abrangência das decisões, foram utilizados radicais de buscas. Deste modo, foi empregado o marcador “\$”, resultando nos seguintes critérios: “excess\$”, “rigor\$”, “formal\$” e “modera\$”.

Considerando que o uso exclusivo desses critérios poderia incluir na população decisões sem relação com a temática abordada (como, por exemplo, decisões em que a Corte de Contas – e não o agente público - agiu com “excessivo rigor”, ou fora do ambiente licitatório), incluiu-se outros critérios de modo a direcionar a captura. Neste sentido, utilizou-se o radical “desclassific\$”, “inabilit\$” e “licita\$” para detectar as palavras “desclassificação”, “inabilitação” e “licitação” ou suas derivadas.

Ainda como intuito de evitar acórdãos afastados da temática, foram empregadas também a palavra “convênio”, como critério de exclusão. Esse filtro buscou extrair da população de decisões, os casos em que o argumento do “excessivo rigor”, “formalismo moderado” e similares estão relacionados à execução desses termos de parceria, decisões que, conforme constatado em pesquisa exploratória, têm uma certa recorrência, mas se afastam do contexto pesquisado ¹⁹.

Os operadores *booleanos* consistem em conectivos lógicos, fornecidos pela base eletrônica do TCU (PortalTCU, 2019), com o objetivo de facilitar o refinamento da pesquisa. Optou-se por utilizar os operadores “prox”, “mesmo” e “ou”. O “prox” visa retornar decisões em que os critérios de buscas, inseridos antes e depois dele, apareçam próximos um do outro na frase ou oração em que foram encontrados, independente da ordem. Ao se colocar um algarismo junto ao “prox”, como “prox2”, por exemplo, significa que os critérios de buscas devem vir separados por, no máximo, duas palavras (medida máxima de separação). O operador “mesmo”, por sua vez, não exige essa

¹⁹ Os “termos de parceria”, gênero do qual os convênios são espécies, pressupõe convergência de interesses entre as partes envolvidas, ou seja, uma relação diferente da contratação administrativa – objeto dessa pesquisa -, em que a Administração celebra ajuste, mediante contraprestação. Esse aspecto será destacado novamente no primeiro capítulo.

proximidade. Os critérios que forem colocados antes e depois desse operador poderão surgir em lugares diferentes no corpo da decisão e, da mesma forma que o “prox”, sem compromisso com a ordem em que foram inseridos em relação ao operador. O “ou” permite localizar acórdãos que contenham uma ou todas as palavras digitadas adjacentes a ele.

Isso posto, concatenando os operadores *booleanos* com os critérios de busca mencionados, conformou-se a seguinte “Expressão de Busca”(EB):

“(((excess\$ prox1 rigor\$) ou (excess\$ prox2 formal\$)) ou (formal\$ prox2 modera\$))
mesmo ((desclassific\$) ou (inabilit\$)) mesmo licita\$) não convênio”

Para definir o recorte temporal da pesquisa, levou-se em consideração os propósitos estabelecidos no tema-problema: “decisões recentes”. Considerando que o espaço de um ano parece ser razoável para atender os propósitos desta pesquisa, optou-se pelo último período completo de trabalho do Plenário do TCU, ou seja de 17 de janeiro a 16 de dezembro de 2018.

Feitas as explicações sobre a metodologia utilizada na seleção das decisões, segue-se para as linhas finais dessa introdução, tentando estabelecer, em um único parágrafo, as premissas do caminho percorrido na pesquisa. Neste sentido, pode-se dizer - correndo os riscos da simplificação - que a primeira premissa assumida é a que reconhece, no Direito contemporâneo, uma dimensão argumentativa que se pronuncia na possibilidade de que qualquer norma é passível de ser problematizada pelos atores de uma disputa jurídica. Em razão disso, considerando que cabe à autoridade julgadora a solução dessa disputa e que essa tarefa resulta em decisão com potencial de intervenção na vida das pessoas, assumiu-se a importância dos precedentes na conformação do Direito contemporâneo. Uma outra premissa é que as decisões do TCU têm papel importante no balizamento da prática administrativa dos agentes públicos. Esses aspectos justificam a exigência do paradigma do Estado Constitucional, materializado na ordem jurídica brasileira em diversos dispositivos, no sentido de que as decisões devem ser controladas, quanto ao equilíbrio entre o ideal de previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito. A partir das premissas anteriores, reconheceu-se uma relação entre o nível de indeterminação de uma regra e sua suscetibilidade à problematização. Nesta linha de raciocínio, assumiu-se que as “regras legisladas de mandato sem conceito jurídico”, como as que permeiam os “casos de excessivo rigor”, exigem um esforço argumentativo

diferenciado, por parte do julgador, na busca por decisões consistentes, coerentes, universais e adequadas às suas consequências, como forma de alcançar o sobredito equilíbrio. Assumidas essas premissas, a pesquisa examinou os “casos de excessivo rigor” selecionados, com a intenção de avaliar o nível de comprometimento com relação às exigências do Estado Constitucional. A investigação foi toda orientada a partir do olhar do agente público responsável por conduzir processos licitatórios e de seus órgãos ou assessorias para assuntos jurídicas.

Para alcançar esses propósitos, esta dissertação foi dividida em quatro capítulos. No primeiro, buscou-se compreender as balizas do problema, organizando esse capítulo em quatro seções. A primeira seção se dedicou a entender o papel das decisões do TCU na conformação da prática administrativa e sua submissão às exigências constitucionais e infraconstitucionais de universalidade, consistência, coerência e adequação das consequências. A segunda seção definiu o que se entende por “regras legisladas de mandato sem conceitos jurídicos indeterminados”, bem como estabeleceu a relação entre as categorias de normas, a suscetibilidade de problematizações de cada uma delas e o esforço argumentativo a ser despendido na problematização ou imunização contra a problematização. Na terceira seção, a partir dos Acórdãos 2463/08 (Brasil, 2016a) e 3381/13 (Brasil, 2016b) fixou-se os limites do “contexto” e dos “elementos argumentativos” dos “casos de excessivo rigor” selecionados. Na quarta seção, foram apresentadas as decisões selecionadas.

O segundo capítulo abordou os principais argumentos utilizados nas lides jurídicas, entre os quais o argumento de exceção (*defeasibility*) e a argumentação fundada em consequências, tipologias mais relevantes nos “casos de excessivo rigor”. Ainda nesse capítulo, foram mostrados os principais aspectos das exigências dos critérios da universalidade, consistência, coerência e adequação das consequências, evidenciando as interfaces e interações entre eles. Ao final deste capítulo, a partir dos pressupostos critérios mencionados, foi apresentado o Roteiro de Avaliação (dividido em duas partes), conformado por esse pesquisador, com fins de aferir o nível de comprometimento da autoridade julgadora em relação às sobreditas exigências do Estado Constitucional.

O terceiro capítulo desenvolveu um Método de Análise de decisões jurídicas capaz de identificar os elementos argumentativos presentes no discurso decisório, isolá-los, mapear a relação entre eles e então organizá-los dentro de uma estrutura que viabilize compreender a decisão de forma crítica e comparativa. A base para o Método de Análise

foi a estrutura utilizada por Atienza e Manero (2000), na Teoria dos Ilícitos Atípicos, para explicar a o Abuso de Direito e o Desvio de Poder.

O quarto e último capítulo ficou dividido em três seções. Na primeira, foram analisados as decisões selecionadas e os precedentes mencionados por elas, valendo-se do Método desenvolvido no terceiro capítulo. Na segunda seção, foram avaliadas individualmente as decisões, nos termos da primeira parte do Roteiro. E a última seção foi dedicada ao exame crítico das decisões avaliadas, seguindo a segunda parte do Roteiro de Avaliação.

Por fim, na conclusão desta dissertação, a partir dos resultados obtidos, foram feitas algumas reflexões e proposta uma agenda de pesquisa.

A complexidade dessa pesquisa, associada à características pessoais deste pesquisador, fez com que a forma escolhida para exposição das ideias fosse conduzida por meio de constantes retomadas e releituras sobre pontos já apresentados. Esta opção deve ser vista não como prolixidez, mas como estratégia didática. Segue-se com o primeiro capítulo da pesquisa.

1 AS DECISÕES DE “CASOS DE EXCESSIVO RIGOR”

Como mencionado nas linhas introdutórias desta dissertação, o problema da pesquisa adveio da observação dos argumentos desenvolvidos pelo Plenário do TCU, no julgamento dos Acórdãos 2463/2008 (AC 2463/08) e 3381/2013 (AC 3381/13). Essas decisões, por meio de argumentos construídos em torno da expressão “excessivo rigor” e seu contraposto “formalismo moderado” (e similares), parecem configurar, de forma eloquente, a tensão entre a previsibilidade e a dimensão a argumentativa do Direito.

Nesses dois acórdãos, licitantes que haviam descumprido exigências do Edital foram retirados da disputa pelos agentes encarregados do certame. As regras que pareciam sustentar a conduta desses profissionais podem ser encontradas nos Art 41, *caput*, no Art 45, *caput* e no 48, Inc I, todos da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g)²⁰. O TCU, ao julgar o caso, reconheceu que os licitantes descumpriram o Edital, de modo que, *prima facie*, estaria satisfeita a condição legal para que fossem retirados dos certames. Todavia, a Corte entendeu que os agentes públicos não poderiam ter cumprido tão “rigorosamente” as sobreditas regras, mas deveriam ter dado aos licitantes a oportunidade de reparação das desconformidades em relação ao instrumento convocatório. Para justificar seu posicionamento, o TCU argumentou que princípios da ordem jurídica (tais como o da economicidade, formalismo moderado, razoabilidade, proporcionalidade) exigiriam um cumprimento mais “moderado” das regras licitatórias, de modo a permitir a contratação por preços mais vantajosos ou, ao menos, ampliar as chances para que isso acontecesse.

A partir desse resumo dos AC 2463/08 e 3381/13 parece ficar claro que a previsibilidade do Direito foi relativizada, em face argumentos de princípios, associados a outros relacionados às consequências da retirada dos licitantes (contratação, ainda que potencial, por preços menos vantajosos). Foi essa a razão dos Acórdãos 2463/08 e 3381/13 terem inspirado a sistematização da pesquisa. A partir deles, chegou-se aos outros acórdãos objeto dessa investigação, seguindo a metodologia descrita nas linhas introdutórias do trabalho. Destaca-se que a ideia não é saber se o TCU vem sancionando ou deixando de sancionar os agentes públicos nos “casos de excessivo rigor”, mas sim investigar como a Corte de Contas da União, ao julgar a conduta de retirada do licitante da disputa, em face do descumprimento do Edital, justificou a licitude ou ilicitude da

²⁰O AC 3381/13 chega a citar expressamente o Art 41, os demais artigos não são mencionados, mas, em ambos os acórdãos, é possível identificar suas regras presentes nos discursos da Unidade Técnica e nos votos dos Ministros.

conduta do agente. O objetivo é analisar e avaliar a estrutura argumentativa dessas justificativas, buscando identificar como a Corte vem equacionando a tensão entre a previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito, portanto, como vem conciliando as exigências constitucionais e infraconstitucionais de universalidade, consistência, coerência e adequação às consequências, seja entendendo pela ilicitude da conduta (punindo ou não punindo o agente), seja entendendo pela sua licitude.

Para que a pesquisa atinja esse propósito, o presente capítulo visou delimitar suas balizas teóricas e empíricas. Neste sentido, a primeira seção se dedicou a entender o papel das decisões do TCU na conformação da prática administrativa e sua submissão às exigências constitucionais e infraconstitucionais de universalidade, consistência, coerência e adequação às consequências. Esta seção está orientada pelos pressupostos teóricos de MacCormick (2008), Atienza (2017), Sundfeld *et al.*(2017), além de utilizar dados obtidos no Observatório do TCU, da FGV- Direito – SP (SBDP, 2018).

A segunda seção teve três objetivos. O primeiro foi definir o que se entende pela categoria de normas que vemos denominando de “regras legisladas de mandato sem conceitos jurídicos indeterminados”. O segundo objetivo foi estabelecer a relação entre as categorias de normas, a suscetibilidade de problematizações de cada uma delas e o esforço argumentativo a ser despendido, tanto pelo agente que toma a conduta, na busca por imunizar/justificar sua sustentação sobre as normas, como pelo acusador ou julgador que pretenda problematizar a mencionada sustentação. O último objetivo dessa seção foi fixar premissas teóricas que permeiam toda a pesquisa. Como pressupostos da abordagem, foram utilizadas ideias extraídas da Teoria dos Enunciados Jurídicos, desenvolvida por Atienza e Manero (1996) e aperfeiçoada por Atienza e Manero (2000), e da Teoria da Argumentação Jurídica, proposta por MacCormick (2008).

Na terceira seção, valendo-se dos pressupostos teóricos fixados nas seções anteriores, buscou-se compreender as razões do AC 2463/08 e do AC 3381/13²¹ para então limitar o “contexto” e estabelecer os “elementos argumentativos” dos “casos de excessivo rigor” selecionados.

Na quarta seção, foram apresentadas as decisões selecionadas. Primeiro, as decisões obtidas após a aplicação da metodologia descrita na Introdução (primeira etapa da seleção). Na sequência, as decisões eliminadas por fugirem do “contexto” fixado na

²¹ Valendo-se de uma análise sumária.

terceira seção deste capítulo (segunda etapa). Logo depois, os fichamentos dos aspectos mais relevantes de cada uma das decisões resultantes da segunda etapa (ver apêndices). Por fim, a eliminação das decisões que não continham os “elementos argumentativos” fixados na seção anterior (terceira etapa).

1.1 O PAPEL DA DECISÃO DO TCU NA CONSTRUÇÃO DA PRÁTICA ADMINISTRATIVA E SUA SUBMISSÃO ÀS EXIGÊNCIAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Encetando os caminhos da presente pesquisa, esta seção, além de estabelecer alguns limites da investigação, visa mostrar que as decisões do TCU têm papel importante na orientação da prática administrativa e na conformação do Direito Administrativo, haja vista o forte aparato sancionatório disponível àquela Corte e o hábito dos Ministros evocarem decisões anteriores para justificar o caso presente.

Admitir isso é equiparar as deliberações do TCU a qualquer outra decisão jurídica emanada no contexto do Estado de Direito contemporâneo com potencial de interferência na vida das pessoas. Isso porque, assim como MacCormick (2008), reconhecemos que, no momento vivido pelo Estado de Direito entre as nações ocidentais, as decisões jurídicas²² têm participação ativa na construção do Direito, independente do sistema jurídico (*civil law*, *common law* ou misto), da organização normativa adotada (constitucional ou não constitucional) e da natureza do precedente (persuasivo ou vinculante). Portanto, em menor ou maior grau, a depender dos fatores mencionados e da estatura da autoridade julgadora dentro da organização institucional na qual está enquadrada, o Direito jurisprudencial constitui-se como fonte para o julgamento do caso presente e orienta os indivíduos na adoção de condutas futuras. Nas palavras de MacCormick (2008, p. 309):

“[...] em contextos em que não há, ou que haja pouco Direito legislado, predomina o Direito jurisprudencial (*case-law*), e naqueles em há Direito legislado, este é inevitavelmente circundado por uma auréola de precedentes interpretativos [...] Aqui, a esperança por certeza também aparece, tomando a forma de um desejo por decisões jurídicas claramente articuladas sobre os pontos de dúvidas que surgiram” MACCORMICK, 2008, p. 309).

Esse reconhecimento do papel da decisão jurídica na conformação do Direito é o que justifica a preocupação em controlá-las, por meio do seu discurso de justificação, avaliando seu compromisso com a racionalidade, portanto aferindo seu empenho em equilibrar a previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito. Sendo assim, seria

²² A expressão “decisões jurídicas” tem uma concepção bem abrangente dentro da terminologia de MacCormick (2008). Nelas estariam incluídas todas as decisões, com base no Direito, que gozem de alguma autoridade coercitiva imediata de natureza estatal ou supranacional.

possível dizer que as decisões do TCU – assim como as decisões judiciais - estariam também sujeitas às exigências de equilíbrio entre os ideais do Estado Constitucional, devendo, portanto, atender aos requisitos de consistência, coerência, universalidade e adequação às consequências. Foi buscando desdobrar essas ideias e, ao mesmo tempo, limitar alguns elementos dessa pesquisa, que se conduziu a presente seção. Vejamos.

O Art 67, do Regimento Interno daquela Corte (Brasil, 2019o), estabelece suas formas de deliberação²³. Como foi tratado na Introdução, são os acórdãos relacionados à fiscalização e ao julgamento de contas que têm a possibilidade de intervir, de maneira coercitiva, na vida nos agentes. Portanto, será a essa espécie de deliberação que a pesquisa se dedicará e estará se referindo, quando utilizar o termo “acórdão”, “decisão”, “deliberação”.

A Lei Orgânica do TCU (Brasil, 2019f) disponibiliza à Corte um forte aparato para o sancionamento de irregularidades. O entendimento pela irregularidade do ato do agente pode sujeitá-lo a dois tipos de sanções, por parte da Corte: a multa e a inabilitação para o exercício de cargo ou função de confiança. Cabe frisar que essas serão as penalizações as quais esta pesquisa se referirá, ao considerar os reflexos pessoais e profissionais decorrentes da natureza aflagrada do aparato sancionatório do TCU. Vale dizer, que não serão considerados aspectos relacionados à improbidade administrativa e à responsabilização na esfera penal.

A obrigação de reparação do Erário, embora não tenha natureza sancionatória, pode ser considerada como uma repercussão importante decorrente do reconhecimento, por parte do TCU, da irregularidade da conduta do agente. Isso porque a Corte tem a

²³Art. 67. As deliberações do Plenário e, no que couber, das câmaras, terão a forma de:
I – instrução normativa, quando se tratar de disciplinamento de matéria que envolva pessoa física, órgão ou entidade sujeita à jurisdição do Tribunal;
II – resolução, quando se tratar de:
a) aprovação do Regimento Interno, de ato definidor da estrutura, atribuições e funcionamento do Tribunal, das unidades de sua Secretaria e demais serviços auxiliares;
b) outras matérias de natureza administrativa interna que, a critério do Tribunal, devam revestir-se dessa forma;
III – decisão normativa, quando se tratar de fixação de critério ou orientação, e não se justificar a expedição de instrução normativa ou resolução;
IV – parecer, quando se tratar de:
a) Contas do Presidente da República;
b) outros casos em que, por lei, deva o Tribunal assim se manifestar;
V – acórdão, quando se tratar de deliberação em matéria da competência do Tribunal de Contas da União, não enquadrada nos incisos anteriores.

competência legal de assegurar a recomposição do patrimônio público federal²⁴ e tal medida pode ter impactos relevantes na vida dos agentes.

Portanto o TCU, seja em sua atividade de julgamento de contas, seja na atividade de fiscalização, poderá sancionar aqueles que cometem irregularidades administrativas com a aplicação de multa e com a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança. O valor da multa obedece a dois limites distintos. Se a irregularidade tiver ensejado dano ao Erário quantificável, o teto da multa a ser aplicada pelo TCU é fixado em “cem por cento” do valor do dano, conforme o Art. 57, da Lei nº 8443/92 (Brasil, 2019f). No caso de irregularidades que não tenham resultado em danos ao Erário ou este não seja passível de quantificação, o teto é fixado anualmente por meio de portaria do TCU, em face dos indicadores econômicos²⁵.

A inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, tem duração mínima de cinco e máxima de oito anos e é aplicada em casos de irregularidades graves, conforme preceitua o Art. 60, da Lei nº 8443/92 (Brasil, 2019f). O reconhecimento da gravidade da irregularidade, para fins da sobredita inabilitação, deve se dar pela maioria absoluta dos Ministros. Este entendimento pode ser extraído do já citado Art 60, e ainda do Art. 270, do Regimento Interno da Corte de Contas.

Segundo o Relatório de Maio e junho de 2018, do Observatório do TCU, da FGV- Direto – SP (SBDP, 2019), ao longo de 2017, por exemplo, a Corte condenou 2.706 pessoas ao ressarcimento de débito, ao pagamento de multa ou à inabilitação para o exercício de cargo em comissão. Segundo o relatório, esse número representa apenas cerca de 0,15% do total de pessoas trabalhando em órgãos ou entidades da União e se for considerado que, entre os condenados também se encontram particulares e servidores de estados e municípios, a porcentagem de agentes da União sancionados pelo TCU seria menor ainda.

Entretanto, a equipe do Observatório destaca que o baixo índice de condenações não significa menor receio por parte dos agentes públicos federais em sua rotina administrativa. Segundo SBDP (2018, p. 10), autores mais contemporâneos²⁶

²⁴ Ver Art 44, §2º, Art 45 e Art 47, da Lei 8443/92 (Brasil, 2019f).

²⁵ Art 58, caput, da Lei 8443/92; Art 268, do Regimento Interno do TCU. A título de exemplo, a Portaria TCU nº 44, 16 Jan 19, fixou o valor da multa em R\$ 62.237,56.

²⁶ Citam: GUNNINGHAM, Neil. *Enforcement and compliance strategies*. In: BALDWIN, Robert; e CAVE, Martin; LODGE, Martin. (Eds.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

“defendem que a *percepção* do risco de ser punido é mais relevante do que a efetiva probabilidade da sanção”. E acrescentam que essa percepção se agrava mais ainda por conta da forma como o TCU vem se comunicando com a comunidade dos agentes públicos. Segundo o SBDP (2018) a Corte vem se valendo de periódicos como o “Informativos de Licitações e Contratos” - de divulgação quinzenal – com enfoque majoritariamente em julgados do TCU que resultam em consequências gravosas aos agentes públicos.

Portanto, apesar das decisões do TCU estarem sujeitas a revisão judicial e do baixo índice de condenação, assume-se, para fins dessa pesquisa, que o risco de desgaste emocional e impacto pecuniário²⁷, resultantes de eventual ação sancionatória da Corte de Contas da União, aliada à evocação frequente, por parte da Corte, de precedentes como fundamento para o julgamento do caso presente, envolvendo pessoas diferentes da decisão evocada²⁸, são fatores suficientes para impelir os agentes públicos a se orientarem pelas decisões do TCU. Deste modo, é possível reconhecer nas decisões da Corte de Contas da União um caráter normativo voltado para dentro da prática administrativa.

Todavia, seria possível falar que as decisões do TCU teriam uma função conformadora do Direito, no caso, o Direito Administrativo? Segundo Sundfeld *et al.* (2017), a possibilidade de revisão judicial das decisões do TCU, com base no Art 5º Inc XXXV, da CF/88 (Brasil,2019a), permite dizer que a Corte de Contas da União, quando julga processos de fiscalização ou contas, apesar prolatar decisões de natureza jurídica (técnico-jurídica), não “diz o Direito”, apenas o “interpreta”, já que caberia ao judiciário a primeira função. Sem discordar desse posicionamento é possível dizer que, enquanto não for revista pelo Judiciário, a jurisprudência do TCU contribuiria para a conformação do Direito Administrativo, na medida em que, pelos fatores mencionados, relacionados ao seu aparato sancionatório e evocação de precedentes para decidir o caso presente envolvendo outras partes, condiciona as condutas dos agentes públicos, sob sua jurisdição.

²⁷Despesas com advogados, pagamento voluntário da multa, impossibilidade de acréscimo remuneratório em face da inabilitação para cargos em comissão ou função de confiança, por exemplo.

²⁸ Essa afirmação pode ser constatada por uma busca rápida em acórdãos do TCU. Inclusive, entre os acórdãos avaliados, as Decisões nº 7 e 17 citam decisões precedentes para sustentar as premissas do caso em julgamento (Ver Lista de Anexos e os respectivos Fichamentos).

Se estivermos certos, confirma-se então a ideia lançada nas palavras iniciais de seção, no sentido de que as decisões do TCU se encaixariam na terminologia de MacCormick (2008) de decisões jurídicas, portanto, submetidas aos requisitos da universalidade, consistência, coerência e adequação às consequências.

Sobre este ponto, Atienza (2017, p. 122, 123, 158, 163 *et passim*) parte do pressuposto de que esses requisitos, vistos como critérios de avaliação, só se aplicariam às decisões emanadas por “juízes”. Esta colocação do autor espanhol poderia dar a impressão de que não caberia avaliar as decisões do TCU, por não fazer parte do Judiciário. Ocorre que Atienza (2017) se refere aos “juízes” no contexto de uma distinção entre a argumentação desenvolvida por eles (em suas decisões), pelos legisladores (nas justificativas dos projetos parlamentares) e pelos advogados (em suas peças). Todos esses segmentos, na visão do autor, desenvolvem suas razões com base no Direito, portanto, consistem em “argumentações jurídicas”. Entretanto, o uso que advogados e legisladores fazem do Direito e os limites aos quais estão submetidos são diferentes dos “juízes”, repercutindo na forma de avaliar seus argumentos. Neste sentido, a argumentação dos “juízes” (que o autor chama de “judicial”²⁹) é a que deve guardar o maior “compromisso com o Direito” (Atienza, 2017, p. 122). Isso pode ser explicado em razão da natureza coercitiva das decisões judiciais - já que têm potencial de interferência direta na vida das pessoas - e do seu papel na conformação do Direito. Esses fatores justificariam os limites impostos à atuação dos juízes pelo ordenamento jurídicos das nações que aderem ao paradigma do Estado Constitucional e que não são cobrados - pelo menos não na mesma medida - da argumentação legislativa e dos advogados. Por decorrência, essas mesmas características exigem o controle público da atuação dos juízes e, neste contexto, se justifica a avaliação das suas decisões, quanto aos requisitos da universalidade, consistência, coerência e adequação às consequências.

Portanto, considerando, como visto, que as decisões da Corte de Contas da União também gozam de natureza coercitiva e, do mesmo modo que as decisões dos juízes, também devem se submeter aos requisitos da universalidade, consistência, coerência e adequação às consequências, nada mais óbvio que elas – as decisões do TCU

- possam ser também avaliadas quanto ao atendimento desses requisitos.

Sendo assim, passa-se à próxima seção.

²⁹ Mesma terminologia utilizada por esse pesquisador.

1.2 AS CATEGORIAS DE NORMAS, PROBLEMATIZAÇÃO, ESFORÇO ARGUMENTATIVO E OUTROS ASPECTOS.

Dando sequência à delimitação da pesquisa e o estabelecimento de suas premissas teóricas, esta seção procurou estabelecer uma correspondência entre o nível de indeterminação das normas, a suscetibilidade dessas normas serem problematizadas e o esforço argumentativo necessário para problematizar ou imunizar sua aplicação. Defende-se nesta parte da pesquisa que, quanto maior a indeterminação de uma norma, mais suscetível ela estará à problematização, portanto maior será o esforço argumentativo para imunizar sua aplicação e menor o esforço para problematizá-la. A recíproca é também verdadeira.

Após reflexões desenvolvidas ao longo desta seção, conclui-se que a categoria de normas com menor nível de indeterminação são as regras legisladas de mandato (obrigação ou proibição) que não contam, em sua estrutura, com conceitos jurídicos indeterminados. Ou seja, essas regras seriam menos suscetíveis à problematização, logo o esforço argumentativo necessário para problematizar sua subsunção ao caso concreto será maior, se comparado ao esforço argumentativo necessário para justificar sua aplicação.

São essas, portanto, as premissas que orientaram a presente seção e que desdobramos a seguir, valendo-se dos pressupostos da Teoria da Argumentação Jurídica de MacCormick (2008) e Atienza (2017) e das ideias da Teoria dos Enunciados Jurídicos, de Atienza e Manero (1996), aperfeiçoadas por Atienza e Manero (2000). Vejamos.

MacCormick (2008) entende que a aplicação de qualquer norma é passível de ser problematizada, seja pelas partes envolvidas, seja pelo próprio julgador. A opção por problematizar ou não a aplicação de uma norma a determinado caso concreto, segundo o autor, passa por uma análise pragmática em que se avalia a utilidade de se lançar dúvidas sobre o processo de subsunção. No caso das partes, as razões que as movem são de ordem estratégicas, voltadas para convencer à autoridade decisora sobre a pertinência de seus pleitos. O decisor, por sua vez, quando opta por problematizar, o faz, segundo MacCormick (2008, p. 105, 107, 111 *et passim*), guiado por um “sentido moral”, um “senso de correção” e de “justiça” que pode inclusive buscar uma interpretação menos óbvia, menos imediata da norma ou dos fatos, na busca pela decisão que julga ser a mais adequada ao caso.

Atienza (2017), ao contestar Alexy (2001), quanto à ideia de “pretensão de correção”, como algo a ser perseguido na argumentação jurídica, faz uma observação que se aproxima da feita por MacCormick (2008), em relação ao pragmatismo que guia a problematização das premissas. Para o autor espanhol, as partes em uma disputa perseguem seus objetivos pessoais, enquanto os juízes os fins do Direito. Os primeiros, portanto, usam o Direito de forma tática, enquanto que os juízes o utilizam como instrumento de pacificação social.

Na visão de MacCormick (2008), assumidas nesta pesquisa, as regras jurídicas - legisladas ou jurisprudenciais - têm uma estrutura condicional que contaria com o que ele chama de “Fato Operativo” (FO), no antecedente, e uma “Consequência Normativa” (CN) associada a um comando deôntico, na solução da regra. Fatos operativos (FO) são os fatos abstratamente descritos no antecedente da regra, que correspondem à condição a ser atendida pelo caso concreto, para que se dê a Consequência Normativa (CN). O comando deôntico é o verbo associado à CN. Portanto, as regras, para o autor escocês, seguem a formulação “Se FO, então CN”.

Para MacCormick (2008), qualquer termo da “regra jurídica” – expressão utilizada pelo autor escocês, assumida também por essa pesquisa, para se referir conjuntamente às regras legisladas ou jurisprudenciais - pode ser problematizado no processo de subsunção (aplicação). Desta forma, as palavras e expressões que descrevem o Fato Operativo (FO), a Consequência Normativa (CN) ou até o comando deôntico podem ser colocados em dúvidas pelas partes da lide ou julgador. As regras jurisprudenciais podem ser problematizadas ainda quanto à identificação do segmento da decisão que goza da autoridade (*ratio decidendi*) e os padrões analogicamente apontados. Isso vale tanto para aquelas prolatadas em um sistema que se reconheça seu caráter vinculante, como persuasivo.

Mas não são só as premissas normativas que podem ser problematizadas no processo silogístico de uma disputa judicial ou administrativa. A interpretação dos fatos concretos, a narrativa dos acontecimentos e o grau de importância dado à prova produzida também são suscetíveis de serem colocados em dúvida pelos envolvidos no processo, sejam partes ou autoridade decisora.

Isto posto, para MacCormick (2008), haveriam dois tipos lides jurídicas: aquelas que tratam de “casos problemáticos” e as que cuidam de “casos claros”. Os casos problemáticos seriam aqueles que não se resolvem exclusivamente por meio de um processo silogístico formal, isto é, sem disputas argumentativas. Nesses casos, as

premissas são encadeadas internamente dentro de uma moldura silogística, mas a permanência delas, no interior dessa moldura, dependeria do sucesso de argumentos formulados para lhes defender. Do outro lado estão os “casos claros”, que se caracterizam por não suscitarem discussões quanto às premissas presentes no processo de aplicação. Portanto, o que vai definir se estar-se diante de um “caso problemático” ou de um “caso claro” é a existência ou não de consenso quanto às premissas do processo silogístico³⁰. Para o autor, a esmagadora maioria dos casos levados a julgamento são problemáticos.

MacCormick (2008) entende que as razões que possibilitam a problematização das premissas se esgotam em cinco categorias, que ele denomina de questões (ou problemas): de avaliação - que chamaremos de “aferição”, para evitar confundir com os “critérios de avaliação” de Atienza (2017); de relevância; de interpretação; de classificação; e de prova.

A questão de aferição ocorre quando o fato operativo (FO) da regra jurídica contém “conceitos valorativos”, também conhecido por “conceitos jurídicos indeterminados”. “Falha grave”, “vício insanável” são alguns exemplos desses conceitos, extraídos de regras licitatórias. Note que não há discussão se essas expressões são ou não conceitos jurídicos indeterminados; isso é um consenso entre as partes da lide e julgador. A questão gira em torno de saber se o fato concreto (premissa menor) está ou não abarcado pelo conceito indeterminado. Segundo Filho (2009) e Roesler (2013), a presença desses conceitos valorativos na estrutura das regras pode ocorrer: acidentalmente, em face da indeterminação própria da linguagem; de forma deliberada, como estratégia do conformador da regra³¹ para alcançar o máximo de situações presentes e futuras; ou ainda, no caso específico das regras legislativas, para acomodar os múltiplos interesses conflagrados nas disputas parlamentares.

O problema de relevância ocorre quando partes e/ou julgadores concordam que inexistente uma regra subsumível ao caso, sendo necessário extraí-la de outras fontes do

³⁰ As referências a “casos problemáticos” e “casos claros” vêm, respectivamente, como menciona o próprio autor, da ideia de *hard cases* – casos difíceis – e *easy cases* - casos fáceis, de Dworkin (2002). MacCormick (2008) justifica a opção pela expressão “casos claros”, afirmando que há situações as quais, embora complexas, se resolvem exclusivamente com o silogismo formal. Cabe destacar que Dworkin (2002) não vê a distinção entre casos fáceis e difíceis a partir da perspectiva de MacCormick (2008).

³¹ Sempre que utilizar a expressão “conformador da regra” está a se referir ao legislador ou à autoridade julgadora que produz regra jurisprudencial.

Direito, como princípios, valores, jurisprudência ou costumes. Portanto, a disputa gira em torno do conteúdo da nova regra.

O problema de interpretação caracteriza-se por haver consenso quanto a qual regra deve ser aplicada. No entanto, a disputa gira em torno de saber como esta deve ser interpretada, na medida em que pode haver mais de um sentido possível para seus termos.

O problema de classificação (ou qualificação) se dá, como diz MacCormick (2008, p. 58), quando se argumenta que “o que foi alegado, não importando o fato ter ou não sido provado, não pode ser adequadamente caracterizado como um exemplo de caracterização de FO”.

Por fim, as questões de prova que são autoexplicativas. Ocorrem quando se discute se os fatos concretos alegados efetivamente ocorreram.

É perceptível a sobreposição entre essas causas de problematização. O próprio MacCormick (2008, p. 187 a 189) reconhece isso. A distinção mais sutil talvez seja entre a classificação e a aferição. Tentando reforçar a linha demarcatória entre essas duas causas de problematização, pode-se dizer, a partir das ideias do autor escocês, que na classificação não se tem dúvida sobre o alcance do fato operativo (FO). Na verdade, FO já teria um alcance reconhecido pela prática jurídica (judicial e administrativa). A dúvida, no entanto, surge quando se argui se um determinado fato concreto, que, *prima facie*, não estaria incluído no sentido ordinário de FO, poderia, no caso em julgamento, ser abarcado por ele. Pode-se dizer, por exemplo, que no debate sobre problemas de classificação, questiona-se porque razão o fato concreto deveria ser abarcado por FO, já que ordinariamente tudo leva a afastar tal possibilidade. Na aferição, por sua vez, em razão da vagueza do conceito jurídico indeterminado que compõe FO, já há uma dúvida *ab initio*, sobre o seu alcance, de modo que a discussão buscará definir FO, verificando se o fato concreto estaria ou não alcançado por ele. Se estivermos certos nesta distinção, é possível dizer que a aferição se aproximaria da classificação, na medida em que decisões são promulgadas delimitando, cada vez mais, o sentido de FO, a ponto de inexistir dúvidas sobre seu alcance.

Atienza (2017), ao explorar as causas de problematização de premissas, com base em MacCormick (2009)³², acrescenta categorias de problemas que não foram abordadas nem por aquela obra, nem por MacCormick (2008). São eles: de validade,

³² Trata-se da obra “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”, publicada originalmente antes da que está sendo utilizada como marco teórico dessa pesquisa.

processual, de ponderação, e de discricionariedade³³. Da classificação proposta por Atienza (2017), a questão da ponderação e da discricionariedade são as que servem a essa pesquisa. Explica-se. A questão processual e de validade não atendem aos interesses desse trabalho, já que tratam, respectivamente, das disputas sobre o cabimento ou não de regra processual e a respeito de saber se as regras, cujos fatos concretos reconhecidamente se subsomem, atendem aos requisitos formais de validade. Pela natureza das regras que permeiam o ambiente desta pesquisa – licitatório - essas questões não parecem ser evocáveis. O que não ocorre com as questões da ponderação e da discricionariedade.

Problemas de ponderação ocorrem quando as disputas giram em torno de saber qual regra resulta dos casos em que princípios entram em colisão. A questão de ponderação parece se aproximar do problema de relevância, mas se distingue dela por haver acordo quanto à existência de uma – ou mais de uma – regra, cujos fatos se subsomem, o que não ocorre na relevância. A dúvida, portanto, é se a(s) regra(s) envolvidas no caso afeta(m) ou não certo(s) princípio(s) e qual deveria ser a solução para o caso. Considerando que a colisão entre princípios está sempre protagonizando os “casos de excessivo rigor”, como constatado em capítulo anterior, a questão da ponderação, como uma das causas de problematização, se mostra útil a essa pesquisa³⁴.

Por fim, a questão da discricionariedade foi concebida por Atienza (2017) para dar conta dos casos que envolvem normas de fim (regras de fim e diretrizes). Ocorrem, quando se discute se o momento e os meios escolhidos para atingir os objetivos daquelas normas foram adequados. O tema das regras de fim e diretrizes está abordado em seção à frente.

Assumindo-se este elenco como as causas que podem ensejar a problematização das premissas do processo silogístico, cabe agora compreender como isso se relacionaria com as normas que constituem as premissas deste processo. Essa tarefa exige que se distinga as normas em categorias distintas, conforme sua natureza. A Teoria dos Enunciados Jurídicos, de Atienza e Manero (1996), aperfeiçoada por Atienza e Manero (2000), sistematiza a ordem normativa do Direito de maneira muito útil aos fins desta pesquisa, não só para o presente capítulo, mas para todos os demais. De modo a

³³ Atienza (2017) trata ainda do problema de aplicação, que equivale, como ele mesmo afirma, à questão de relevância.

³⁴ MacCormick (2008) não cuida da ponderação como uma forma específica de problematização de premissas, mas o sopesamento entre princípios é uma constante na obra do autor escocês.

apresentar mais didaticamente suas ideias, adaptadas aos fins deste trabalho, optou-se por fazê-lo em uma seção específica.

1.2.1 As Categorias Normativas a partir da Teoria dos Enunciados Jurídicos

O reconhecimento de que regras como as do Art 41, *caput*, do Art 45, *caput* e do 48, Inc I, todos da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g) são “regras legisladas de mandato sem conceito jurídico indeterminado”, cuja aplicação ao caso concreto é menos suscetível à problematização e exige um esforço argumentativo maior para ser problematizada passa, necessariamente, pela compreensão de que a ordem jurídica possui categorias diferentes de normas. Neste sentido, a Teoria dos Enunciados Jurídicos de Atienza e Manero (1996) mostra-se útil. Vejamos.

Segundo os autores espanhóis, a sobredita teoria seria a primeira parte de uma Teoria Geral do Direito. O Direito, para Atienza e Manero (1996, p. 17), teria função de articular os interesses de indivíduos e grupos de indivíduos e controlar o poder do Estado, como condição para a própria existência da vida social. Sem tal articulação e controle, a sociedade pereceria ou teria uma existência extremamente custosa. Para exercer esse papel, o Direito contaria com uma variedade de peças (“*piezas*”), que podem ser organizadas em dezenove categorias de enunciados. As que interessam a essa pesquisa, primordialmente, serão aquelas que revelam o que autores tratam como “razões para a ação” que correspondem à categoria dos “enunciados que expressam normas”, que, por sua vez, dividem-se em “deônticos” (também chamados pelos autores de “enunciados - ou normas – regulativos”) e “não deônticos” (também chamados pelos autores de “enunciados - ou normas – constitutivas”)³⁵. Segue-se com a seção, abordando inicialmente as “normas regulativas” (deônticas)³⁶.

1.2.1.1 Normas Regulativas.

A ideia das normas regulativas está ligada a uma concepção dual do Direito, que conforme reconhecem Atienza e Manero (1996, p. 2; e 2000, p. 101), teria, em Ronald

³⁵ Nesta pesquisa, serão utilizadas tanto as expressões “*enunciados deônticos*” e “*enunciados não deônticos*”, como seus sinônimos, enunciados/normas “*regulativas*” e “*constitutivos*”.

³⁶ Para uma visão completa e esquemática de toda a categorização proposta pela Teoria dos Enunciados Jurídicos, ver “quadro 1”, da obra de Atienza e Manero (1996, p. 177).

Dworkin, um dos seus principais protagonistas. Dworkin (2002) conduziu a comunidade jurídica a profundas reflexões, trazendo os princípios para dentro do Direito e consagrando-os como fundamentos das decisões nos casos em que as regras se mostrassem insuficientes. Essas situações constituiriam o que ele denominou de “casos difíceis” (*hard cases*). Para o autor americano, uma concepção dual das normas jurídicas, como regras e princípios, afastaria o caráter *ex-post facto* das decisões judiciais, uma vez que o juiz, ao decidir com originalidade, assentando seu entendimento em argumentos valorativos, na verdade, está valendo-se de argumentos de princípios, que não se constituem em elementos extrajurídicos, mas fazem parte do Direito, assim como as regras, logo, sempre existiram, estavam lá, de forma que não há que se falar em um direito criado após a decisão, mas, no máximo, substantivado por ela³⁷.

A partir desta concepção, Atienza e Manero (2000) mencionam, em várias passagens, a inépcia das teorias positivistas (Kelsen e John Austin) e do realismo jurídico (Alf Ross), diante de casos em que as regras se mostram insuficiente para dar solução ao problema jurídico³⁸. No âmbito de aplicação do Direito – Poder Judiciário e Administração – o papel dos princípios, na visão de Atienza e Manero (2000, p. 18/19) “ocorreria quando não existissem regras específicas aplicáveis, quando essas apresentam problemas de indeterminação na sua formulação, ou quando as regras existentes parecem estar em conflito com os princípios que as justificam ou com outros princípios do

³⁷ Nas palavras do próprio Dworkin (2000, p. 134), tem-se que “se o demandante tem um direito contra o réu, então este tem um dever correspondente, e é este dever, e não algum novo dever criado pelo tribunal, que justifica a sentença contrária a ele. Mesmo que o dever não lhe tenha sido imposto por uma legislação explícita anterior, não há, exceto por um ponto, mais injustiça em se exigir o cumprimento desse dever do que haveria se esse dever tivesse sido imposto por legislação”.

³⁸ Cabe aqui uma ressalva. A situação descrita de insuficiência dos textos legais caracteriza o que Dworkin (2002) se refere como “casos difíceis”. Valendo-se dessa terminologia, Atienza e Manero (1996) alertam quanto à ideia equivocada que circularia no Direito contemporâneo de que os princípios só (repita-se, “só”) operariam nos casos difíceis. Essa afirmação, tratada como equivocada pelos autores espanhóis, seria a recíproca da ideia mencionada por Atienza e Manero (2000), ou seja, o fato de os princípios serem evocados nos casos difíceis, como única maneira de dar-lhes uma solução dentro dos limites do Direito (uma vez admitindo-se eles fazem parte do Direito), como afirma Atienza e Manero (2000), não significa que os princípios só (repita-se “só”) operariam na solução de casos difíceis. Segundo Atienza e Manero (1996, p.22), os “casos fáceis” devem ser entendidos como aqueles em que a operação de subsunção entre os fatos e determinada regra não resultam controvertidas “à luz do sistema de princípios que dotam de sentido a instituição ou o setor normativo que se trate”. Desta forma, até mesmo nestes casos fáceis, os princípios teriam, em alguma medida, sua participação assegurada. Esse ponto parece ser compartilhado por MacCormick (2008) e Atienza (2017), quando tratam da “coerência normativa”. Isso será abordado em capítulo à frente.

sistema”. Diante deste cenário, a justificativa empregada no discurso de decisão poderá ensejar a evocação de princípios que, ponderado com outros, consideradas as circunstâncias normativas e fáticas presentes no caso, resultará em uma regra a ser observada pelos demais indivíduos³⁹.

Indo para além na concepção dual do Direito, Atienza e Manero (1996) propõem que a distinção entre regras e princípios pode ser melhor compreendida se feita sob os enfoques de suas estruturas, das funções que desempenham no Direito e de seus papéis na articulação de interesses e controle do poder estatal. Tais enfoques se permeiam e se associam de tal maneira que a abordagem em conjunto deles parece atender às exigências de concatenação da pesquisa, sem prejuízo da sua compreensão.

Neste sentido, tem-se que, estruturalmente, pode-se dizer que a ideia central de distinção entre princípios e regras é que os primeiros se caracterizam pela natureza mais aberta de seu conteúdo e as regras por um caráter mais fechado. Aprofundando mais na estrutura dessas normas, Atienza e Manero (1996) entendem que os princípios seriam um gênero que comportaria duas espécies, os “princípios em sentido estrito” e as “diretrizes” (também tratadas pelos autores por “normas programáticas”). O mesmo ocorreria com as regras, que devem ser compreendidas como “regras de fim” e “regras de ação”. Na visão de Atienza e Manero (1996, p. 170), “todas elas [as categorias normativas mencionadas, ou seja, as regras de fim, regras de ação, diretrizes e princípios em sentido estrito] podem reduzir-se, em sua estrutura, a uma forma condicional⁴⁰ em que contam com condições de aplicação (também denominado de suposto ou antecedente)⁴¹, operadores deônticos (que os autores se referem como operador de mandato – obrigação e proibição – ou operador de permissão) e resoluções (consequente)⁴². A diferença entre

³⁹ Interessante destacar que as situações levantadas por Atienza e Manero (2000) como ensejadoras da evocação dos princípios correspondem, de certa forma, às causas de problematização mencionadas na seção anterior.

⁴⁰ MacCormick (2008) entende que regras jurídicas - legisladas ou jurisprudenciais - se diferenciam dos princípios por adotarem uma estrutura condicional, ao passo que princípios não. Discordamos desse entendimento e assumimos as ideias da Teoria dos Enunciados Jurídicos.

⁴¹ Que corresponde ao que MacCormick (2008) denomina de Fato Operativo (FO). No decorrer da pesquisa, usamos tanto a terminologia de Atienza e Manero (1996) como a de MacCormick (2008).

⁴² Que corresponde ao que MacCormick (2008) denomina de Consequência Normativa (CN). No decorrer da pesquisa, usamos tanto a terminologia de Atienza e Manero (1996) como a de MacCormick (2008).

essas espécies seria o significado semanticamente aberto ou fechado do antecedente e do consequente.

No que diz respeito aos princípios, pode-se dizer, a partir das ideias de Atienza e Manero (1996 e 2000), que as diretrizes seriam de conteúdo programático; definem objetivos a serem atingidos e são relacionadas aos direitos coletivos de uma sociedade (prestacionais); remetem-se a uma ideia de eficiência e atingimento de objetivos (ou “estado de coisas”, como mencionam os autores), que as fazem carregar um valor utilitário que deve ser atendido na maior medida possível. São normas cuja condição de aplicação - Fato Operativo (FO), na terminologia de MacCormick (2008) – são vagas. A solução – Consequência Normativa (CN), na linguagem de MacCormick (2008) – constituem-se em objetivos a serem atingidos e são igualmente imprecisos. Outra característica das diretrizes é que, embora estabeleçam objetivos (ainda que de forma vaga), não definem os meios para que isso ocorra, deixando a critério do destinatário. As diretrizes prescrevem, por exemplo, a redução da taxa de analfabetismo, o fomento à pesquisa e desenvolvimento científico regional ou a boa mobilidade urbana dos municípios.

Os princípios em sentido estrito, na visão dos autores, seriam normas ligadas aos direitos individuais, de caráter menos aberto que as diretrizes, pois não prescrevem objetivos, já que encerram seu significado em si mesmos (para se referir a esta última característica, os autores, algumas vezes, utilizam a expressão “valores últimos” como distinção dos “valores utilitários”, das diretrizes)⁴³.

Atienza e Manero (1996 e 2000) entendem que os princípios (sempre que essa pesquisa utilizar isoladamente a expressão “princípio” estará se referindo ao gênero) cumprem um papel diretivo⁴⁴ dentro da função do Direito de articulador da multiplicidade

⁴³ Atienza e Manero (1996 e 2000) não entram na discussão sobre a distinção/aproximação entre princípios e valores. MacCormick (2008, p. 251), por sua vez, entende que há uma zona de sobreposição entre princípios e valores, de modo que os “princípios jurídicos dizem respeito a valores operacionalizados localmente dentro de um sistema jurídico estatal ou de alguma ordem normativa análoga”. Alexy (2017, p. 153) traz uma ideia parecida, ao afirmar que princípios e valores “mostram-se, em sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever ser), e o segundo no âmbito do axiológico (no âmbito do bom)”. O autor alemão vai ainda mais longe afirmando a possibilidade do trânsito de valores para princípios e de princípios para valores, através da argumentação jurídica. Este pesquisador entende que o posicionamento de MacCormick (2008) e Alexy (2017) podem ser assumidos nesta pesquisa sem perigo de desarmonização com as ideias da Teoria dos Enunciados Jurídicos.

⁴⁴ A expressão “diretivo” e outras derivadas são utilizadas por Atienza e Manero (2000). Em “*Las Piezas del Derecho*”, Atienza e Manero (1996), embora não empreguem essa mesma expressão,

dos interesses sociais e controlador do exercício do poder estatal. Neste sentido, os princípios em sentido estrito, na visão de Atienza e Manero (1996), têm uma função negativa, limitadora, na medida em que impõem restrições à persecução de interesses por parte dos sujeitos sociais e o exercício do poder, por parte do Estado. Fazem isso assumindo valores que funcionam como “razões categóricas”, oponíveis contra qualquer um que pretendessem violá-los, sejam esses, indivíduos ou Estado. Como dizem Atienza e Manero (1996, p. 18) “os princípios em sentido estrito não tratam de ordenar a concorrência de interesses, nem de promover uns ou outros interesses sociais, mas buscam evitar que a persecução de interesses que promovam danos aos sobreditos valores”. As diretrizes, por sua vez, têm uma natureza positiva, prestacional. Orientam os órgãos estatais na obtenção de um estado de coisas na maior medida possível e da forma mais eficiente, vale dizer, respeitando outras normas do sistema e com o menor sacrifício de outros fins.

Na visão desses autores, a função diretiva dos princípios enseja situações de tensão entre eles, o que seria resolvido, ponderando-os. Essa constatação esbarra em um pressuposto importante da Teoria dos Enunciados Jurídicos. Para Atienza e Manero (1996), os princípios em sentido estrito não admitem uma graduação, vale dizer que, ao colidirem com outros princípios em sentido estrito, consideradas as circunstâncias fáticas e normativas do caso, um deles será integralmente excepcionado para que o outro tenha seu cumprimento pleno. Já as diretrizes admitiriam uma graduação, permitindo serem atendidas na maior medida possível, após consideradas demais diretrizes que venham a ser afetadas e princípios em sentido estrito que venham a ser confrontados⁴⁵.

Este último ponto revela uma outra ideia da Teoria dos Enunciados, de Atienza e Manero (1996). Diante da colisão entre um princípio em sentido estrito e uma

demonstram reconhecer a função diretiva desempenhada pelos princípios no exercício da função social do Direito.

⁴⁵ A impossibilidade de os princípios em sentido estrito serem atendidos em diferentes graus, defendida por Atienza e Manero (1996 e 2000), diferem da visão de Robert Alexy. Para Alexy (2017, p. 85 a 91), os princípios – sem mencionar a distinção proposta por Atienza e Manero (1996 e 2014) entre princípios em sentido estrito e diretrizes - consistiriam em “mandamentos de otimização”, no sentido de admitirem (e exigirem), em situação de colisão com outros princípios

– em um processo de ponderação - seu cumprimento na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas do caso. Atienza e Manero (1996, p. 8 a 11 e 37 a 44) manifestam expressamente sua discordância com a visão de Robert Alexy, afirmando que o autor alemão defenderia uma visão “distorcida” dos princípios como mandamentos de otimização, pois para eles, como visto, esta possibilidade só caberia em relação às diretrizes, não aos princípios em sentido estrito.

diretriz, o primeiro deve prevalecer. Segundo Atienza e Manero (1996, p. 14 a 15), os princípios em sentido estrito, ao cumprir a tarefa de articulação de interesses e controle do poder, funcionam como “razões de correção”, impondo limites ao exercício e persecução de interesses coletivos, evocados pelas diretrizes. Essa posição de prevalência dos princípios em sentido estrito em relação às diretrizes, reconhecendo naquela espécie de princípios a última palavra - razão que, inclusive, fez com que Atienza e Manero (1996, p.14) lhes dessem a alcunha também de “razões últimas”- foi relativizada pelos autores, em *“Ilicitos Atípicos”*. Atienza e Manero (2000), ao cuidarem da temática do Abuso de Direito – que será abordada em capítulo à frente -, afirmam que a evocação do princípio (em sentido estrito) da autonomia da vontade não seria suficiente para sustentar condutas que reconhecidamente gerassem danos excessivos a interesses coletivos. Buscando harmonizar essa ideia com a prevalência dos princípios em sentido estrito sobre as diretrizes, Atienza e Manero (2000, p. 56) dizem que não se estaria admitindo a superioridade das diretrizes nesses casos, mas que o princípio (em sentido estrito) da autonomia, na verdade, estar-se-ia colidindo não com uma diretriz, mas com um princípio em sentido estrito, cujo enunciado parece revelar que seria imprescindível à “existência de uma sociedade minimamente equitativa” o reconhecimento de limites ao exercício da autonomia da vontade⁴⁶.

Para Atienza e Manero (1996 e 2000), a ponderação de princípios (leia-se: a ponderação entre princípios em sentido estrito; entre diretrizes; e entre princípios em sentido estrito e diretrizes) poderá gerar uma regra. Essa ideia vale tanto para a ponderação realizada no ambiente de produção legislativa (do Poder Legislativo e Administração), onde o resultado será a publicação leis e normas infralegais, cujos dispositivos teriam princípios em sentido estrito e diretrizes sustentando-os, como também alcança a ponderação realizada pela autoridade decisora (Poder Judiciário e Administração), cuja decisão revelará um regra nova que, a depender do alcance

⁴⁶Atienza (2010a) relativiza mais ainda essa diferença, afirmando que a concepção de que os princípios estariam divididos em diretrizes e princípios em sentido estrito se aproxima muito da concepção de Alexy (2017), mas ofereceria vantagens em termos da prática argumentativa que acabariam reforçando a própria concepção do autor alemão. Atienza (2010a, p.52) admite textualmente que “a prevalência em favor dos princípios em sentido estrito não pode ser absoluta, de modo que as razões das diretrizes podem, em alguns casos, ter força superior aos emanados pelos princípios em sentido estrito”.

vinculatório, teria que ser observada pelos destinatários em condutas futuras semelhantes^{47 e 48}.

A possibilidade da produção de regras como resultado de um processo ponderativo, na visão de Atienza e Manero (1996), revelaria uma dimensão legitimadora e justificadora dos princípios (aos olhos deste pesquisador, inerente à função diretiva) que estariam simbioticamente ligadas ao controle do poder estatal, como duas faces de uma mesma realidade. A ideia de que a produção de regras pressupõe uma ponderação prévia, por parte do conformador – parlamento, judiciário ou Administração - entre os inúmeros princípios envolvidos na matéria, sustentam a afirmação – feita também por Atienza e Manero (2000)⁴⁹ - de que os princípios serviriam como justificção para as regras, de modo que aqueles seriam subjacentes a estas⁵⁰.

Portanto, tanto no âmbito da produção legislativa, como na aplicação do Direito, os princípios exerceriam uma função justificadora das regras ali produzidas. Dito de outra maneira, os princípios estariam legitimando a atuação de órgãos estatais (Legislativo, Judiciário e Administração), materializada – essa atuação – pelas regras emanadas por eles. Entretanto, a partir das ideias de Atienza e Manero (1996), tem-se que essa atuação legitimadora funcionaria, vista sob outra perspectiva, como controladora daquele mesmo poder estatal, na medida em que, primeiro, estabelece limites às regras por produzidas pelos órgãos estatais e, num segundo momento, vincula suas decisões futuras.

Ponto importante que, embora seja consagrado no pensamento jurídico contemporâneo, não custa ser reforçado diz respeito a um pressuposto por trás da ideia da

⁴⁷ A possibilidade de os princípios transformarem-se em regras, como resultado de uma ponderação, vinculando condutas futuras foi tratado por Atienza e Manero (1996, p. 21, 43 e 44) como “força expansiva” dos princípios.

⁴⁸ Essa ideia parece se aproximar da concepção alexyana de “norma atribuída” (ALEXY, 2017, p. 98, 99, 102 *et passim*).

⁴⁹ Em “*Ilícitos Atípicos*”, os autores não cuidam da discussão em torno do enlace entre a função justificadora dos princípios e o controle do poder estatal.

⁵⁰ Neste ponto, Atienza e Manero (1996 e 2000) se aproximam de Alexy (2017, p. 105 a 110). Para o autor alemão, as regras são justificadas por princípios que lhes são subjacentes, desta forma, a tensão entre regras, por vezes, pode revelar a colisão entre princípios, que se resolveria por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, a bem da verdade, consiste, a grosso modo, em uma proposta de raciocínio, metodologicamente orientado, desenhado para o decisor. É composto por três etapas, denominadas por Alexy (2017) de “subprincípios” ou “máximas”, a saber: adequação, necessidade e ponderação (esta última também conhecida por sopesamento, balanceamento ou proporcionalidade em sentido estrito).

função legitimadora dos princípios e a questão da colisão. Veja. No contexto de uma lide (judicial ou administrativa), quando o julgador entende pela preferência de um princípio em relação a outro – sendo ambos da mesma estatura - não significa que o princípio “perdedor” estaria banido da ordem jurídica ou então condenado *ad eternum* a ser relativizado, sempre que colidisse com o princípio vencedor. Não é disso que se trata, mas sim que, para aquele caso e eventuais situações análogas (com premissas normativas e fáticas semelhantes ao caso julgado), o princípio perdedor não poderá ser aplicado. Essa é uma ideia implícita na teoria de Atienza e Manero (1996 e 2000) e claramente enfrentada por Alexy (2017, p. 93-97) que, inclusive, batiza essa preferência de “precedência condicionada”⁵¹, isto é, uma ordenação entre os princípios em colisão que só ocorrerá sob as condições do caso analisado. Pensar diferente estar-se-ia, pela via jurisprudencial, condenando princípios a uma relativização ou superioridade *in abstracto*, o que não parece ser condizente com o paradigma do Estado Constitucional.

Tratado dos princípios, passa-se ao detalhamento das espécies de regras, que como visto, dividem-se em regras de ação e regras de fim.

No que diz respeito às estruturas das regras, a partir das ideias de Atienza e Manero (1996 e 2000), pode-se dizer que as regras de fim definem objetivos a serem alcançados (estado de coisas) e deixam aos destinatários da norma a escolha dos meios para atingi-los. As regras de fim são normalmente sustentadas por diretrizes, na verdade, pode-se dizer que as regras de fim densificam, materializam o conteúdo programático das diretrizes subjacente a elas. Justamente por isso, são mais fechadas que as diretrizes tanto quanto ao antecedente, como em relação ao consequente (objetivos a serem atingidos). Entretanto, assim como as diretrizes, deixa para o destinatário da norma a escolha dos meios necessários ao atingimento dos objetivos. Aproveitando os exemplos dado em linhas acima para as diretrizes, pode-se dizer que regras fim seriam aquela que, e.g., estabelecem que, dentro de um ano, o analfabetismo no país deverá reduzir em, pelo menos, 20% (densificando a diretriz que prescreve a redução da taxa de analfabetismo); ou ainda a regra que determina o aumento do número de vagas nos cursos de engenharia agrícola e veterinária das universidades públicas federais do centro-oeste do país (densificando a diretriz que prescrevia o fomento à pesquisa e o desenvolvimento científico regional); por fim, a regra que autoriza que o prefeito regule a utilização dos

⁵¹Ou “preferência condicionada”.

estacionamentos públicos de sua cidade (densificando a diretriz que prescreve a boa mobilidade urbana dos municípios).

O cumprimento ou não de uma regra de fim dependerá do atingimento de seu objetivo, portanto, pressupõe cotejamento entre as consequências produzidas pela regra, os meios escolhidos e a teleologia da norma. Quanto aos meios escolhidos, pode-se ter, por exemplo: o ato que determine o aumento de verbas para a ampliação de estabelecimentos de educação básica; o ato que determine o funcionamento de um terceiro turno nos curso de engenharia agrícola e veterinária das universidades públicas federais do centro-oeste do país; ou a expedição de portaria municipal, interditando locais até então utilizados como estacionamentos públicos, que foram diagnosticados como prejudiciais à transitabilidade de veículos. A partir de Atienza e Manero (2000), é possível dizer que os atos que materializam os meios que contribuiriam ao alcance dos objetivos das regras de fim seriam, na verdade, regras de ação. Mas isso não significa que as funções das regras de ação se resumiriam a esse papel.

As regras de ação seriam, na visão de Atienza e Manero (1996, p. 7) “o tipo mais comum” das regras, cuja estrutura contaria com uma condição de aplicação (antecedente), um operador deôntico (obrigação, proibição ou permissão) e uma solução (consequente), estabelecidas de maneira bem definida, se comprada às regras de fim. O consequente dessa espécie de regra não tem um objetivo (estado de coisas) a ser alcançado, como ocorre com as regras de fim, mas constitui-se em ações que independem de um resultado a ser alcançado. Exemplificando com disposições da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g), as regras de ação são normas como: a do Inc I, do Art 48, que prevê que as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação serão desclassificadas (regra de obrigação); a do *caput*, do Art 41, que diz que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” (regra de proibição); a do §4º, desse mesmo dispositivo que diz que “a inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes”; a do Art 45, que diz que os agentes responsáveis pelo certame devem-se ater “aos critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”(regra de obrigação); a primeira parte do §3º, do Art 43, que diz que “é facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo” (regra de permissão); e a última parte desse mesmo dispositivo que torna

“vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta” (regra de proibição).

Note que não há que se falar em fins a serem atingidos ou coisa que o valha, mas tão somente se, uma vez ocorrida a hipótese do antecedente (o FO), opera-se o conseqüente (a CN) e o movimento da norma acaba aí.

Enquanto as regras de fim são normalmente sustentadas por diretrizes, as regras de ação têm princípios em sentido estrito subjacentes a elas. Tomando como exemplo o sobredito Art 48, Inc I, da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g), - “as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação serão desclassificadas” - é possível dizer que os princípios que sustentam essa regra de ação são os da segurança jurídica (de licitantes e Administração), isonomia (entre os licitantes), ambos tratados pelo TCU como princípio da “vinculação ao instrumento convocatório” ou da “estrita legalidade”.

Claro que, como alerta Atienza e Manero (2000), as regras de ação nem sempre são claras, como as dos exemplos retromencionados. É possível que a estrutura da regra de ação comporte, seja no conseqüente, seja no antecedente, expressões denotativamente vagas, ou seja, conceitos jurídicos indeterminados, que dificultem identificar a forma adequada de cumprir a regra. Entretanto, essa dificuldade apresentada pela norma não lhe retira da categoria de regras de ação, segundo Atienza e Manero (2000).

Há ainda uma outra classificação dentro da categoria das normas regulativas, utilizadas por Atienza e Manero (1996 e 2000), que se mostra importante para os fins desta pesquisa. Diz respeito à classificação das normas regulativas, quanto ao seu valor deôntico, neste sentido, existiriam as classes que eles chamam de “normas de mandato”, que englobaria as normas de obrigação e proibição, e a classe das normas de permissão que constituiria uma categoria à parte.

A classificação das normas como mandato e permissão permeia toda a categoria das normas regulativas, de forma que haverá princípios (em sentido estrito ou diretriz) e regras (de ação ou de fim) que poderão ser tanto de mandato ou permissão, a depender do valor deôntico que carrega em sua estrutura.

Quanto às normas de permissão, há alguns pontos a destacar. Atienza e Manero (1996) afirmam que a questão da necessidade ou não desse tipo de norma na ordem jurídica das nações seria um dos problemas mais debatidos dentro da teoria do Direito. Os autores entendem que todas as condutas que não estivessem alcançadas pelas

normas de mandato – obrigações e proibições – estariam permitidas, em função da máxima, inerente ao Estado Constitucional de Direito, que corresponde ao princípio da autonomia da vontade⁵². Desta forma, em termos práticos, as normas de permissão, *a priori*, não teriam relevância jurídica, se considerado que a função do Direito seria guiar, por meio de normas, as condutas dos sujeitos sociais, articulando os diversos interesses contrapostos e controlando as interferências estatais. Para que permitir algo que não estaria proibido?

Para responder esta indagação, Atienza e Manero (1996) dão um passo a trás e tentam identificar as razões que levariam um determinado sistema jurídico a não facultar, por meio de regras, uma conduta “C”. A razão que pode interessar a essa pesquisa seria aquela que leva em consideração o momento (cronológico) em que se publica a regra. Nesse sentido, pode-se entender não ser necessária uma regra de permissão, no momento vivido, porque as interpretações consagradas até então das regras de mandato (obrigação e proibição), presentes no sistema, não teriam potencial para afetar a conduta “C”; ou não haveria a possibilidade de uma autoridade (legislativa, judicial ou administrativa) introduzir uma nova regra proibindo ou obrigando a conduta “C”.

Do exposto, Atienza e Manero (1996, p. 106) entendem que a necessidade ou não de uma regra que permita expressamente a conduta “C” passa necessariamente por uma análise no “momento temporal” vivido em um dado “sistema jurídico”. Neste sentido, os autores entendem que as regras de permissão seriam necessárias, caso a faculdade para adotar a conduta “C” pudesse vir a ser afetada pelo advento de interpretações divergentes da, até então, consagrada ou pela introdução de regras de mandato com potencial para afetar a permissão.

Neste contexto, a partir das ideias de Atienza e Manero (1996), é possível dizer que a natureza dessas regras de permissão pode vir na forma de “definições”⁵³ ou regras expressas de proibição (ambas podendo ser construídas, tanto pela via legislativa – Legislativo e Administração – como jurisprudencialmente – Judiciário ou Administração). Para ilustrar a hipótese das “definições”, utiliza-se o exemplo trazido por

⁵²No caso do Brasil, densificados nos Art 1º, Art 5º, II e Art 170, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 2019a).

⁵³A “definição” corresponde, dentro da Teoria dos Enunciados Jurídicos, de Atienza e Manero (1996), a uma categoria de enunciado que não faz parte dos “enunciados que expressam normas” onde estão incluídas as “normas regulativas” – tema desta seção. Elas fazem parte da categoria dos “enunciados de caráter não prático”.

Atienza e Manero (1996, p. 107). Trata-se do caso da regra de proibição, já existente no sistema, que proibia “atos indecorosos” nas praias. A dúvida que surgiu, após certo tempo de vigência da regra, era se o *top-less* estaria incluído dentro do conceito (jurídico indeterminado) de “atos indecorosos”. Diante desta questão, uma disposição definidora - que poderia ser jurisprudencial ou legislada - veio a esclarecer o que seria o “ato indecoroso”, deixando claro que o *top-less* não se incluía neste conceito.

Há de se destacar algumas coisas, a partir desse exemplo. Veja. Valendo-se da terminologia de MacCormick (2008), tem-se que o conceito jurídico indeterminado “atos indecorosos” constitui o Fato Operativo (FO) da regra. Portanto, se a disposição definidora for uma regra jurisprudencial, pode-se dizer que o decisor, ao julgar caso concreto, extraindo o *top-less* do Fato Operativo (FO), diminui jurisprudencialmente o alcance da regra legislada. Em capítulo à frente, será visto que esse tipo de operação se dá por meio do que MacCormick (2008) denomina de argumentação de exceção (ou *defeasibility*), que pode tanto arguir a inclusão, como a exclusão de uma conduta do FO da regra. Indo mais além, tem-se que o julgador, ao retirar o *top-less* do FO, estaria, na prática, formulando uma “regra de permissão jurisprudencial”, na medida que autorizaria, a partir dos termos da sua decisão, essa prática nas praias.

Para ilustrar a segunda hipótese (permissão via regras expressas de proibição), os autores trazem o caso em que não haveria nenhuma regra que proibisse o *top-less* nas praias, portanto esta seria uma conduta autorizada, em face da máxima da autonomia da vontade (tudo o que não é proibido é permitido). Todavia, surgem rumores de que autoridades locais pretenderiam proibir que as mulheres fizessem *top-less* nas praias. Para garantir a prática, entra em vigor uma regra que veda expressamente a promulgação de qualquer norma que cerceie a prática de *top-less*. Ou seja, uma regra de proibição, com efeitos de permissão. Em sentido inverso desta segunda hipótese, há a possibilidade de uma regra de permissão revelar um conteúdo proibitório. É o caso trazido por Atienza e Manero (1996, p. 107), em que, para assegurar o *top-less*, diante dos rumores de introdução de uma regra, por parte de autoridades locais, que tornaria ilegal esta prática, o Parlamento publica regra permitindo expressamente o *top-less*. Portanto, seria uma regra de permissão que, em termos pragmáticos, proibiria a atuação das autoridades locais em sentido contrário.

Em complemento às colocações de Atienza e Manero (1996), há de se ressaltar que a relação entre as regras de proibição e obrigação também apresenta especificidades importantes para o presente estudo. Veja. Uma conduta vedada por uma

regra de proibição produz uma regra de obrigação em sentido contrário. Se é proibido estacionar em determinado local, isso significa que o condutor tem a obrigação de deixar aquele espaço livre, seja para outro veículo, seja para pedestres. Esta noção é importante para análise e avaliação das decisões selecionadas, procedida no último capítulo, especificamente em razão do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93 (Brasil,2019g)⁵⁴.

Feitas estas considerações sobre as normas regulativas, cabe agora abordar os principais aspectos dos enunciados não deônticos (enunciados/normas constitutivas).

1.2.1.2 Normas Constitutivas

Dentro das normas constitutivas, interessará a essa pesquisa somente a categoria das “regras que conferem poder”, compreendida dentro de uma perspectiva de atuação do Poder Público (essa categoria também se aplica às relações privadas, onde apresenta nuances que diferem dos interesses dessa pesquisa). Segundo Atienza e Manero (2000, p. 24), essas normas não teriam, propriamente, um valor deôntico, ou seja, “não mandam, proibem ou permitem realizar uma determinada ação ou alcançar um certo estado de coisas”. Mas dispõem que determinado agente terá poderes para efetuar determinadas ações, orientadas para atingir certos objetivos, diante de determinadas circunstâncias. A ausência de um valor deôntico conduziria à conclusão de que a norma que confere poder “não pode ser infringida, simplesmente pode ser bem ou mal usada”(ATIENZA e MANERO, 2000, p. 71).

Atienza e Manero (1996 e 2000) propõe que essa regra, da mesma forma que as demais categorias de normas, também teria uma estrutura condicional, na medida em que o poder só será reconhecido ao agente, se estiverem presentes condições dispostas no antecedente da regra (o FO). No Direito Administrativo, as normas que conferem poder estão sustentadas por diretrizes e, por influência destas, não estabelecem os meios pelos quais o poder será exercido e, por vezes, até os objetivos (Consequência Normativa – CN) e as condições (FO) não são fixados de forma clara, deixando isso a escolha do agente.

⁵⁴Art. 43 (...)

[...]

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Outro aspecto importante para os propósitos desta dissertação diz respeito à relação de aproximação entre as normas permissivas e as que conferem poder. Atienza e Manero (2000, p. 87) reconhecem que há situações em que “o conjunto de posições normativas [previstas em regras de permissão] em que se manifesta um direito subjetivo em sentido amplo podem formar parte poderes normativos [constituídos por uma norma que confere poder]”. Em face disso, Atienza e Manero (2000) entendem que haverá casos em que não existirá uma diferença essencial entre as regras de permissão e as normas que conferem poder.

A partir da compreensão dos aspectos apresentados da Teoria dos Enunciados Jurídicos dos autores espanhóis é possível concluir algumas coisas sobre a relação entre as categorias normativas e a problematização do processo de aplicação das regras. Sendo assim, a próxima seção se dedicou a essa abordagem.

1.2.2 As categorias normativas, seus níveis de problematização e o esforço argumentativo.

Assumindo-se os pressupostos teóricos consignados nas seções acima, foi possível, nesta seção, estabelecer com maior precisão a correspondência entre as categorias de normas, o nível de problematização e o esforço argumentativo necessário à problematização e imunização. Além disso, foi possível ainda identificar, com mais nitidez, os contornos de uma “regra legislada de mandato sem conceito jurídico indeterminado” e suas principais características.

Para que se alcance adequadamente as colocações a serem feitas nesta parte da pesquisa, a lide jurídica (judicial ou administrativa) deve ser compreendida como um campo de disputa em que os envolvidos formulam argumentos na busca por problematizar/atacar as premissas do processo silogístico que prejudicam seus interesses e, em outro sentido, procuram elaborar suas premissas de modo a imunizá-las/defendê-las contra ataques daqueles que delas discordem. Essa preocupação em problematizar/imunizar as premissas do processo não é exclusiva daquele que está sendo julgado ou do acusador, mas da própria autoridade julgadora que, como proposto por MacCormick (2008), poderá problematizar as premissas dispostas no caso, em busca da solução que entender mais adequada, segundo critérios de justiça, correção.

Nesse jogo de ataque e defesa, estão presentes as razões de problematização de MacCormick (2008) e Atienza (2017), tratadas em linhas anteriores. Embora tratadas

como razões de “problematização”, parece claro que o contexto de imunização e problematização podem se confundir. Isso ocorreria quando os envolvidos na lide se valem daquela velha máxima de que a melhor defesa é o ataque. Nessas situações, a imunização de premissas pode ser obtida, justamente atacando uma outra, valendo-se das “razões de problematização”. É o caso, por exemplo, em que a Unidade Técnica do TCU, vislumbrando eventuais discordâncias dos Ministros, dos advogados do acusado e outros, busca imunizar sua proposta de interpretação de uma regra, que se desvia do seu sentido ordinário, consignando, em seu parecer, argumentos que desconstroem, desaconselham a aplicação da regra com seu sentido mais imediato.

Feita essa breve ambientação, passa-se ao escopo desta seção que é demonstrar que as categorias normativas da Teoria dos Enunciados Jurídicos, assumidas nessa pesquisa, revelam níveis diferentes de suscetibilidade de problematização do processo aplicação dessas normas e que isso está relacionado ao esforço argumentativo de problematização, justificação e imunização. Veja.

Na visão de Atienza e Manero (1996), a tomada de condutas sustentadas sobre regras de fim e regras que conferem poder, exige uma avaliação prévia dos interesses potencialmente conflitantes, por parte daqueles que pretendam adotá-las – normalmente os órgãos da Administração encarregados de implantar políticas públicas. Serão essas pessoas que deverão avaliar as possíveis consequências e afetações das medidas que pretendem tomar em cumprimento às regras de fim, ponderando os eventuais princípios em colisão. Isto posto, combinando a visão de MacCormick (2008) e Atienza e Manero (1996), pode-se dizer que aqueles que tomam condutas, sustentados por essa categoria de regras, teriam que dispender um esforço argumentativo razoável para imunizar a aplicação que fez da regra contra eventuais problematizações ou justificar seu ato, caso ele venha a ser questionado.

As condutas sustentadas exclusivamente a partir de princípios em sentido estrito também exigem um esforço argumentativo de justificação/imunização, entretanto, em maior escala que as regras de fim e que conferem poder, sobretudo pela necessidade de densificação de seu conteúdo.

A mais complexa de todas será a argumentação relacionada às diretrizes, já que a abertura dessas normas marca tanto o antecedente, como o consequente. Diferente dos princípios em sentido estrito que possuem natureza negativa, vale dizer, têm função garantista de bloqueio a condutas tida por violadoras, que faz com que seu acionamento se dê diante de uma situação concreta já definida, as diretrizes têm natureza positiva.

Ademais, não se tem, nesta espécie de princípio, uma definição clara, *a priori*, dos objetivos e condições pretendidas pela norma. Portanto, as condutas tomadas a partir, exclusivamente, dessa categoria de norma exigirá um esforço argumentativo mais custoso para imunizar ou justificar a subsunção da norma à conduta, com todas as afetações e avaliação de consequências necessárias, se comparado às regras de fim, às regras que conferem poder e aos princípios em sentido estrito.

Atienza e Manero (1996, p. 13, 19 e 24) destacam que tanto as diretrizes, como os princípios em sentido estrito, podem estar implícitas no sistema. Nestes casos, o esforço argumentativo de imunização e justificação seria ainda mais complexo, pois, além de tudo o que foi dito, deverá ser apontado sua origem, delinear seus contornos e comprovar sua adequação às regras e princípios explícitos. Atienza e Manero (1996, p. 19) destacam que essa não é uma tarefa fácil e que se aproximaria de uma “análise ideológica do Direito”.

Já as regras de ação, nas palavras de Atienza e Manero (1996 p. 12 e 17 a 23), assumidas nesta pesquisa, constituem-se em uma “premissa peremptória” (ou “protegida”), dentro do processo silogístico, o que, segundo os autores espanhóis, significaria, dentro da perspectiva daquele que resolve adotar uma conduta a partir dessas normas, que a regra de ação permitiria seu cumprimento sem a necessidade de um balanço prévio de razões. Sob esta ótica, os indivíduos poderiam, à luz das regras de ação, conduzir seus planos de vida, sem que, a cada conduta que pretendessem tomar, precisassem avaliar possíveis consequências a interesses de terceiros, ponderando princípios justificadores da regra com outros princípios da ordem jurídica. Pelo menos, não na mesma medida que as regras de fim e regras que conferem poder.

Essa característica das regras de ação, na visão de Atienza e Manero (1996), revelam aos atores sociais que existiu uma ponderação *ex-ante*, por ocasião de sua elaboração, momento em que se considerou todos os possíveis interesses afetados, compilando-os nos deveres, proibições ou permissões dispostas expressamente na estrutura da regra. Se comparadas às demais categorias de normas, pode-se dizer que as regras de ação são menos suscetíveis a problematizações e, por conseguinte, exigem um esforço argumentativo menor para justificar as condutas tomadas a partir delas e, por outro lado, um esforço argumentativo maior para problematizá-las.

Entretanto, como visto, as regras de ação se dividem em regras de mandato (obrigação e proibição) e regras de permissão e o grau de suscetibilidade e esforço argumentativo é diferente para cada uma delas. Nesta esteira, temos que as regras de

permissão, embora pressuponham uma ponderação prévia durante sua elaboração, do que resultaria o estabelecimento de uma “esfera de não interferência” por parte de outros sujeitos sociais, aí incluídos os órgãos estatais, o grau de peremptoriedade – de proteção

- das regras de permissão pode ser menor - por vezes, bem menor – que as de mandato, a depender da sua forma de apresentação (de maneira expressa ou derivada de “definições” e regras de proibição).

Para Atienza e Manero (1996), a natureza peremptória das regras de ação simplificam o processo argumentativo. Colocado em outros termos, e retrabalhando especificamente a noção de regras de mandato, pode-se dizer, sob a perspectiva daquele que adota uma conduta, que o esforço argumentativo de justificação ou imunização é bem menor, se comparado às demais categorias. Do ponto de vista do acusador, temos que a problematização da subsunção da regra de ação à conduta exigirá um esforço argumentativo muito maior, se comparado aos casos que envolvem outras categorias de normas. Indo mais além e, de certa forma, adiantando um pouco do que está tratado no segundo capítulo dessa dissertação, pode-se dizer que as exigências constitucionais e infraconstitucionais de universalidade, de consistência, de coerência e de adequação das consequências exigirão que o julgador, caso opte por problematizar a aplicação de regra de mandato, retirando a conduta, sob julgamento, do Fato Operativo da regra, tornando-a ilícita, deverá envidar um esforço argumentativo bem maior, se comparado ao que dispensaria, se estivesse diante de uma regra de permissão, regra de fim, regras que conferem poder ou princípios.

Portanto, em resumo, a natureza peremptória das regras de mandato, se comparada as demais categorias, transmite uma sensação de segurança a aqueles que pretendam tomar condutas sustentadas sobre elas, na medida em que estariam menos suscetíveis de questionamentos futuros. Por outro lado, exigem um esforço argumentativo significativo daqueles que pretendam problematizar sua aplicação, sejam acusadores ou autoridades julgadoras.

Por óbvio, que a presença de conceitos jurídicos indeterminados na estrutura das regras de mandato diminui sensivelmente sua natureza peremptória, vale dizer, aumentam significativamente a suscetibilidade de problematização do processo silogístico e, por decorrência, reduzem o esforço argumentativo do julgador que pretenda condenar a conduta que tenha se sustentado em regras como essas. É o que ocorre, por exemplo, com as regras legisladas dispostas nos Inc II e V, do Art 24, da Lei 12462/11 (Brasil,2019l), que tratam do Regime Diferenciado de Licitações (RDC). Essas regras

estabelecem que “serão desclassificadas as propostas que: I- contenham vícios insanáveis [...] V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis”. O que seriam vícios insanáveis? Quais fatos concretos podem ser enquadrados neste Fato Operativo (FO) da regra?

Essas indagações demonstram possíveis “problemas de aferição” a serem levantadas por acusadores e julgadores. Passando ao largo das razões que podem levar a inserção desses conceitos jurídicos indeterminados na estrutura de uma regra, fato é que a expressão “vícios insanáveis” torna muito amplo o espectro de condutas possíveis do agente público encarregado pelo certame. Portanto, ainda que seja uma regra de mandato, o agente, ao não desclassificar uma proposta, por entender que o vício seja sanável, ou desclassificá-la, pelo motivo inverso, deve ter a noção de que seu ato de (des)classificação estará muito mais suscetível a futuros questionamentos, se comparado a uma regra de mandato que não contenha esses conceitos. Isto posto, a adoção de condutas sobre regras de mandato, como a do dispositivo citado, exigirá um significativo esforço argumentativo de imunização/justificação^{55e56}.

Portanto, é possível dizer que a categoria de norma menos suscetível de problematização seria a regra de mandato cuja estrutura não conta com conceitos jurídicos indeterminados. Interessante destacar que a origem parlamentar dessa categoria de regra potencializa ainda mais a imunização das condutas sustentadas sobre ela e o esforço argumentativo necessário para problematizar sua aplicação. Isso pode ser atribuído não só a princípios basilares do Estado de Direito, como a separação dos poderes e ao princípio democrático, que ofertam um reconhecimento institucional às normas produzidas pelas casas legislativas, mas também à facilidade que as regras legisladas têm em serem identificadas, num dado dispositivo legal, se comparadas à frequentes controvérsias quanto à definição da *ratio decidendi* de uma decisão. Exemplos dessas regras seriam, aos olhos desse pesquisador, aquelas dispostas nos multicitados: *caput* e

§4º, do Art 41; parte final do §3º, do Art 43; *caput* do Art 45; e Inc I, do 48, todos da Lei

⁵⁵ Cabe destacar que não se trata aqui de margem e autonomia pública, valendo-se da terminologia de Saddy (2014 e 2016), já que a decisão pela insanabilidade ou não do vício não se subordina a aspectos de conveniência e oportunidade.

⁵⁶Os argumentos a serem utilizados pelo agente poderão se apoiar em precedentes, doutrina e outros. No segundo capítulo será tratado-se dos argumentos normalmente utilizados neste esforço de imunização/justificação.

8666/93. Foi por essa razão que vemos nos referindo a essas regras como “regras legisladas de mandato sem conceito jurídico indeterminado”.

Com essas colocações, acredita-se ser possível ingressar na delimitação do contexto e dos elementos argumentativos dos “casos de excessivo rigor”.

1.3 O CONTEXTO E OS ELEMENTOS ARGUMENTATIVOS DAS DECISÕES SELECIONADAS, A PARTIR DO AC 2463/08 E DO AC 3381/13.

Compreender a essência dos AC 2463/08 (Brasil, 2016a) e AC 3381/13 (Brasil, 2016b) é fundamental para fixar os limites propostos do que vemos denominando de “casos de excessivo rigor”. Este será o objetivo da presente seção.

Esses dois acórdãos julgaram Representações, formuladas por empresas licitantes inconformadas com a saída do certame⁵⁷. As decisões pela inabilitação/desclassificação foram exaradas pelos agentes responsáveis pela condução do certame, sob argumento das empresas terem descumprido as regras do Edital. As empresas não questionam as exigências do Edital e até admitem que não lhe deram fiel cumprimento, mas contestam a retirada da disputa, por entender que a cobrança de cumprimento das regras do certame não poderia ser tão rigorosa. Em ambos os casos, a Corte não questiona a licitude nem a clareza das regras do instrumento convocatório e reconhece que as empresas, de fato, falharam no seu cumprimento, todavia, considerando que elas apresentaram a oferta de preço mais vantajosa, não poderiam, na perspectiva do TCU, terem sido retiradas da disputa da maneira como foram.

Note que a conduta tomada pelos agentes (retirada das licitantes da disputa), estaria sustentado pelo sentido mais imediato das regras dispostas nos Art 41, *caput* e §4º; Art 45, *caput*; e 48, Inc I, tudo da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g). E isso também foi reconhecido pelo Plenário do TCU. Entretanto, a Corte evocou uma interpretação mais

⁵⁷No caso do AC 2463/08, a empresa foi inabilitada e no AC 3381/13, desclassificada. Ainda que se perceba uma certa atecnia no uso dessas expressões na prática administrativa e até em acórdãos do TCU, à luz da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g), elas têm significados diferentes. A “desclassificação” diz respeito à proposta do licitante que é excluída da disputa (desclassificada), por não atender a exigências do Edital. A “inabilitação”, por seu turno, diz respeito à pessoa do licitante, que não reuniu condições suficientes para atender o objeto da licitação – ou não comprovou adequadamente reunir tais condições. A inabilitação pode ser relativa à capacidade técnica, jurídica ou econômico-financeira da licitante. De toda sorte, a expressão “retirada da disputa” (ou similares) é genérica, portanto, pode se referir tanto à desclassificação como a inabilitação.

moderada dos dispositivos, em observância a princípios do Direito, associados a uma análise de consequências, como o risco de se contratar preços menos vantajosos.

As Unidades Técnicas que instruíram os processos propuseram, nos dois acórdãos, a aplicação de multa aos agentes envolvidos na condução do certame, entretanto, o Plenário, apesar de reconhecer a reprovabilidade da conduta, decidiu pelo não sancionamento. No AC 2463/08, o argumento empregado para afastar a punição foi no sentido de que o agente “se amparou na legislação, nas exigências editalícias e em pareceres técnicos” e de que não houve a configuração de dano ao Erário, pois o pregão foi revogado (ainda que em função da atuação da Corte). No AC 3381/13, o argumento do Plenário foi de “que nenhuma despesa indevida se materializou, dada a atuação preventiva deste [daquele] Tribunal”.

Note-se que o TCU enquadrando a conduta dos agentes como irregular⁵⁸. Portanto, ainda que não tenham penalizado os agentes, esse risco não está afastado em casos futuros em relação a outros agentes, já que, apesar dos acórdãos só terem efeito vinculante para as partes envolvidas (portanto, apenas persuasivo perante agentes públicos e particulares estranhos aos casos julgados), na prática, o que se observa, como já dito em linha anteriores, é um efeito dessas deliberações para além dos envolvidos, na medida em que a Corte utiliza entendimentos consignados, em acórdãos pretéritos, para julgar casos presentes análogos, envolvendo terceiros.

Há ainda um outro ponto interessante tratados pelos dois acórdãos. O Relator do AC 3381/13, cujo voto foi plenamente acolhido pela Corte, disse que as regras dispostas no Art 41, da Lei 8666/93, “devem ser entendidas como prerrogativas do poder público, que deverão ser exercidas mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles, o da seleção da proposta mais vantajosa

⁵⁸As hipóteses de irregularidades estão dispostas no Art 16, da Lei 8443/92 (Brasil, 2019f).

Art. 16. As contas serão julgadas:

[...]

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas.

para a administração[*sic*]” (Brasil, 2016b, p. 9). Indo mais além, o Relator consigna que “no caso, portanto, caberia ao pregoeiro utilizar-se, zelosamente, da possibilidade de encaminhar diligência às licitantes (art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993), a fim de suprir as lacunas quanto às informações dos equipamentos ofertados, medida simples que poderia ter oportunizado a obtenção de proposta mais vantajosa” (BRASIL, 2016b, p. 9) Original sem destaques. O Revisor do AC 2463/08, após transcrever o Art 43, §3º, da Lei nº 8.666/1993, diz que:

“[...] poderia o Pregoeiro ter adotado medidas no sentido de possibilitar a habilitação das empresas [] antes de se decidir em definitivo pela inabilitação das mesmas, tendo em vista que os preços ofertados pelas referidas empresas eram mais vantajosos para a administração. No entanto, não se pode afirmar que, se promovidas diligências ou adiamento da apresentação dos documentos pendentes, as empresas restariam aptas a serem contratadas” (BRASIL, 2016a, p. 16).Original sem destaques (BRASIL, 2016b, p. 9).

A “diligência” destacada nos excertos consta da parte inicial do §3º, do Art 43 ⁵⁹, que, a partir da literalidade da regra, tem caráter facultativo. Nos termos colocados no AC 3381/13, estaria o Relator mudando a natureza deôntica da parte inicial da regra do §3º, do Art 43, de facultativa para obrigatória? E como fica, aos olhos da Corte, o cumprimento da parte final daquele dispositivo que veda “a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”? No AC 3381/13, o licitante retirado da disputa deixou de informar, em sua proposta, a marca e o modelo do produto que estava ofertando, exigência obrigatória do Edital e autorizada pelo ordenamento⁶⁰. Autorizar que o licitante repare sua proposta, incluindo a informação de marca e modelo não estaria proibido pela mencionada parte final da regra do §3º, Art 43

⁵⁹ “Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
[...]

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”.

⁶⁰ Cabe aqui um breve esclarecimento, quanto à exigência de marca/modelo, para os leitores que, por ventura, não tenham familiaridade com o ambiente licitatório. O Art 7º, § 5º e 15, §7º, ambos da Lei 8666/93, proíbem que a Administração especifique a marca do produto a ser adquirido, salvo em situações específicas, tecnicamente justificáveis. A ideia é ampliar a competitividade e evitar favorecimentos. Por outro lado, é permitido, e até recomendado, que a Administração exija que o licitante inclua a marca do produto ofertado, como forma de evitar que ele proponha um produto da marca “X” e entregue outro, talvez inferior. É da exigência de se informar a marca/modelo na proposta que se está a tratar aqui.

ou esse tipo de reparação, na visão daqueles ministros, não seria “classificada”⁶¹ como “documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”, condição de aplicação (o FO) da regra de proibição, da parte final do dispositivo em tela? Qual o critério utilizado pelos acórdãos para definir que falhas se enquadram na regra final do §3º, Art 43, da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g)? O agente não poderia vir a ser responsabilizado por favorecimento, caso permita o saneamento de falhas por licitantes que descumprirem o Edital? Qual seria o critério, para o TCU, que definira o limite entre o favorecimento e a ampliação da competitividade?

Não é possível responder nenhuma dessas perguntas a partir das disposições consignadas no AC 2463/08 e 3381/13. As indagações em aberto dão espaço para que se questione ainda se as decisões estão justificadas racionalmente quanto aos critérios da universalidade, consistência, coerência e adequação das consequências, afinal, as Decisões, sem maiores explicações, problematizaram a aplicação de “regras legisladas de mandato sem conceitos jurídicos indeterminados”, substituindo-as por regra jurisprudencial com conceitos vagos e imprecisos. Em outras palavras, há de se perguntar se as razões argumentativamente articuladas para construir o entendimento desta regra jurisprudencial equilibra-se com o ideal da previsibilidade.

Na busca por dar respostas a essas indagações, pelo menos em relação aos acórdãos mais recentes, foram selecionadas decisões do TCU que empregaram o argumento do “excessivo rigor” e “formalismo moderado” e construções similares, no mesmo contexto e com a presença dos mesmos elementos argumentativos dos Acórdãos 2463/08 e 3381/13. Quais sejam:

Contexto:

- a) Disputa licitatória, visando a contratação de particular (pessoa física ou jurídica), pela Administração, para a realização de obras, bens ou serviços, mediante contraprestação pecuniária, ou seja, uma contratação administrativa; e
- b) As expressões “excessivo rigor”, “formalismo moderado” ou similares utilizadas para se referir a conduta de agentes públicos.

Elementos argumentativos:

⁶¹ Referência ao “problema de classificação”.

- a) Existe uma acusação que registra a retirada de licitante da disputa, por decisão de agentes públicos encarregados do certame, sob o argumento de violar regra editalícia;
- b) É indiferente para a pesquisa a origem da acusação (denúncia, representação formulada pelo licitante prejudicado, Ministério Público, Unidade Técnica, outros);
- c) A Corte, ao julgar o caso, reconhece que: 1) de fato, houve violação da regra do Edital, por parte da licitante; 2) a regra editalícia violada era clara, não dava margem a dúvidas sobre o que exigia do licitante; e 3) a regra do Edital é lícita;
- d) A acusação não contesta a licitude da regra do edital;
- e) A regra que sustentaria, *prima facie*, a retirada dos licitantes da disputa é uma “regra legislada de mandato sem conceito jurídico indeterminado”.

Além do contexto e dos elementos argumentativos ora fixados, há ainda um aspecto taxonômico que é bom ficar bem esclarecido. Por tudo o que foi exposto até aqui, parece ter ficado evidente que os “casos de excessivo rigor” são “casos problemáticos” (casos difíceis). É importante ressaltar isso, pois as preocupações teóricas que orientaram o segundo e terceiro capítulos dessa dissertação, concentraram-se exclusivamente em casos problemáticos.

Passa-se à seleção das decisões.

1.4 SELEÇÃO DAS DECISÕES

Antes de iniciar, cabe informar que todos os resultados obtidos nas três etapas de seleção foram compilados na “Relação das Decisões Capturadas” que pode ser encontrada ao final desta seção.

A aplicação da Expressão de Busca na base de dados jurisprudenciais do TCU (PortalTCU, 2019), nos termos, recortes e condições descritas na Introdução dessa dissertação (primeira etapa), retornou um total de 29 (vinte e nove) decisões.

Partindo-se para a segunda etapa da seleção, identificou-se 06 (seis) decisões fora do contexto (Decisões nº 1, 2, 3, 6, 12 e 24), 02 (duas) fora dos limites do recorte processual (Decisões nº 23 e 29) e 01 (uma), cujo arquivo encontrava-se corrompido, inviabilizando sua análise e avaliação (Decisão nº 11). Perfazendo-se, portanto, um total de 09 (nove) decisões excluídas nessa segunda etapa, restando, 20 decisões para serem descritas, o que pareceu uma quantidade exequível, considerando a capacidade operacional deste pesquisador e os objetivos pretendidos pela dissertação.

Na terceira etapa, cada Decisão selecionada foi fichada, levando-se em consideração as premissas fáticas e normativas que guardam relação com os fins deste trabalho. A fonte dessas premissas foi a parte dispositiva da Decisão, ou seja, passagens do voto condutor (também do revisor e divergentes, quando foi o caso) que foram acolhidas pelo Plenário da Corte, além da própria decisão do Plenário (o Acórdão, propriamente dito).

Eventualmente, quando os Ministros anunciaram a incorporação dos posicionamentos da Unidade Técnica (reproduzidos no relatório da decisão) à suas razões de decidir, algumas premissas fáticas ou normativas foram extraídas de lá como fonte da descrição. De toda sorte, sempre que isso ocorreu, foi destacadamente anunciado por este pesquisador.

Por vezes, quando ocorreu a necessidade de transcrever trechos da Decisão, foi feita menção à parte de onde o trecho foi extraído e a paginação dada pelo TCU, exemplo, “Relatório, p. 5”, “Voto do Relator, p. 20”, “Acórdão, p.30”.

De modo a minimizar a personalização do caso, optou-se por ocultar o nome dos licitantes (pessoa jurídica), de seus quadros de funcionários, bem como agentes públicos, cuja conduta esteja em julgamento. As referências a nomes foram substituídas pelo substantivo comum que os representa (exemplos, “agente”, “empresa”, “licitante”, “Representante”, etc) ou o pelo uso de iniciais. Nos casos sem que os nomes ocorreram em transcrições de trechos da Decisão, os nomes foram substituídos por essas mesmas expressões dentro de colchetes, por exemplo, [agente], [empresa], [licitante], [Representante], etc.

De forma a manter a indexação com a Relação das Decisões Capturadas, foram feitas as referências ao número de ordem da decisão dentro daquela tabela.

Os fichamentos estão apenas à dissertação (ver Relação de Apêndices). Da leitura deles, percebe-se que, nas Decisões de nº 4 e 18, a Corte entendeu haver dúvida razoável com relação ao sentido da norma editalícia, portanto não possuindo o elemento

argumentativo do n° 2, da letra “c”. Nas Decisões de n° 5, 20, 25 e 28 a Corte não reconheceu haver violação da regra do Edital, por parte da licitante, portanto não possuindo o elemento argumentativo do n° 1, da letra “c”. Na Decisão n° 13, o Denunciante questiona disposições do Edital que estabeleceriam, em sua opinião, “requisitos de habilitação excessivamente rigorosos” que restringiriam o caráter competitivo. Portanto, a acusação não atende ao elemento argumentativo da letra “d”, uma vez que o Denunciante questiona a própria licitude da regra, em face do princípio da competitividade. A Decisão n° 8, embora cuide de caso que atende ao contexto e elementos argumentativos estabelecidos, não teve seu mérito julgado, o que inviabiliza sua análise/avaliação. Nas Decisões de n° 9, 21, 22 e 27, a discussão girou em torno do conceito jurídico indeterminado “vício insanável”, presente na estrutura da regra disposta no Art 24, Inc I e V, da Lei 12462/11 (Brasil, 2019l)⁶², o que não atende ao elemento argumentativo da letra “e”. A Decisão n° 14 discute o conceito jurídico indeterminado “preços manifestamente inexequíveis”, do Art 48, Inc II, da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g)⁶³, portanto também não atende ao elemento argumentativo da letra “e”. A Decisão n° 19 discute o cumprimento ou não de regra jurisprudencial que entende como obrigatória a diligência prevista na regra de permissão do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g), portanto, não atende ao elemento argumentativo da letra “e”.

As Decisões n° 10 e 15 referem-se, respectivamente, ao julgamento de mérito e cautelar do mesmo caso. Ambas não foram aproveitadas por discutirem se normas do Edital e determinadas condutas na fase de lances do certame, adotadas pela pregoeira, configurariam o uso adequado das “regras que conferem poderes”, dispostas no Decreto 5450/05 (Brasil, 2019b)⁶⁴, o que não atende ao elemento argumentativo da letra “e”.

⁶² Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contenham vícios insanáveis;

[...]

V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.

⁶³ Art. 48. Serão desclassificadas:

[...]

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, 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.

⁶⁴ A exemplo do Art. 11, que estabelece:

Com isso, tem-se um total de 16 (dezesesseis) decisões excluídas nesta terceira etapa de seleção, restando um total de 4 (quatro) decisões analisadas/avaliadas no último capítulo da dissertação. São elas as Decisões de nº 7, 16, 17 e 26. Considerando que os precedentes mencionados nessas decisões também precisaram ser analisados e que, neste sentido, a Decisão de nº 7 ensejou a análise de 03 (três) precedentes e a Decisão nº 17, 02 (dois) precedentes, tem-se um total de 09 (nove) decisões analisadas e 4 (quatro) avaliadas.

Estabelecida a população de decisões analisadas e avaliadas, segue, na próxima página, a Relação das Decisões Capturadas.

Art. 11 Caberá ao pregoeiro, em especial:

I - coordenar o processo licitatório;

II - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração;

III - conduzir a sessão pública na internet;

RELAÇÃO DAS DECISÕES CAPTURADAS

Nº	Decisão	Data	Relator	Nº Processo	Tipo de Processo	Unidade Técnica	Situação	Justificativa	Detalhamento
1	ACÓRDÃO 2751/2018 ATA 47/2018 - PLENÁRIO	28/11/2018	BENJAMIN ZYMLER	014.361/2015-9	TCE	Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe).	EXCLUÍDA NA 2ª ETAPA DA SELEÇÃO	Fora do contexto pesquisado	Decisão capturada por conta do termo "formalismo moderado", empregado para se referir à decisão do TCU.
2	ACÓRDÃO 2614/2018 ATA 45/2018 - PLENÁRIO	14/11/2018	ANA ARRAES	019.346/2017-4	REPR	Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas - Selog.	EXCLUÍDA NA 2ª ETAPA DA SELEÇÃO	Fora do contexto pesquisado	Decisão capturada por conta do termo "excesso de formalismo", empregado para se referir à decisão do TCU.
3	ACÓRDÃO 2501/2018 ATA 43/2018 - PLENÁRIO	31/10/2018	BRUNO DANTAS	005.062/2014-4	REPR	Secretaria de Controle Externo no Estado do Mato Grosso do Sul (Secex-MS).	EXCLUÍDA NA 2ª ETAPA DA SELEÇÃO	Fora do contexto pesquisado	Decisão capturada por conta do termo "rigor excessivo", empregado para se referir às atividades de controle interno.
4	ACÓRDÃO 2498/2018 ATA 43/2018 - PLENÁRIO	31/10/2018	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	021.210/2018-7	REPR	Sefti	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "c", nº 2.	A Corte entendeu haver "dúvida razoável na interpretação dos termos do instrumento convocatório" (Voto do Relator, p. 13).
5	ACÓRDÃO 2293/2018 ATA 38/2018 - PLENÁRIO	02/10/2018	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	023.563/2018-4	REPR	Secex/BA	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "c", nº 1.	A Corte entendeu que "a documentação apresentada pela [Representante] se submetia à legislação pertinente, bem como às demandas do edital [...]". (Voto do Relator, p. 9)
6	ACÓRDÃO 2240/2018 ATA 37/2018 - PLENÁRIO	26/09/2018	BENJAMIN ZYMLER	014.361/2015-9	TCE	Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe).	EXCLUÍDA NA 2ª ETAPA DA SELEÇÃO	Fora do contexto pesquisado	Decisão capturada por conta do termo "formalismo moderado", empregado para se referir à decisão do TCU.

Nº	Decisão	Data	Relator	Nº Processo	Tipo de Processo	Unidade Técnica	Situação	Justificativa	Detalhamento
7	ACÓRDÃO 2239/2018 ATA 37/2018 - PLENÁRIO	26/09/2018	ANA ARRAES	000.392/2018-9	REPR	Secretaria de Controle Externo no Estado do Pará - Secex/PA.	SELECIONADA	---	---
8	ACÓRDÃO 2127/2018 ATA 35/2018 - PLENÁRIO	12/09/2018	WALTON ALENCAR RODRIGUES	000.503/2018-5	REPR	Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (SEFTI).	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	A Corte não enfrentou o Mérito	A partir da exposição dos fatos feita pelo Relator, o caso parece atender aos elementos argumentativos. Entretanto, o mérito não foi julgado, inviabilizando a manutenção do Acórdão na população de decisões a ser analisada/avaliada.
9	ACÓRDÃO 2104/2018 ATA 34/2018 - PLENÁRIO	05/09/2018	ANDRÉ DE CARVALHO	012.654/2018-3	RA	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrbana).	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "e".	Trata da regra disposta no Art 24, Inc I e V, da Lei 12462/11, que tem em sua estrutura o conceito jurídico indeterminado "vício insanável".
10	ACÓRDÃO 2076/2018 ATA 34/2018 - PLENÁRIO	05/09/2018	WALTON ALENCAR RODRIGUES	015.301/2018-4	REPR	Secretaria de Controle Externo no Estado de Santa Catarina (SECEX-SC).	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "e".	Trata de "regra que confere poder", do Decreto 5450/05, a exemplo do Art 11, Inc I e II. Decisão de mérito relacionada à Decisão nº 15, AC 1451/18
11	ACÓRDÃO 2010/2018 ATA 33/2018 - PLENÁRIO	29/08/2018	BRUNO DANTAS	014.174/2012-0	TCE	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrbana).	EXCLUÍDA NA 2ª ETAPA DA SELEÇÃO	Arquivo não abriu	---
12	ACÓRDÃO 1975/2018 ATA 32/2018 - PLENÁRIO	22/08/2018	MARCOS BEMQUERER	010.399/2016-0	RA	Secex/CE.	EXCLUÍDA NA 2ª ETAPA DA SELEÇÃO	Fora do contexto pesquisado	Decisão capturada por conta do termo "excessivo rigor", empregado para se referir à decisão do TCU.
13	ACÓRDÃO 1910/2018 ATA 16/2018 - PLENÁRIO	15/08/2018	WEDER DE OLIVEIRA	017.234/2017-4	DEN	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação).	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "d".	Denunciante questiona a licitude de dispositivo do Edital, em face de princípio.

Nº	Decisão	Data	Relator	Nº Processo	Tipo de Processo	Unidade Técnica	Situação	Justificativa	Detalhamento
14	ACÓRDÃO 1635/2018 ATA 27/2018 - PLENÁRIO	18/07/2018	ANA ARRAES	010.448/2017-9	REPR	Secretaria de Recursos - Serur.	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "e".	Trata da regra disposta no Art 48, Inc II, da Lei 8666/93, que tem em sua estrutura o conceito jurídico indeterminado "preços manifestamente inexequíveis".
15	ACÓRDÃO 1451/2018 ATA 24/2018 - PLENÁRIO	26/06/2018	WALTON ALENCAR RODRIGUES	015.301/2018-4	REPR	Secretaria de Controle Externo no Estado de Santa Catarina (SECEX- SC).	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "e".	Trata de "regra que confere poder", do Decreto 5450/05, a exemplo do Art 11, Inc I e II. Decisão cautelar (mérito decidido pelo AC 2076/18 -Decisão nº 10).
16	ACÓRDÃO 1287/2018 ATA 20/2018 - PLENÁRIO	06/06/2018	AROLDO CEDRAZ	029.906/2017-2	REPR	Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas.	SELECIONA DA	---	---
17	ACÓRDÃO 1275/2018 ATA 20/2018 - PLENÁRIO	06/06/2018	WALTON ALENCAR RODRIGUES	004.780/2018-3	REPR	Secretaria de Controle Externo no Estado do Amazonas (SECEX-AM).	SELECIONADA	---	---
18	ACÓRDÃO 1095/2018 ATA 17/2018 - PLENÁRIO	16/05/2018	AUGUSTO NARDES	000.056/2018-9	REPR	Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná (Secex/PR).	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "c", nº 2.	Norma do Edital era ambígua. (Relatório, p. 15)
19	ACÓRDÃO 1086/2018 ATA 17/2018 - PLENÁRIO	16/05/2018	AUGUSTO SHERMAN	019.570/2017-1	REPR	Secretaria de Controle Externo no Estado de Mato Grosso (SECEX- MT).	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "e".	Trata do cumprimento ou não de regra jurisprudencial que entende pela obrigatoriedade da diligência da parte inicial do 3º, do Art 43, da Lei 8666/93.
20	ACÓRDÃO 897/2018 ATA 14/2018 - PLENÁRIO	25/04/2018	AUGUSTO SHERMAN	010.724/2018-4	REPR	Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (SEFTI).	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "c", nº 1.	A Corte entendeu que a proposta da Representante foi desclassificada sob o argumento de não ter ido acompanhada do código fonte e manuais, entretanto, "a leitura do edital conjugada com a do anexo I (Termo de Referência) não permite

Nº	Decisão	Data	Relator	Nº Processo	Tipo de Processo	Unidade Técnica	Situação	Justificativa	Detalhamento
									concluir que código fonte e manuais deveriam ter sido entregues durante o certame" (Voto do Relator, p. 12)
21	ACÓRDÃO 830/2018 ATA 13/2018 - PLENÁRIO	18/04/2018	ANDRÉ DE CARVALHO	000.643/2018-1	REPR	Secretaria de Controle Externo no Estado do Amazonas (Secex-AM).	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "e".	Trata da regra disposta no Art 24, Inc I e V, da Lei 12462/11 (implicitamente tratada), que tem em sua estrutura o conceito jurídico indeterminado "vício insanável". (Decisão faz parte do processo do AC 226/2018 - Decisão nº 27).
22	ACÓRDÃO 728/2018 ATA 11/2018 - PLENÁRIO	04/04/2018	AUGUSTO SHERMAN	008.683/2018-2	REPR	Secex/PA.	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "e".	Trata da regra disposta no Art 24, Inc I e V, da Lei 12462/11, que tem em sua estrutura o conceito jurídico indeterminado "vício insanável".
23	ACÓRDÃO 719/2018 ATA 11/2018 - PLENÁRIO	04/04/2018	BRUNO DANTAS	012.584/2017-7	CONS	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrb).	EXCLUÍDA NA 2ª ETAPA DA SELEÇÃO	Recorte Processual	Trata-se de Consulta
24	ACÓRDÃO 678/2018 ATA 10/2018 - PLENÁRIO	28/03/2018	BENJAMIN ZYMLER	018.402/2014-3	TCE	Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações) e Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro (SecexEstatais)	EXCLUÍDA NA 2ª ETAPA DA SELEÇÃO	Fora do contexto pesquisado	Decisão capturada por conta dos termos "formalismo moderado" e "rigor", empregados para se referirem à decisão do TCU.
25	ACÓRDÃO 581/2018 ATA 9/2018 - PLENÁRIO	21/03/2018	AROLDO CEDRAZ	032.203/2017-9	REPR	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraElettrica).	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "c", nº 1.	A discussão gira em torno de saber se, de fato, houve falha da licitante no cumprimento das exigências do Edital. Isso porque uma mesma CAT, apresentada pelo licitante, não poderia ter sido pontuada de forma diferente em certames, cujas exigências do Edital, sobre este ponto, eram exatamente as mesmas.
26	ACÓRDÃO 416/2018	07/03/2018	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	029.438/2017-9	REPR	Selog	SELECIONADA	---	---

Nº	Decisão	Data	Relator	Nº Processo	Tipo de Processo	Unidade Técnica	Situação	Justificativa	Detalhamento
	ATA 7/2018 - PLENÁRIO								
27	ACÓRDÃO 226/2018 ATA 4/2018 - PLENÁRIO	07/02/2018	ANDRÉ DE CARVALHO	000.643/2018-1	REPR	Secex/AM.	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "e".	Trata da regra disposta no Art 24, Inc I e V, da Lei 12462/11, que tem em sua estrutura o conceito jurídico indeterminado "vício insanável". (Decisão faz parte do processo do AC 830/2018 - Decisão nº 21).
28	ACÓRDÃO 208/2018 ATA 4/2018 - PLENÁRIO	07/02/2018	BRUNO DANTAS	020.659/2017-2	REPR	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação).	EXCLUÍDA NA 3ª ETAPA DA SELEÇÃO	Não atendeu ao elemento argumentativo da alínea "c", nº 1.	A Corte entendeu que "não havia, formalmente, qualquer vedação a que os documentos de habilitação e proposta fossem encaminhados em vários arquivos", portanto não houve violação da licitante, ao tomar essa medida. (Voto do Relator, p. 10).
29	ACÓRDÃO DE RELAÇÃO 93/2018 ATA 2/2018 - PLENÁRIO	24/01/2018	BRUNO DANTAS	009.392/2017-3	REPR	Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (SECEX-RJ).	EXCLUÍDA NA 2ª ETAPA DA SELEÇÃO	Recorte Processual	Trata-se de Acórdão de Relação.

2 UM ROTEIRO DE AVALIAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DE DECISÕES

O Estado de Direito, nascido como fruto de nobres aspirações continentais, parece ter sido a mais bem-sucedida forma de organização política e social da humanidade nos últimos séculos. Se funda na noção de que a função precípua do Estado, dentro da relação contratual de reciprocidade entre povo e soberano, é garantir a liberdade, o tratamento fraterno e isonômico dos indivíduos. Portanto, a legitimidade do poder, no Estado de Direito, está inarredavelmente atrelada ao seu exercício, que deverá ser conduzido em observância constante de suas aspirações.

Faz parte do arranjo institucional do Estado de Direito não só a releitura da finalidade do Estado, mas o estabelecimento dos meios para atingir esses fins. Neste sentido, um sofisticado mecanismo de autocontrole tripartido opera sob o governo de leis previamente construídas à luz das aspirações fundantes do Estado de Direito. É o governo do povo, cujo único destinatário é o próprio povo.

Dentre as aspirações que importam a essa pesquisa, tem-se a liberdade e a isonomia. A primeira deve ser compreendida como a garantia de que, somente em hipóteses previamente estabelecidas em normas, poderá haver interferência estatal na vida das pessoas. Trata-se, portanto, de uma esfera de não intervenção que permite ao indivíduo agir livremente dentro de limites definidos *ex ante*. A isonomia, dentro do escopo desta pesquisa, deve ser entendida em duas acepções. Uma de natureza formal, no sentido de que todos estão sujeitos às normas estatais, portanto situações iguais devem ensejar as mesmas consequências jurídicas. É possível perceber a ligação dessa acepção da isonomia com a aspiração liberdade, uma vez que a expectativa de que a interpretação de uma regra deverá ser igual em casos análogos permite que as pessoas tenham liberdade para agir dentro de uma zona de segurança conhecida antecipadamente. É dessa acepção da isonomia, combinada com a aspiração de liberdade, que decorre o ideal de previsibilidade.

A outra acepção da isonomia está relacionada ao direito de defesa, no sentido de que a todo indivíduo cabe voltar-se contra a violação – ainda que potencial – de seus direitos. Pode-se dizer que essa acepção da isonomia é a que sustentaria a proposta de MacCormick (2008) em enxergar a dimensão argumentativa como ideal do Estado de Direito contemporâneo.

O Estado de Direito, ao longo de mais de duzentos anos de sua trajetória pós-revolucionária, sem perder a ligação com a ideia de liberdade e isonomia, vem assumindo

diferentes padrões – ou paradigmas – movido por transformações de ordem sociológica, político-institucional e jurídica das nações que o aderiram. O momento atualmente vivido por alguns países, segundo Atienza e Manero (2000), Regla (2004) e Atienza (2007 e 2017), é o Estado Constitucional de Direito, ou somente Estado Constitucional.

Na visão de Regla (2004), o paradigma do Estado Constitucional deve ser compreendido a partir da Teoria das Fontes e, neste sentido, ele seria o sistema jurídico-político que reúne três características principais. A primeira é a presença de uma constituição formal, que se configura como norma fundante e central do sistema onde ela foi codificada, gozando de superioridade em relação à legislação ordinária. O procedimento para reformar ou derrogar esta norma deverá exigir um rito mais rígido, se comparada às demais normas do ordenamento.

A segunda característica é a forte presença de uma dimensão valorativa incorporada à Constituição, reconhecendo um estado de coisas como valiosas e merecedoras de serem protegidas e promovidas. São valores e fins que, em maior ou menor grau, imediata ou mediatemente, guardam relação com as aspirações originais do Estado de Direito. Não são criados pela Constituição, mas reconhecidos por ela. Na tarefa de proteção e promoção desses valores e fins, a Constituição deve exercer duas funções. Uma regulativa, em que a Constituição desenha estruturas capazes de controlar o poder político, visando combater a arbitrariedade, o autoritarismo e a exclusão político-social. A outra função é de natureza constitutiva, pois reconhece a existência de direitos, que se desdobram a partir desses valores e garantem seus exercícios. Segundo Regla (2004), o sentido das formas e ações políticas⁶⁵ devem estar coerentes com os valores e fins constitucionais, de modo que a dimensão valorativa da Constituição funcionaria como um elemento crítico da condução política do Estado, aferindo-a, e então, lhe reprovando ou legitimando.

A terceira característica é a prática social. A Constituição deve efetivamente ser praticada para ser reconhecida como norma fundante. E, nesta prática, a Constituição cumpre a função de identificação, unidade e continuidade do Direito, as três operando de forma simbiótica e interdependente. A identificação consiste na legitimação das normas presentes no sistema ou que pretendam nele ingressar. Todo o aparato normativo do sistema precisa estar coerente material ou procedimentalmente com as disposições

⁶⁵ Toda forma de atuação estatal, emanada por qualquer um dos três poderes, comissiva ou omissivamente.

constitucionais, do contrário, não podem ser identificadas como fontes do Direito. A unidade do Direito promovida pela Constituição configura-se na capacidade de manter a harmonia do sistema normativo de um Estado, diante das mudanças sociais. A função de continuidade do Direito consiste na noção de que a Constituição deve acompanhar a marcha social, atualizando sua dimensão valorativa.

Segundo Atienza (2007, p. 128), “o Estado constitucional, enquanto fenômeno histórico, está inegavelmente vinculado ao desenvolvimento crescente da prática argumentativa”. O autor completa, na mesma página, dizendo que o “Estado Constitucional supõe um incremento da tarefa justificativa dos órgãos públicos e, em face disso, uma maior demanda de argumentação jurídica”. Isso ocorre pois, para Atienza (2007), neste novo paradigma do Estado de Direito, não basta a mera referência à autoridade ou a obediência a certos procedimentos para legitimar uma decisão estatal, é preciso ainda um controle de conteúdo.

“Em realidade, o ideal do Estado Constitucional (a etapa atual do Estado de Direito) supõe a sujeição completa do poder ao Direito, à razão: a força da razão, ao invés da razão da força. Em função disso, parece bastante lógico que o avanço do Estado constitucional venha acompanhado de um incremento quantitativo e qualitativo da exigência de justificação dos órgãos públicos” (ATIENZA, 2007, p. 128).

Para Atienza (2007), a exigência de uma maior qualidade das justificações consignadas nas decisões do Estado é uma necessidade democrática de controle do poder estatal. Dissecando um pouco mais este ponto, pode-se dizer, a partir das ideias do autor espanhol, combinadas com as de MacCormick (2008), que a exigência de decisões mais qualificadas é a forma como a sociedade contemporânea e suas instituições vem buscando garantir as ideias de isonomia e liberdade que inspiraram a conformação do Estado de Direito.

Para o autor escocês, a forte dimensão valorativa no Direito contemporâneo, associada a indeterminação própria da linguagem e a falta de consenso com relação à interpretação dos fatos, fazem do Direito de hoje uma arena de argumentação, tornando sua aplicação uma tarefa extremamente problemática, onde a autoridade decisora teria a complexa missão de preservar o ideal de previsibilidade, viabilizar o direito de defesa, enfrentando todos os argumentos consignados, sem se desviar dos fins do Direito, dentre os quais, precipuamente, está a pacificação das relações sociais.

Dentro deste ambiente de conflagração entre a previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito, a racionalidade das decisões, sobretudo quando estas emanarem do seguimento coercitivo do Estado, mostra-se parte do aparato de controle da ação estatal, inerente à própria noção tripartite do Estado de Direito. Uma decisão justificada racionalmente seria a forma de pavimentar o caminho do decisor na busca do equilíbrio entre a previsibilidade e a dimensão argumentativa. Mas o que seria uma decisão racionalmente justificada, portanto equilibrada em relação à dimensão argumentativa e a previsibilidade do Direito, logo acolhida pelo paradigma do Estado Constitucional de Direito ? Como avaliar se a decisão está justificada nestes termos ?

Responder essas indagações é o escopo deste capítulo que conta com as ideias de MacCormick (2008) e Atienza (2017), associadas aos pressupostos fixados no primeiro capítulo, que, eventualmente, foram retomados e melhor desdobrados aqui. A ideia central é que racionalidade das decisões, portanto o equilíbrio entres os dois ideais políticos do Estado de Direito contemporâneo, é atingida quando o julgador justifica seu posicionamento atendendo às exigências de universalidade, consistência, coerência e adequação às consequências. Essa tarefa passa pela inteligibilidade das razões consignadas pela autoridade decisora ao justificar suas escolhas interpretativas, permitindo assim que seja combatida em seu mérito - no exercício do direito de defesa (dimensão argumentativa) -, além de orientar, de forma segura, a adoção de condutas futuras por parte de indivíduos (previsibilidade). A ideia do presente capítulo, portanto, é a partir dos pressupostos teóricos dos sobreditos autores, conformar um Roteiro de Avaliação de decisões que permita controlar sua adesão aos requisitos da de universalidade, consistência, coerência e adequação às consequências.

Vejamos com mais detalhes essas ideias.

2.1 NA DIREÇÃO DE UM EQUILÍBRIO ENTRE O IDEAL DE PREVISIBILIDADE E A DIMENSÃO ARGUMENTATIVA DO DIREITO

A preservação de um espaço aceitável de segurança jurídica, em meio às possibilidades de problematizações na aplicação de normas é o mote por trás da noção de equilíbrio entre o ideal de previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito, abordada no início deste capítulo. Essa não parece ser uma ideia original de MacCormick (2008), Habermas (1996), por exemplo, já teria trabalhado uma concepção semelhante,

poucos anos antes⁶⁶. O mérito de MacCormick (2008), no entanto, está em desdobrar essas ideias, de forma sistematizada, o que, associado ao pensamento de Atienza (2017), oferece pressupostos úteis para a construção de uma ferramenta de controle (avaliação) de decisões.

MacCormick (2008) não conformou sua teoria especificamente às nações que aderiram ao paradigma do Estado Constitucional, sequer restringe a aplicação de suas ideias a um Estado, já que inclui, em seus estudos, organizações supranacionais, como a União Europeia. Não faz distinção também entre Estados de sistemas estatutários, *common law* ou misto, até porque entende que todos os Estados, de uma forma ou de outra, em maior ou menor grau, contam com regras legisladas e jurisprudenciais, como fontes do Direito. Portanto, as concepções de MacCormick (2008) são abrangentes e voltam-se para qualquer sistema jurídico que adiram ao paradigma do Estado de Direito.

O autor escocês constrói sua teoria a partir do reconhecimento de que, em qualquer sistema jurídico (estatutário, *common law* ou misto), as decisões judiciais não se resolvem exclusivamente com o silogismo formal entre a premissa maior (ou premissa normativa) e a premissa menor (ou premissa fática - os fatos do caso concreto). O autor entende que o silogismo funciona sim como uma moldura neste processo, um eixo de raciocínio, mas, que, na maior parte das vezes, é insuficiente para resolver sozinho os casos levados à autoridade decisora.

Para MacCormick (2008), a interferência nos interesses humanos, própria do Direito, fazem com que as partes e até a autoridade decisora problematizem as premissas do processo silogístico, transferindo o centro do debate da conclusão lógico-formal para elas; as premissas. Ou, como ele diz “ninguém pode ser mais convincente em suas conclusões que em suas premissas. Assim, quem quer que deseje apresentar um argumento deve estar preparado para defender suas premissas”. (MACCORMICK, 2008, p. 101).

Sob esta perspectiva, os antagonistas em um processo jurídico, estão sempre às voltas por sustentar suas premissas, utilizando-se de argumentos para blindá-las contra os ataques dos rivais ou à procura de excepcionar as premissas da outra parte, também valendo-se de argumentos. Os decisores, por sua vez, poderão escolher o argumento mais persuasivo, entre aqueles apresentados pelas partes - ou formular seus próprios argumentos - em busca da melhor decisão, inclusive, colocando em dúvida premissas não

⁶⁶ A publicação original de MacCormick (2008) se deu em Oxford, em 1995, enquanto Habermas (1996), em Frankfurt, em 1992,

questionadas pelas partes. Como já mencionado, para o autor escocês, qualquer caso pode-se tornar um caso problemático, bastando que as premissas do processo silogístico sejam colocadas sob suspeita, o que, quase sempre, ocorreria. Não há premissa que seja protegida quanto à problematização, todavia sua validade dependerá da sofisticação do argumento utilizado para questioná-la ou sustentá-la.

Essa disputa entre argumentos rivais, segundo MacCormick (2008), é o ambiente em que as decisões são proferidas na contemporaneidade, revelando uma dimensão argumentativa que viabiliza a possibilidade de defesa do indivíduo, materializando o ideal de igualdade do Estado de Direito. Por outro lado, se qualquer premissa é questionável, como os indivíduos poderiam conduzir livremente suas vidas, sabendo, antecipadamente, quais condutas são efetivamente proibidas, permitidas ou obrigadas, seja por regras legisladas ou jurisprudenciais? Em outras palavras, como ficaria a previsibilidade do Direito, que viabiliza o gozo da liberdade, por meio de uma esfera de não interferência do agir do indivíduo; outro ideal do Estado de Direito? Encontrar o equilíbrio entre a dimensão argumentativa e a previsibilidade do Direito é o cerne da obra de MacCormick (2008). Neste sentido, o autor escocês estabelece requisitos específicos que representam limites a essa dimensão argumentativa e, uma vez cumpridos pelo decisor, em sua justificação, tornam sua deliberação equilibrada o suficiente para ser acolhida pelo Estado de Direito contemporâneo.

A compreensão desses requisitos requer o entendimento prévio da relação existente entre as sete razões de problematização, estudadas no capítulo anterior, e os tipos de argumentos utilizados para imunizar ou problematizar as premissas no processo silogístico. A próxima seção será dedicada a esse fim.

22 OS TIPOS DE ARGUMENTOS MAIS COMUNS PARA SUSTENTAR OU ATACAR AS PREMISSAS DO PROCESSO SILOGÍSTICO.

No capítulo anterior, assumiu-se que haveriam sete possibilidades de se problematizar as premissas, durante o processo de aplicação. A título de recordação, isso pode ser feito por meio das questões de aferição, de relevância, de interpretação, de classificação, de prova, de ponderação e de discricionariedade.

Para imunizar/defender as premissas contra essas questões ou, ao contrário, para justamente problematizá-las/atacá-las (transformando o processo silogístico em um “caso problemático”), partes da lide e decisores podem evocar os mais diversos

argumentos. MacCormick (2008) discorre sobre oito deles. O autor deixa claro que essa tipologia não é taxativa, podendo existir diversos outros. A ideia foi tão somente organizar as espécies de argumentos mais comuns encontrados em decisões prolatas em países de tradição romano-germânica, *common law* e mista, situados tanto no continente americano como no europeu⁶⁷. O autor destaca que, destarte a apresentação isolada desses argumentos, na prática jurídica (judicial e administrativa), quase sempre, o que se vê é aplicação articulada desses tipos.

Os argumentos, na visão de MacCormick (2008), são divididos em interpretativos, de exceção (ou *defeasibility*) e argumentação fundada em consequências. O argumento de exceção e a argumentação fundada em consequências são autônomas, não têm subdivisão, já os interpretativos contam com o argumento linguístico, os sistêmicos e o teleológico-avaliativo. Os argumentos sistêmicos, por sua vez, dividem-se em: argumento a favor da harmonização contextual do conjunto legal; argumento a partir de precedentes; argumento por analogia; argumento de conceito; argumento a partir de princípios gerais; argumento a partir da história. A seguir, uma breve abordagem cobre cada um deles.

O argumento linguístico é o mais elementar dos argumentos jurídicos e consiste em evocar o sentido ordinário das palavras dispostas nos textos das regras, analisadas no contexto da composição frasal em que está disposto.

Entrando nos argumentos sistêmicos, tem-se o argumento a favor da harmonização contextual do conjunto legal que consiste em evocar que a interpretação de uma parte de uma regra – legislada ou jurisprudencial – deve ser interpretada, levando-se em consideração as regras legisladas que pertencem ao sistema onde a regra interpretada está inserida.

O argumento a partir de precedentes procura demonstrar que se uma regra legislada tiver sido submetida à interpretação de uma autoridade decisora, ela terá que ser interpretada da mesma maneira pelas demais autoridades. Claro que o grau de persuasão deste argumento está intimamente relacionado ao grau de autoridade e vinculação do precedente.

⁶⁷ MacCormick (2008, p. 165) cita que esses argumentos foram identificados em estudo realizado entre 1980 e 1990, do qual participou. O argumento de exceção (*defeasibility*), que está incluído entre os oito, não teria sido resultado desse trabalho.

O argumento por analogia consiste em arguir a similaridade entre o caso em julgamento e outro já julgado, pleiteando, a partir disso, um tratamento isonômico.

O argumento conceitual seria aquele em que, segundo MacCormick (2008, p. 173), argui que “se qualquer conceito geral reconhecido e elaborado doutrinariamente for usado na formulação da disposição legal, ele deve ser interpretado de modo a manter o uso consistente do conceito por todo sistema jurídico”.

O argumento a partir de princípios consiste em evocar que a interpretação de uma regra legislada se dê em conformidade com o princípio que rege a matéria. Diante da colisão de princípios, segundo MacCormick (2008), o argumento buscará construir as razões que justifiquem a prioridade de um princípio sobre o outro, diante das circunstâncias de determinado caso concreto.

O argumento a partir da história considera que uma regra (jurisprudencial ou legislada) pode ser interpretadas de forma diferente ao longo do tempo, portanto evoca o momento histórico da sua produção e/ou da conduta que se sustentou sobre a regra, apontando, para justificar as assertivas, as mutações sociais, econômicas, políticas, ambientais, jurídicas, entre outras que ocorreram no período em questão. Com o argumento a partir da história, encerra-se a categoria dos argumentos sistêmicos.

O uso do argumento teleológico-avaliativo parte do pressuposto de que a regra legislada encerra princípios e escolhas de políticas públicas que visam o atingimento de alguma finalidade. Em um sentido *lato*, segundo MacCormick (2008, p. 176), a legislação “pode ser vista como algo que incorpora valores socialmente relevantes”. Deste modo, as regras devem ser interpretadas sob a orientação destes valores, buscando satisfazê-los. Neste trabalho de interpretação, segundo MacCormick (2008, p. 178), o argumento teleológico-avaliativo pode evocar, inclusive, uma leitura não ordinária da regra legislada, sob a justificativa de que sua interpretação mais óbvia e imediata ensejaria uma situação de “injustiça prática”, ou seja, resultados no mundo da vida que se afastariam dos princípios e políticas que guiariam a norma.

O argumento de exceção - ao lado da argumentação fundada em consequências, essa abordada mais à frente - é um dos mais importantes para a presente pesquisa, pois compõe o ponto central dos “casos de excessivo rigor”, seja ele levantado pelas partes (agentes, Administração, Unidade Técnica, MP/TCU) ou Ministros da Corte de Contas da União. Ao tratar sobre esse tipo de argumento, MacCormick (2008, p. 311) supõe a existência de um “arranjo” (ou “fato institucional”) - que pode ser, por exemplo, uma conduta isolada, a celebração de um contrato, a prolatação de um ato administrativo,

etc –que, *prima facie*, estaria subsumido por determinada regra jurídica (legisladas ou jurisprudenciais). Todavia, verificada que a conduta, aparentemente sustentada pela regra, ensejou (ou seria capaz de ensejar) “circunstâncias anômalas”, assim entendidas aquelas indesejadas, à luz dos referidos princípio que sustentam a regra ou outro princípio do sistema, as partes da lide ou o julgador contesta a licitude da conduta. Esse argumento de contestação é a exceção. MacCormick (2008, p. 316) utiliza como sinônimo de “circunstâncias anômalas”, as seguintes expressões: “caso incomum”, “situação especial” e “fator excepcional” e cita como exemplo o caso do legatário homicida, em que o neto teria alvejado seu avô, o testador⁶⁸.

MacCormick (2008) fala do argumento de exceção expresso e implícito. No primeiro, a arguição se sustenta em exceção disposta textualmente na própria regra (legislada ou jurisprudencial), colocada ali pelo conformador da regra para evitar a ocorrência de “circunstâncias anômalas”. A argumentação, neste caso, se concentrará em justificar que os fatos concretos se enquadram na hipótese de exceção da regra, por satisfazer seu(s) princípio(s) subjacente(s). A argumentação de exceção implícita buscará justificar que o resultado de determinado arranjo seria anômalo, diante de determinado(s) princípio(s), ainda que ele – o arranjo – parecesse estar sustentado pelo sentido ordinário da regra. Na argumentação de exceção implícita, como diz MacCormick (2008, p. 314), surge uma “exceção às condições legais expressas para atribuição de um direito”. No lugar de “exceção às condições legais”, pode-se falar também em resignificação do fato operativo (FO)⁶⁹.

MacCormick (2008, p. 316) entende que a argumentação de exceção implícita está presente em todos os sistemas jurídicos, em face da incapacidade dos conformadores de textos legais e precedentes estabelecerem, previamente, todas as possíveis exceções à aplicação de determinada regra, sobretudo, diante de “casos incomuns” (“circunstâncias anômalas”). Neste sentido, a

“situação especial [leia-se circunstâncias anômala] ativa algum fator de fundo que vicia excepcionalmente a atribuição de um direito que, não fosse o fator excepcional, não seria problemática. A formulação geral

⁶⁸É importante destacar que, na visão de MacCormick (2008, p. 314 e 327), o que é excecionável não é a regra que aparentemente sustentava o “arranjo”, mas o próprio “arranjo”. Vale dizer, nos termos dessa pesquisa, que é a conduta ou a subsunção da norma ao caso concreto que são objetos da exceção

⁶⁹Alexy (2017, p. 93 a 96, 104, 287, 571) aborda essa questão do argumento de exceção, tratando-o como “cláusula de exceção” que também pode estar expressamente prevista em uma regra posta ou advir de um princípio (o que corresponderia à modalidade implícita de que vemos tratando).

do Direito é adequada se estipular o que é necessário e suficiente para pleitear o Direito nos casos mais comuns, sujeitando-o a qualquer ressalva expressa e a fatores excepcionadores (*defeating factors*) prontamente previsíveis (ou bem documentados na doutrina, ou estabelecidos no Direito jurisprudencial). A operação de princípios de fundo, porém, pode possibilitar exceções que não podem ser enumeradas taxativamente tendo em vista a possibilidade de casos de um tipo incomum” (MACCORMICK, 2008, p. 316)

Por fim, a argumentação fundada em consequências, como próprio nome diz, são aqueles que evocam as decorrências que a adoção dessa ou daquela premissa poderia resultar. Eles podem indicar consequências práticas, comportamentais ou jurídicas. Esse argumento, ao lado do argumento de exceção, como já dito, compõem o núcleo central do processo argumentativo dos “casos de excessivo rigor”. Portanto, será desdobrado com mais atenção no decorrer da pesquisa.

Se lembrarmos as circunstâncias em que MacCormick (2008) vislumbrou o emprego desses argumentos e cotejarmos com as ideias da Teoria dos Enunciados Jurídicos e Dworkin (2002), mencionados no capítulo anterior, talvez seja possível identificar perspectivas diferentes para o mesmo problema. Explica-se.

A partir das ideias de Dworkin (2002), seguidas e complementadas por Atienza e Manero (1996 e 2000), viu-se que, quando as regras se mostram “insuficientes” para solucionar os problemas levados a julgamento, são aos princípios que a autoridade decisora recorre. Foi visto também que, aos olhos de Atienza e Manero (2000), essa “insuficiência” das regras ocorreria quando não existissem regras específicas para regular o caso, ou, ainda que existam, mostram-se vagas ou conflitantes com princípios que permeiam o problema posto à decisão. Esses seriam os casos difíceis, na terminologia utilizada pelos autores.

Cotejando essas ideias de Dworkin (2002) e Atienza e Manero (1996 e 2000) com a teoria de MacCormick (2008) e Atienza (2017)⁷⁰, seria possível chegar algumas conclusões. Veja. Foi visto que a “insuficiência” das regras corresponde aos “casos difíceis”. Foi visto também que a problematização das premissas torna o processo silogístico um “caso problemático”. Foi dito ainda, no capítulo anterior, que a expressão “casos problemáticos” foi uma opção terminológica de MacCormick (2008) para se referir ao mesmo fenômeno dos “casos difíceis”, portanto, “casos difíceis” e “casos problemáticos” seriam a mesma coisa. Logo, a “insuficiência” das regras (casos difíceis)

⁷⁰ A menção ao autor espanhol, neste caso, diz respeito às causas de problematização propostas por ele e assumidas nessa pesquisa (problemas de ponderação e de discricionariedade).

ocorreria quando as premissas fossem problematizadas no processo silogístico (casos problemáticos).

Se estivermos certos até esse ponto, pode-se dizer então que, para resolver um caso difícil/problemático, há uma divergência entre Dworkin (2002) e Atienza e Manero (1996 e 2000) e MacCormick (2008)? Afinal, o americano e os espanhóis depositam suas fichas nos princípios, como recurso para dar solução desses casos, já MacCormick (2008) atribui aos inúmeros argumentos possíveis, entre os quais os oito ora sistematizados, a missão de imunizar/defender as premissas do processo?

A resposta parece ser no sentido de que, MacCormick (2008), embora tenha ampliado a forma de solucionar os casos problemáticos/difíceis, tratando dos diversos tipos de argumentos, na verdade, não difere muito do que Dworkin (2002) e Atienza e Manero (1996 e 2000) vem disseram. Isso porque, sob um olhar mais atento, é possível perceber que a maioria dos argumentos mencionados por MacCormick (2008) - pelos menos os mais relevantes -, de alguma forma, contará com princípios e valores na sua construção.

Note que, se estivermos certos, então pode-se dizer que, se para MacCormick (2008), a tipologia de argumentos serve, não só para imunizar/defender as premissas, mas também problematizá-las, tornando o caso problemático/difícil, então, seria correto dizer que o julgador pode evocar princípios não só para solucionar o caso difícil/problemático trazido perante ele, mas também para problematizar os casos fáceis/claros, na busca por uma solução mais adequada, no sentido moral, justo, de correção.

Feita esta rápida exposição (e digressão), é possível passar aos critérios de avaliação da justificativa de uma decisão judicial.

2.3 OS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DA JUSTIFICATIVA DE UMA DECISÃO JUDICIAL

Como já tratado, a parte de uma lide (judicial ou administrativa), quando elabora seu pleito, o faz construindo seu raciocínio dentro de uma moldura silogística demonstrativa, trabalhando cada uma das premissas do processo de forma que fiquem imunizadas quanto às tentativas de problematização vindas tanto da outra parte, como do decisor.

Quando o objetivo da parte for contestar o pleito da outra ou recorrer de decisão, além da preocupação em imunizar suas premissas, é natural que busque problematizar as premissas do adversário ou da decisão recorrida.

E é neste campo de batalha argumentativa que a decisão é prolatada. Nessa tarefa, o que se espera do julgador contemporâneo é que ele centre suas atenções em reunir argumentos satisfatórios (sejam eles próprios, aproveitados das partes ou do julgador *ad quo*, no caso de recursos) para enfraquecer, por meio da problematização, as premissas consideradas desinteressantes ao caso e sustentar aquelas que julgar pertinentes. Nesta dinâmica de ataque, defesa, imunização e justificação, o instrumento de manobra é a combinação das sete razões de problematização e os diversos tipos de argumentação, utilizados para problematizar ou sustentar as premissas contra a problematização, conforme foi visto.

Todavia, como o manejo desses instrumentos poderá resultar em decisões aceitáveis à luz do paradigma do Estado de Direito Constitucional? Em outras palavras, como o uso desses argumentos – seja para problematizar ou defender premissas – poderá se equilibrar com o ideal de previsibilidade do Direito ?

Responder essas perguntas é o objetivo da presente seção, cerne deste capítulo. Para isso, a exposição foi conduzida a partir das teorias de MacCormick (2008) e Atienza (2017), por entender que as ideias desses autores oferecem boas contribuições neste sentido. Vejamos.

Para o autor escocês, como já foi mencionado nas linhas introdutórias e primeiro capítulo da dissertação, a chave para alcançar o equilíbrio entre a dimensão argumentativa e a previsibilidade do Direito é a formulação de decisões racionalmente justificadas, por meio do atendimento dos requisitos da universalidade (retrospectiva e prospectiva), consistência, coerência (normativa e narrativa) e adequação das consequências. Em outras palavras, esses requisitos serviriam para balizar a autoridade julgadora na tarefa de fundamentar sua decisão dentro da exigência de racionalidade do paradigma do Estado Constitucional.

Tais requisitos, como já visto também, estão positivadas na ordem jurídica brasileira, em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, como exigências para uma decisão aceitável. Na visão de Atienza (2017), além de servirem ao julgador, os requisitos também serviriam à sociedade, como critérios de avaliação da qualidade da decisão. Para o autor espanhol, esses critérios fortaleceriam o controle público da atuação

dos juízes, aferindo os fundamentos consignados na decisão, quanto à aderência ao paradigma do Estado Constitucional de Direito.

Atienza (2017) menciona ainda outros critérios. Um elementar, como o que avaliaria se o decisor justificou as razões de sua deliberação. Isso não ocorrendo, a decisão não teria como ser acolhida pelo paradigma do Estado Constitucional. Outros mais complexos, que teriam sido apontados por outros autores, como o da moral social e o da moral justificada. Entretanto, diante das controvérsias em torno desses critérios, destacadas pelo próprio Atienza (2017), não parece plausível, aos olhos deste pesquisador, incluí-los neste trabalho.

Importante destacar que, embora MacCormick (2008) não apresente os requisitos como critério para se avaliar as decisões, essa seria uma ideia implícita em sua teoria. Afinal, a exigência de se construir os fundamentos da decisão, guiados por determinados requisitos que consubstanciaríamos exigências dos ideais do Estado de Direito contemporâneo, permite que se utilize esses mesmos requisitos, como instrumentos para avaliar se a decisão está acolhida pelos ideais do Estado de Direito contemporâneo. Portanto, a proposta de Atienza (2017) é um convite à mudança de perspectiva, a partir desses requisitos, de modo a agregar a eles o viés de controle estatal, presente nas aspirações fundantes do Estado de Direito.

Sendo assim, a pesquisa se restringiu aos seguintes critérios para avaliar as decisões selecionadas: o que trata da exigência de justificação; a universalidade (retroativa e prospectiva); a consistência; a coerência (normativa e narrativa) e a adequação das consequências, esse último também com subdivisões, que estão tratadas mais à frente. O primeiro dispensa qualquer apresentação, de modo que, nas próximas seções, estão trabalhados somente os quatro últimos critérios.

Atienza (2017) ressalva que é possível falar em alguma objetividade desses requisitos, como critérios de avaliação de decisões, entretanto essa seria uma objetividade moderada. Na perspectiva do autor, assumida neste trabalho, os critérios não apontam a decisão certa para o caso concreto, mas ajudam a excluir aquelas não corretas, a partir da avaliação dos argumentos que as justificaram. Essa é uma consideração importante que precisa se ter em mente para a compreensão dos limites deste trabalho. Aliás, é importante aditar que essa limitação dos critérios de avaliação está em consonância com o espírito que move os autores que vêm protagonizando a teorização da argumentação jurídica, a partir dos anos 70 do século passado – momento que Atienza (2016 e 2017) vem chamando de Teoria *Standard* da Argumentação Jurídica.

Na visão dos argumentativistas *standards* – onde se enquadram MacCormick e Alexy -, entre os propósitos do estudo da dinâmica do discurso desenvolvido no ambiente jurídico, em especial das decisões dotadas de autoridade, está a de colaborar com a ideia de controle do poder estatal que inspira o Estado de Direito. O máximo que a Teoria *Standard* da Argumentação Jurídica pretende, nesse aspecto, seria apontar as respostas discursivamente possíveis, não necessariamente a resposta certa, embora isso possa acontecer, quando só há uma resposta discursivamente possível - o que é difícil, diante dos problemas relacionados à indeterminação própria da linguagem, ao dinamismo social e à dimensão valorativa que marcam o Direito contemporâneo⁷¹.

Nessa tarefa de controle das decisões, a Teoria da Argumentação Jurídica *Standard* tem como pressuposto o reconhecimento de que os mencionados problemas abrem espaço para convicções de ordem subjetiva do decisor que precisam ser controladas. A questão da (i)legitimidade das decisões fundadas em convicções pessoais passa por discussões que não cabem na proposta do presente estudo. Todavia, com fins de delimitar premissas mínimas sob as quais se pretende orientar a pesquisa, parte-se do reconhecimento de que a tomada de decisão é um processo complexo, composto por momentos psíquicos (contexto da descoberta) e momentos de exteriorização (contexto da justificação) e que não é possível garantir que a autoridade julgadora isolará suas experiências e vivências pessoais, a ponto de não influenciar sua deliberação, já que o momento psíquico é intangível e incontrolável. Isto posto, a partir das ideias dos autores que marcam teoricamente esta dissertação, exige-se, ao menos, como forma de aferir a legitimidade das decisões e com isso garantir a própria sobrevivência do Estado de Direito

– entendido com todos seus ideais -, que o momento de exteriorização seja preenchido com fundamentos objetivos, de forma a garantir sua controlabilidade. Em resumo, a ideia de decisões fundamentadas em convicções pessoais, aqui mencionadas, deve ser compreendida no sentido de decisões sem uma justificação objetivamente aferível⁷².

Voltando aos propósitos desta parte da pesquisa, é preciso explicar a forma como estão apresentados os critérios de avaliação. As três primeiras seções apresentam individualmente os critérios/requisitos da universalidade (retrospectiva e prospectiva),

⁷¹ Neste sentido ver Alexy (2001, p. 29, 201, 260-66 *et passim*), Atienza (2016, p. 213-216) e MacCormick (2008, p. 23). Este último parece utilizar a expressão “racionalmente defensável” com uma conotação muito próxima da ideia do “discursivamente possível”.

⁷² Neste sentido, ver MacCormick (2008, p. 273), Atienza (2016, p. 5- 9), Alexy (2017, p. 165); e Atienza (2017, p.44-46).

consistência e coerência. A última seção tem dois objetivos. Um é a apresentação do critério/requisito da adequação das consequências. O outro, a conformação de um Roteiro de Avaliação - dividido em duas partes – passível de ser aplicado não só nas decisões selecionadas, mas em qualquer outra decisão jurídica proferida dentro do paradigma do Estado Constitucional. A opção por reunir, e uma só seção, estes dois objetivos deve-se ao fato de que a boa compreensão da “adequação das consequências” passa necessariamente pela sua interação com os demais critérios/requisitos. A construção do Roteiro de Avaliação também exigiu um exame apurado de como os critérios/requisitos interagem entre si. Portanto, pareceu ser mais eficiente uma seção que abrigasse tanto o sobredito critério/requisito, como o Roteiro.

Entretanto, é importante destacar que mapear a interação entre os critérios/requisitos não foi uma tarefa fácil. Explica-se. Como foi dito nas linhas introdutórias desta pesquisa, as propostas de MacCormick (2008) e Atienza (2017) destacam-se pelo didatismo com que desdobram esses critérios/requisitos. Entretanto, a integração entre eles não é algo que verte claramente das obras. As interfaces que eventualmente os autores fazem entre esses critérios/requisitos se dá de forma esparsa e desarticulada. O desafio da última seção, portanto, foi organizar e sistematizar a interação entre esses critérios/requisitos, de maneira que fosse possível compreender satisfatoriamente a adequação das consequências, ao mesmo tempo em que pudesse ser construído um “Roteiro de Avaliação” de decisões. Acredita-se que esse objetivo tenha sido alcançado. Vejamos.

2.4 O CRITÉRIO DA UNIVERSALIDADE

O critério da universalidade, na visão de Atienza (2017) e MacCormick (2008), deve ser compreendido sob duas perspectivas; uma atenta ao passado e outra ao futuro. Com relação ao passado (que, a partir de então, será denominada de “universalidade retrospectiva”), assenta-se na concepção de que uma conduta que venha a ser julgada, no caso presente, como aprovada (ou reprovada), diante de determinadas circunstâncias, deverá ter sido julgada, desta mesma forma, em casos anteriores (claro, desde que a decisão do caso presente não seja original). Com relação à perspectiva voltada para o futuro (que, a partir de então, será denominada de “universalidade prospectiva”), a conduta considerada aprovada (ou reprovada), na decisão presente, deverá ser assim

considerada em todos os outros julgados em que ela venha a ser repetir, diante das mesmas circunstâncias.

Colocado nos termos da justificação da autoridade decisora, Atienza (2017, p. 131), ao se referir à universalidade retrospectiva, diz que os fundamentos da decisão não podem ser “*ad hoc*”; que se, por exemplo, no caso C a norma N é interpretada no sentido N’ é porque essa foi também a interpretação que no passado se fez nos casos análogos à C”. MacCormick (2008, p. 120), ao se referir à universalidade prospectiva, diz que “os fundamentos para o julgamento neste caso [caso presente] sejam tidos como repetíveis em casos futuros”.

Atienza (2017) destaca que a universalidade (sempre que mencionada dessa forma, o termo “universalidade” significa tanto a universalidade retrospectiva, como a prospectiva) alcançaria tanto as premissas normativas, como as premissas fáticas que compõe o processo silogístico do caso levado à julgamento. Colocando esses termos dentro da estrutura normativa proposta por MacCormick (2008), no primeiro capítulo, tem-se que, se o julgador entendeu, no passado, que as premissas fáticas do caso corresponderam à concretização do Fato Operativo (FO) da regra, logo, deu-se a consequência normativa (CN), então, sempre que essas premissas fáticas (caso concreto) ou análogas forem levadas a julgamento, a solução deverá ser sempre a mesma consequência normativa (CN).

Atienza (2017) vai mais longe e destaca que a universalidade deve se dar também em relação ao juízo de probabilidade aplicado em relação às premissas fáticas. Por exemplo, se as ocorrências dos fatos X, Y e Z (fatos do presente), aos olhos do julgador, significaram, por um raciocínio indutivo, que o fato P ocorreu (P é um fato ocorrido no passado que não teve como se provar de forma dedutiva), logo, sempre que os fatos X, Y e Z se repetirem, será verdadeira a ocorrência do fato P, a não ser, é claro, que a ocorrência do fato P venha a ser desmentida posteriormente por alguma lei científica ou máxima da experiência.

Do que foi dito até aqui, portanto, tem-se que a universalidade exige que a autoridade decisora observe o passado para julgar o presente, de modo a garantir que os indivíduos tenham a liberdade de adotar condutas futuras, prevendo a consequência de suas ações. Ou, como diz MacCormick (2008, p. 120), se a justificativa do decisor cumprir o requisito da universalidade (ressaltando: universalidade retrospectiva e prospectiva), funcionará como um “conector universal”, na medida em que permitiria a derivação de regra geral, a partir dos casos particulares do passado e do presente. Neste

sentido, a autoridade julgadora, ao justificar sua posição, além de resolver o caso presente, como diz MacCormick (2008, p. 116), estará também “universalizando [universalidade prospectiva] os elementos particulares”, de modo a orientar os indivíduos sobre como conduzir suas ações futuras.

Em função disso, destaca o autor escocês, a universalidade requer decisões cuidadosamente construídas, usando-se palavras guiadas com “objetivos legislativos”, evitando-se, na maior medida possível, o uso “terminologia vaga e de textura aberta que encontramos em conceitos jurídicos indeterminados” (MACCORMICK, 2008, p. 308/309). Além da preocupação com a linguagem, os aspectos mais gerais das premissas fáticas do caso concreto deverão ser transportados para a fundamentação da decisão na forma de “enunciados de tipo universal”, como destaca Atienza (2017, p.132). Deste modo, segundo o autor escocês, a preocupação que deve guiar a autoridade decisora na universalização de casos particulares exige dela, além da busca pela justeza terminológica, o discernimento ao selecionar, dentre a complexidade de elementos que permeiam os fatos do caso concreto, aqueles capazes de precisar os limites do permitido, proibido ou obrigatório, sem, contudo, estabelecer um detalhamento tão caótico, que prejudique o objetivo legislativo da regra jurisprudencial.

Essa tarefa de encontrar o meio termo – um ponto ótimo - entre o detalhamento excessivo e a abertura exagerada, como diz MacCormick (2008, p. 124), significa um “tipo qualificado de universalização”, e uma boa técnica de alcançá-lo é pelo argumento de exceção expresso, visto neste capítulo, ou seja, dizendo “o que devemos fazer, ao mesmo tempo alertando para considerar razões contrárias”. Entretanto, como se sabe, a complexidade da vida nunca permitirá que se anteveja cada possibilidade que se pretenda evitar, portanto, como diz MacCormick (2008, p. 124), “não existe regra de decisão perfeita e completa, capaz de esclarecer cada qualificadora [ou classificação] concebível e cada condição [ou Fato Operativo] capaz de modificar as conclusões quanto a seu objeto”.

Portanto, a avaliação do requisito da universalidade exigirá que o examinador – aquele que analisa e avalia decisões - afira se há um compromisso da autoridade julgadora com relação a dois aspectos. O primeiro é o compromisso com os precedentes, seja alinhando-se a eles, seja justificando as razões pelo não alinhamento (universalidade retrospectiva). O segundo é o compromisso do julgador em estabelecer as condições para que os indivíduos projetem suas ações futuras, prevendo o que é autorizado, proibido ou permitido (universalidade prospectiva).

Essas ideias de MacCormick (2008) advêm do que ele chama de reconstrução racional da doutrina do precedente. Sempre partindo do pressuposto de que em qualquer sistema jurídico (*common law*, *civil law* ou misto), em maior ou menor medida, o Direito jurisprudencial tem sua influência no julgamento do caso presente, o autor escocês conclama que as decisões jurídicas sejam encaradas com mais seriedade pelos operadores do Direito. Dentro desta concepção, o autor defende que não só a *ratio decidendi*, mas também as *obter dicta* têm sua importância para a previsão, por parte dos indivíduos, do que pode ser tido como proibido, autorizado ou permitido pela autoridade julgadora. Para MacCormick (2008, p. 211), “as *obter dicta* não devem ser desconsideradas simplesmente por não serem vinculantes. Afinal de contas elas incluem as discussões judiciais sobre os valores inerentes do Direito, seu sopesamento de princípios e suas tentativas de formular princípios jurídicos menos explícitos”. Nessa mesma linha, o autor diz que a *dicta* tem um valor muito amplo como “elemento do discurso jurídico” e que desempenham um “enorme papel no argumento por analogia no Direito, e argumento por analogia é uma forma importante de argumento no Direito” (MacCormick, 2008, p. 211). Segundo o autor, a *ratio* resume todo o raciocínio do decisor que foi (ou deveria ser) disposto na *dicta*, portanto, a compreensão e aplicação segura da *ratio* não prescinde da *dicta*.

Essa valorização da *dicta* repercute na forma como o requisito da universalidade retrospectiva e prospectiva deve ser avaliado. Isso porque, não será levado em consideração exclusivamente a *ratio decidendi* da decisão presente, verificando se ela está alinhada com decisões anteriores e se suas disposições permitem prever julgamentos futuros. Será avaliado também se as *obter dicta* contribuem ou dificultam esse processo. Nesse sentido, as *obter dicta* servem como parâmetros para que, por meio da analogia, verifique-se o alinhamento com os precedentes e o compromisso da autoridade julgadora com a projeção das condutas futuras.

Toda essa preocupação cresce de importância, quando as partes que se antagonizam na lide - ou o próprio julgador - empregam o argumento de exceção implícito. Esse, como dito em linhas anteriores, é o principal argumento presente nos “casos de excessivo rigor” seja ele levantado pelas partes ou julgador. Neste tipo de cenário, alega-se que a aplicação do sentido ordinário de uma regra - legislada ou jurisprudencial - resultaria em circunstâncias anômalas, pois autorizaria a tomada de uma conduta que não satisfaz o princípio que sustenta a regra ou outros princípios do sistema. Argumentos acessórios podem reforçar a exceção como a ideia de que, por mais prudente e cuidadoso que tenha sido o conformador da regra, ela - a regra - nunca conseguiria

abarcam exaustivamente todas as situações. Poderia ser dito ainda que a evolução social e tecnológica teria superado a regra, ao viabilizar a ocorrência do fato concreto que, apesar de estar permitida pelo sentido ordinário do Fato Operativo (FO) da regra, seria uma conduta reprovável por não satisfazer o princípio que a sustenta ou outro do sistema. Argumentos teleológico-avaliativos também poderiam ser evocados para apontar os fins da norma. Poderia ser questionada o próprio significado de CN que, em função da peculiaridade do caso, poderia ser aplicado de forma diferente. Enfim, supondo-se que o julgador decida por excepcionar a conduta, diante dos argumentos que disputaram o caso, não aplicando-lhe o sentido ordinário da regra, como ficaria a universalidade ?

MacCormick (2008, p. 125 e 328) entende que o argumento de exceção implícito deverá ser universalizado prospectivamente, de modo a constituir o que ele chama de “exceção universal”. Em outras palavras, o autor entende que, além das demais exigências do critério da universalidade, mencionadas em linhas anteriores, o julgador deverá apontar, no corpo da justificção, “ao menos implicitamente” (MacCormick, 2008, p. 328), os limites da nova regra que está sendo produzida. Trazendo para o contexto do que foi dito acima, pode-se dizer que os elementos fáticos, presentes no caso julgado, que vierem a ser entendidos como relevantes - ou seja, que tenham produzido a ressignificação dos Fatos Operativos (FO) ou da Consequência Normativa (CN) - devem ser descritos de forma clara e objetiva na fundamentação da decisão, além de serem enunciados de forma universalizada.

Essas preocupações devem guiar até mesmo os casos mais singulares, os mais improváveis de se repetirem. Como exemplo, MacCormick (2008) cita o caso das irmãs Jodie e Mary, julgado pela Corte de Apelação da Inglaterra. Tratam-se de gêmeas siamesas que, se permanecessem juntas, morreriam as duas. Se Mary se separasse, não sobreviveria, já Jodie teria condições de viver. O caso, portanto, centrava-se em excepcionar uma conduta *prima facie* proibida - tirar a vida de outrem - para autorizar a separação de Jodie, o que significaria necessariamente na morte de Mary. MacCormick (2008, p. 119) diz que o colegiado decidiu que a operação era “juridicamente permissível e mesmo obrigatória”. Todavia, o destaque do caso está na preocupação que a Corte de Apelação demonstrou em delimitar, ao máximo, as condições fáticas que autorizariam a argumentação de exceção. A saber:

“Para evitar que se pense que esta decisão possa se tornar um precedente de dimensões mais amplas, de tal modo que um médico, tendo determinado que seu paciente não pode sobreviver, mate o

paciente, é importante reafirmar as circunstâncias únicas para as quais este caso pode ser considerado um precedente. Elas consistem em que seja impossível preservar a vida de X sem acarretar a morte de Y, que Y, pelo só fato de se manter vivo, vá inevitavelmente ocasionar a morte de X em um espaço curto de tempo, e que X seja capaz de sobreviver independentemente mas Y seja incapaz de fazê-lo sob quaisquer circunstâncias (incluindo quaisquer formas de intervenção médica). Como eu disse no início do julgamento, este caso é bastante único”. (MACORMICK, 2008, p. 119).

Toda essa preocupação, trazida pelo critério da universalidade, em tornar as decisões jurisprudenciais universalizadas prospectivamente, tem relação com a distinção existente entre o “interpretar” de um texto jurisprudencial e o “interpretar” de um texto legislado. Em linhas gerais, os fundamentos dessas duas atividades é o mesmo. Entretanto, algumas especificidades, apontadas por MacCormick (2008), parecem justificar as exigências da universalidade.

Nos textos legislativos, segundo MacCormick (2008, p. 186), “cada sentença tem força de Direito ou de uma parte do Direito, exatamente como o legislador resolveu editá-la”. Por outro lado, interpretar um texto jurisprudencial exige um esforço a mais do intérprete, na medida que é preciso identificar a *ratio decidendi*, algo nem sempre fácil e muitas vezes controverso e, só então, ter-se-ia o Direito. Esse esforço adicional do intérprete pode ser minimizado pelo atendimento das exigências da universalidade.

2.5 O CRITÉRIO DA CONSISTÊNCIA

Destaca MacCormick (2008) que a consistência não admite graduação, vale dizer, nas palavras de Atienza (2017, p. 133), que “é uma propriedade [da justificação] que simplesmente se dá ou não se dá”. Ela deve ser compreendida sob dois vieses.

Um deles consiste na exigência de “não contradição lógico-formal”. Exige que as justificativas atendam um formato inferencial entre as premissas consignadas em suas razões. Pode-se falar ainda na exigência de uma não contradição interna das premissas do discurso decisório. Esse seria um critério, como afirma Atienza (2017), aceito por quase todas as teorias do Direito (incluindo as mais céticas). O autor espanhol chega a dizer que é relativamente difícil a ocorrência de decisões, cuja motivação incorra em erros de lógica formal. Por vezes, a inconsistência se dá pela omissão de uma premissa que teria sido entendida como implícita pelo julgador, de forma que - como diz Atienza (2017, p. 129) - “basta adicionar algumas premissas” para tornar o argumento consistente.

De toda sorte, é um aspecto básico que deve ser avaliado na decisão que almeje ser acolhida pelo Estado Constitucional. Um exemplo dessa inconsistência seria a decisão em que o TCU determina a anulação de uma dispensa de licitação de obras e serviços de engenharia, sob a justificativa de descumprir o Inciso I, do Art 24, da Lei 8666/93 (este dispositivo define o valor máximo para que esse tipo de contratação se dê sem prévio certame), ao passo que, consta dos autos documentação que demonstra o contrário, que a dispensa se deu dentro dos valores definidos pelo sobredito dispositivo e cuja veracidade não foi contestada por nenhuma das partes envolvidas, nem mesmo pelos órgãos e Ministros da Corte.

O outro viés da consistência é que os eventuais conflitos entre as regras (legisladas ou jurisprudenciais) que fundamentam a decisão e outras do sistema sejam enfrentadas e a escolha do decisor seja justificada. Os cânones de interpretação e as regras para solução de antinomias (ditas aparentes), combinadas com algumas formas especiais de argumentos jurídicos (os argumentos *a contrario senso*, *a fortiori*, *ad absurdum* e outros) podem auxiliar neste trabalho.

2.6 O CRITÉRIO DA COERÊNCIA NORMATIVA E NARRATIVA

Atienza (2017) e MacCormick (2008) dizem que, enquanto a consistência traz consigo a ideia de uma dedução em sentido forte, pois advém de regras e fatos, o critério da coerência pressupõe uma dedução em sentido fraco. Isso ocorre, pois o critério da coerência está relacionado à compatibilidade das razões consignadas pelo decisor, em relação a princípios presentes na ordem jurídica.

O critério da coerência, portanto, é uma exigência muito própria do paradigma do Estado Constitucional. Segundo MacCormick (2008), a coerência se configura pela utilização de fundamentos construídos sobre o pressuposto de que a imposição de regras, sejam elas legisladas ou jurisprudenciais, sem a exigência de uma sustentação valorativa, poderia gerar decisões arbitrárias para os padrões atuais. Nessa linha, o autor escocês destaca que, no Direito legislado, o fundamento de coerência trabalha o princípio subjacente à regra, corrigindo ou reforçando sua aplicação ou apontando o fim pretendido por ela. Neste empreendimento – destaca MacCormick (2008, p. 265) – é possível que surja nova regra, mas ela não será arbitrária nem puramente retrospectiva, pois, a partir dos pressupostos que sustentam a ideia de coerência, a nova

regra estaria sustentada por princípios do Direito, portanto não podem ser consideradas “versões inaceitáveis da legislação pelos juízes”.

No Direito jurisprudencial, a coerência consiste em buscar o princípio implícito em cada julgado e, a partir dele, derivar a decisão para o caso em julgamento.

Note-se que, tanto no Direito legislado, como no jurisprudencial, há uma pressuposição de que as regras (jurisprudenciais ou legisladas) resultam de atividades racionais, guiadas por um ideal de justiça e bem comum.

Saber se a atividade jurisprudencial é uma atividade racional (ou não) é algo que, de acordo com os pressupostos desta pesquisa, pode ser avaliado e isso é o que se pretende fazer em relação às decisões selecionadas do TCU. No entanto, saber se a atividade legislativa é racional (ou não) é algo que ficará em aberto. Essa é uma preocupação que Atienza (2017) agenda para futuros estudos (argumentação legislativa)⁷³. Por ora, assume-se a proposta de MacCormick (2008) que, apesar das críticas que faz a essa visão ideal da atividade parlamentar, entende ser a concepção disponível mais consentânea com o Estado Constitucional. Mais do que isso, o autor destaca que a busca pelo princípio, por trás das regras, deve trabalhar com a ideia da “intenção objetiva” da Lei. Quer dizer com isso que a busca por elementos externos ao trabalho de conformação da lei (manifestações particulares de parlamentares, por ocasião da feitura da regra, por exemplo), traduziria uma intenção subjetiva, que, nem sempre, revelaria a intenção do corpo parlamentar, consideradas as multiplicidades de fatores de influência, como *lobs*, maioria da Casa, etc.

Tudo o que foi tratado até aqui diz respeito à coerência normativa. Todavia, o critério da coerência exige ainda que a narrativa dos fatos, consignada no discurso decisório com o intuito de considerar provada uma hipótese, seja coerente. Essa é a coerência narrativa. Nas palavras de Atienza (2017, p. 133), a coerência narrativa “é o que permite considerar como provado determinado fato, uma hipótese fática, porque é o que melhor se encaixa em uma série de fatos probatórios e leis científicas, relações de causalidade, máximas de experiência, etc, que nos permite explicar o mundo”.

2.7 O CRITÉRIO DA ADEQUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS E O ROTEIRO DE AVALIAÇÃO.

⁷³ Nascimento (2018) e Cirne (2018) apresentam investigações sobre essa temática.

O critério/requisito da adequação das consequências funciona como um parâmetro que testa os demais critérios/requisitos, perante princípios da ordem jurídica presentes no caso. No contexto da descoberta, a autoridade decisora, após examinar a universalidade retrospectiva, a consistência e a coerência (normativa e narrativa) de sua decisão (não necessariamente nessa ordem), deverá projetar suas consequências e então aferi-las em relação à satisfação/afetação dos princípios que orbitam o caso julgado. Caso a relação de afetação/satisfação não se mostre aceitável, significa que a decisão não atenderia o critério da adequação das consequências, caso fosse prolatada nesses termos. Caso haja mais de uma solução consistente, coerente e retrospectivamente universal, a decisão adequada, no que diz respeito a suas consequências, será aquela mais aceitável, perante os princípios em jogo.

Já aqui, a partir dessa noção geral da forma como os critérios/requisitos interagem, surgem algumas questões que precisam ser respondidas: 1) Onde entra a universalidade prospectiva nesse processo ? 2) Quais consequências o julgador deverá considerar ? 3) Como aferir a aceitabilidade das consequências perante os princípios envolvidos no caso ou, pelo menos, como justificar a escolha pela aceitabilidade ou rejeição das consequências? 4) A partir do momento que se reconhece a melhor decisão a partir das suas consequências, estar-se-ia assumindo uma perspectiva realista do Direito (realismo jurídico) ?

Pretende-se responder todas essas indagações no decorrer da presente seção. Começando pela última, a resposta é não. Distintamente de teóricos do realismo, as ideias de MacCormick (2008) e Atienza (2017) submetem as consequências da decisão a um teste perante o Direito, pelo exame de satisfação/afetação dos princípios envolvidos e não a elementos extrajurídicos.

Quanto à segunda indagação, MacCormick (2008) afirma que as soluções disponíveis na teoria do Direito se situariam em dois extremos. A primeira exclui toda e qualquer possibilidade de justificar racionalmente uma decisão, a partir de suas consequências. No outro extremo, haveriam aquelas posições que defendem que a decisão correta é a que consegue produzir o melhor resultado, dentro de uma relação de custo- benefício.

As duas posições, na visão de MacCormick (2008), não seriam adequadas à luz do paradigma do Estado Constitucional. A primeira peca por ignorar a possibilidade da existência de consequências notoriamente previsíveis, cujo impacto na vida das pessoas (ainda que potencial), não poderia ser ignorado, em face dos fins do Direito. A

fragilidade do segundo posicionamento, por sua vez, assenta-se na dificuldade de antever a cadeia de consequências que resultaria da decisão. Essas seriam infinitas - tanto no que diz respeito a seus efeitos diretos, como os colaterais - e as instituições com autoridade decisória (judiciais e administrativas) são mal aparelhadas para fazer, de forma segura, esse tipo de projeção. Como ressalta Atienza (2017) e MacCormick (2008), por mais que se evoquem modelos de eficiência econômica para solucionar esses problemas, eles não são decisivos, pois, a depender do modelo utilizado, é possível que se chegue a resultados diferentes, já que veem a eficiência econômica de forma distinta, como ocorre em relação ao método de Pareto e Kaldor-Hicks, esses exemplificados pelo autor espanhol.

Ponto interessante diz respeito à aferição das consequências comportamentais em face da decisão. MacCormick (2008) admite que este seria um tema em aberto, haja vista a existência de estudos sobre o comportamento humano que demonstram o quão difícil e impreciso é estabelecer a relação entre alterações jurídicas (legislativas e jurisprudenciais), ocorridas no passado, e os reflexos comportamentais do presente, que dirá fazer projeções (futuras) e, pior ainda, o julgador valer-se deste tipo de argumento para justificar sua decisão.

MacCormick (2008, p. 139) propõe então uma posição conciliatória, que escape do que ele chama de “armadilhas” do consequencialismo. Para o autor escocês, o decisor deverá considerar, em sua fundamentação, somente as “consequências jurídicas” (também denominadas de “implicações normativas”), não as “práticas”. Essas últimas, na visão do autor, consistem nos efeitos “causais” e “comportamentais” decorrentes da decisão, ou seja, aqueles que os modelos de eficiência econômica se propõem a calcular e que os estudos sobre o comportamento humano não conseguiram aferir. As consequências jurídicas, por sua vez, consistem nas repercussões, para o Direito, das escolhas interpretativas do julgador em relação a normas e fatos. Elas poderão inclusive corresponder às projeções das consequências práticas para dentro do ordenamento jurídico, de modo que o julgador, ao fundamentar sua decisão, deverá justificar suas escolhas interpretativas em face das suas implicações na ordem normativa e não nos possíveis comportamentos das pessoas ou em eventuais resultados causais.

Valendo-se do exemplo das irmãs siamesas, mencionado em linhas anteriores, as consequências jurídicas seriam a violação do direito à vida de uma das irmãs, caso a cirurgia não fosse autorizada, ao passo que, a autorização da cirurgia, embora descriminalizasse o ato de tirar a vida de alguém, salvaria a vida de, pelo menos, uma das gêmeas. É a esse tipo de consequência que os autores se referem, quando tratam

do critério/requisito de adequação às consequências. É na repercussão na ordem jurídica vigente que deve estar focada a preocupação consequencialista do decisor.

MacCormick (2008) chega admitir a possibilidade, em situações bem específicas, de que consequências de natureza comportamental e causal venham a ser consideradas pelo decisor em sua fundamentação. Com relação às causais, isso ocorreria quando há um impacto evidente e indiscutível na vida das pessoas (ainda que potencial), de maneira que não poderia ser ignorado, em face dos fins do Direito. As consequências comportamentais, poderia ser utilizada para justificar uma decisão quando, por exemplo, a solução adotada seria a que mais estimularia uma (ou mais de uma) conduta comportamental desejável, perante os demais critérios, ou que desincentivaria uma (ou mais de uma) conduta indesejável perante esses mesmos critérios.

Este pesquisador entende ser desnecessária a ressalva de MacCormick (2008), se considerada a leitura de que as consequências jurídicas podem corresponder às projeções das consequências práticas dentro do ordenamento jurídico. De modo que, a (in)desejabilidade evidente dos efeitos causais ou comportamentais de uma decisão só são assim - na própria concepção do autor escocês - porque não atendem aos fins do Direito, logo, podem ser traduzidos para uma fundamentação em termos de consequências jurídicas.

Mas o que fazer depois de identificar as consequências jurídicas. O próximo passo seria aferir a satisfação/afetação dessas consequências em relação aos princípios em jogo. Neste ponto é preciso fazer uma rápida retomada de pressupostos estabelecidos nesse capítulo e no anterior.

Como visto no primeiro capítulo da dissertação, as regras (de ação ou de fim) pressupõe a existência de princípios (em sentido estrito e diretrizes) subjacente a elas. Na presente seção, foi visto que o julgador, no contexto da descoberta da decisão, antes de chegar ao exame da adequação das consequências, verificará se os fundamentos que pretende justificar sua deliberação são consistentes, retrospectivamente universais e coerentes normativa e narrativamente (não necessariamente nesta ordem). Isso significa que: a aprovação/reprovação da conduta deverá estar em consonância com os fatos e regra que fundamentou a decisão e, eventuais conflitos (ditos aparentes) com outras regras, deverão estar devidamente dirimidos (consistência); a aprovação/reprovação da conduta sob julgamento deverá ter sido igualmente aprovada/reprovada em decisões anteriores (se existirem), caso tenha se dado em circunstâncias análogas à situação em julgamento (universalidade retrospectiva); e a aprovação/reprovação da conduta deverá estar

harmonizada com o princípio subjacente à regra subsumível ao caso (coerência normativa) e os fatos narrados no discurso devem guardar congruência entre si (coerência fática).

E é após esse exame que o julgador projetará as consequências jurídicas de sua decisão e examinar o quanto elas satisfariam o princípio subjacente à regra que fundamentou sua decisão (o princípio considerado no exame da coerência. Por óbvio que essa relação será somente de satisfação), cotejando esse exame com o nível de afetação de outros princípios do sistema que orbitam o caso. Neste exame, MacCormick (2008) entende que se a afetação promovida pelas consequências da decisão a determinado princípio for maior que a satisfação do princípio subjacente à regra que fundamenta a decisão pretendida pelo julgador, a decisão não seria razoável, portanto a relação entre o ideal de previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito estaria desequilibrada, logo a decisão não seria acolhida pelos paradigmas do Estado Constitucional. Em contrapartida, se o grau de satisfação do princípio subjacente à regra que fundamenta a decisão pretendida for maior que a afetação ensejada a outros princípios, a decisão seria razoável, equilibrada, portanto acolhida pelas exigências do Estado Constitucional.

Atienza (2017) lembra que esse raciocínio ponderativo corresponde à aplicação do princípio da proporcionalidade proposto por Alexy (2017). De fato. A relação de afetação/satisfação, apresentada pelo autor escocês, entre princípios de mesma estatura corresponde ao que Alexy (2017, p. 167, 569 *et passim*) denomina de “Primeira Lei do Sopesamento”. As ideias do autor alemão tendem a ser muito úteis tanto para a condução do raciocínio ponderativo do julgador (contexto da descoberta), como para orientá-lo na tarefa de justificação desse raciocínio (contexto da justificação). O raciocínio proposto por Alexy (2017) sugere uma estruturação que orienta o julgador a examinar a colisão de princípios sob quatro enfoques distintos e transversais entre si. Esses “enfoques” são: a afetação do princípio atingindo pela consequência da decisão pretendida; a satisfação do princípio subjacente à regra que fundamenta a decisão; o peso abstrato dos princípios em jogo e a confiabilidade das premissas envolvidas. A análise “quadrisegmentada” da colisão permite que a complexidade do embate possa ser reduzida para questões menores, sem que isso signifique um isolamento do resultado da análise de cada um dos enfoques.

No tocante à confiabilidade das premissas, Alexy (2017, p. 617-618) formula o que chama de “Segunda Lei do Sopesamento”. Segundo ele, não é admissível que uma medida afete seriamente (o grau mais elevado dentro da escala de três níveis proposta

pelo autor) um princípio, sem que as “premissas” que sustentem tal afetação gozem de alto grau de certeza. Colocando essa relação sob outra perspectiva, seria o mesmo que afirmar que, quanto maior a afetação ou a satisfação dos princípios em colisão, tanto maior deverá ser a certeza das “premissas” que sustentam esse quadro.

Este ponto se mostra intrinsecamente ligado à dois aspectos já tratados nesta pesquisa. O primeiro diz respeito à problematização das provas que sustentam a decisão pretendida. O julgador não pode entender que a satisfação do princípio subjacente à regra que fundamenta sua decisão é elevada, se não valorar de forma proporcional o conjunto probatório que sustenta sua decisão. Essa valoração enseja, principalmente, desconstruir os argumentos opostos que tenham sido consignados pelos envolvidos no processo – sejam partes da lide ou juízo *a quo*. O outro aspecto se liga a esse. Diz respeito ao destaque, registrado por Atienza (2017), quando tratou da universalidade assentada em juízo de probabilidade, quanto a produção de provas (exemplos das provas X, Y e Z e a prova indutiva P). A valoração desse raciocínio indutivo deve ser proporcional à satisfação do princípio que sustenta a regra da decisão.

Note que a inadequação da consequência jurídica da decisão pretendida (que, como visto, ocorrerá se o julgador entender que o grau de satisfação do princípio que sustenta a decisão for menor que o grau de afetação do princípios atingido pela consequência) corresponde ao que MacCormick (2008) chamou de “circunstância anômala” capaz de justificar a evocação do argumentação de exceção, mencionado em seção anterior. Neste caso, o próprio julgador poderá problematizar a aplicação da regra pretendida – ou poderá acolher as exceções já consignadas por partes da lide - e buscar uma outra solução para o caso.

Todavia, é importante ressaltar que não se está afirmando que a metodologia proposta por Alexy (2017) teria condições de apontar o resultado da ponderação entre princípios em colisão. Não é disso que se trata, mas apenas uma proposta destinada ao julgador do que deve ser considerado neste exame ponderativo e como ele poderá justificar, de forma transparente e racional, sua opção.

Outro esclarecimento ainda é necessário. A partir do que foi dito nessas últimas linhas, a respeito do raciocínio que se desenvolveria na dimensão psíquica do julgador, pode parecer que está a se negar o que se falou anteriormente sobre papel da Teoria da Argumentação Jurídica no que tange ao contexto da descoberta e da justificação. Mas não é disso que se trata, mas sim um reforço daquilo que foi explanado. Explica-se. Quando tratou-se, na presente seção, de como a autoridade decisora

desenvolve seu raciocínio no contexto da descoberta, na verdade, está a se dizer, de uma forma didática, qual raciocínio espera-se, à luz das exigências do Estado Constitucional, que o julgador consigne na justificativa da sua decisão (contexto da justificação), ainda que implicitamente.

Com essas colocações, espera-se ter respondido a terceira questão, consignada em linhas acima. Resta, portanto, a última indagação que diz respeito à universalidade prospectiva. Onde ela ingressaria nesta sequência ?

Respondendo, tem-se que, uma vez concluída a etapa da adequação das consequências jurídicas, o julgador ingressará no contexto de justificação, momento em que deverá consignar e justificar suas escolhas, demonstrando seu raciocínio nos termos e condições até aqui apresentados. Mas não é só isso. Na tarefa de justificar sua decisão, a preocupação em regular condutas futuras também deverá guiar as disposições do julgador. Neste espírito, a autoridade decisora deverá atender às exigências da universalidade prospectiva esmiuçadas em linhas acima. Há, contudo, algo que precisa ser melhor realçado, já que, naquela ocasião, não se falou em adequação às consequências jurídicas. É que o critério da adequação das consequências, associado à universalidade prospectiva, exigirá que, no momento de justificar suas razões, o decisor aponte os elementos fáticos e normativos necessários para tornar prospectivamente universalizáveis as alterações deonticas promovidas pela sua decisão. Ou seja, o julgador deverá apontar as condições (o FO) que o fizeram chegar à decisão (CN da regra jurisprudencial). A ideia é que seja possível extrair do julgado uma regra capaz de guiar, com segurança, condutas futuras, ainda que, nesse processo, seja necessário inferir aspectos “implícitos” do discurso, como destaca MacCormick (2008, p. 137, 211 e 308), ou fazer um exercício de analogia com os fatos do caso concreto.

Pode-se dizer, portanto, que essa associação da universalidade prospectiva e adequação das consequências convocaria os julgadores a ultrapassarem os limites do caso particularmente considerado e projetarem as repercussões de suas decisões para um contexto mais amplo. Para exemplificar essa associação entre a universalidade prospectiva e a adequação das consequências, MacCormick (2008), mais uma vez, recorre ao exemplo das irmãs siamesas. Quando a Corte decidiu descriminalizar o ato de tirar a vida de outrem (autorizando a cirurgia), procedeu a alteração do estado deontico da regra

que proíbe o homicídio - de proibido para permitido, quiçá obrigatório⁷⁴. No entanto, com vistas a deixar bem claras as condições (o FO) em que essa alteração deontica se daria (CN), evitando assim que a decisão fosse evocada para sustentar condutas outras, a Corte delimitou os elementos que autorizaram a cirurgia dizendo que deve ser “impossível preservar a vida de X sem acarretar a morte de Y, que Y, pelo só fato de se manter vivo, vá inevitavelmente ocasionar a morte de X em um espaço curto de tempo, e que X seja capaz de sobreviver independentemente mas Y seja incapaz de fazê-lo sob quaisquer circunstâncias (incluindo quaisquer formas de intervenção médica)”.

A partir da sistematização ora apresentada, é possível dizer que a tarefa do avaliador de decisões consistirá em verificar os seguintes quesitos: se a autoridade decisora apontou os precedentes que sustentam suas premissas ou mostrou as razões da divergência; se a autoridade decisora apontou as regras que escolheu para sustentar sua decisão, tratando de eventuais conflitos com outras regras e se justificou suas escolhas; se o julgador apontou os princípios subjacentes às regras escolhidas e aqueles com os quais eventualmente estejam em colisão, esclarecendo quais razões levaram, sob seu olhar, à precedência dos primeiros sobre os segundos; se os fatos narrados estão congruentes entre si; por fim, se o decisor apontou eventuais mudanças deonticas promovidas por sua decisão, esclarecendo as condições gerais e concretas que redundaram nessas mudanças.

Os sobreditos quesitos constituem as perguntas que dão origem à primeira parte do Roteiro de Avaliação proposto nas próximas linhas deste capítulo. Ponto em aberto será saber se as decisões em que o julgador não aponta nenhum precedente seriam tão originais, a ponto de não ter nenhuma decisão, cujo caso se aproxime com o que está em julgamento, ou se faltou, por parte do decisor, um compromisso com a exigência de universalidade retrospectiva.

De toda sorte, supõe-se que a segunda parte do Roteiro de Avaliação pode ajudar nesta questão. Nela, a decisão não seria avaliada individualmente, mas em bloco, em conjunto com outras decisões que: a) tenham sido capturadas sob os mesmos recortes (temporal, institucional, etc); b) julguem casos sobre o mesmo tema; c) contenham uma estrutura argumentativa em comum; d) nessa estrutura, os elementos argumentativos decisivos sejam da mesma natureza.

⁷⁴ “uma operação para separá-las e deixar Jodie viva era juridicamente permissível e mesmo obrigatória” (MACCORMICK, 2008, p. 119)

O objetivo da segunda parte do Roteiro é avaliar um conjunto de decisões, coletivamente consideradas, quanto à universalidade retrospectiva e prospectiva, associada à adequação das consequências. Essa avaliação, quando é possível - ou seja, quando existe mais de uma decisão que atendam aos recortes selecionados - permite que se examine criticamente a universalidade (retrospectiva e prospectiva) e a adequação das consequências, que foram avaliadas individualmente. Afinal, de que adianta, por exemplo, que o julgador aponte as consequências jurídicas de sua decisão de forma satisfatória, se essas consequências conflitam com decisões anteriores ou posteriores. Essa decisão, embora individualmente atenda à exigência de universalidade prospectiva e adequação das consequências, prejudica que se preveja o resultado de futuros julgamentos.

De que adianta ainda que um grupo de decisões individualmente consideradas apontem suas consequências jurídicas com precisão se, ao serem avaliadas em conjunto, se mostrem conflitantes entre si. Caso os conflitos detectados, nessa segunda parte da avaliação, não tenham sido enfrentados pelas decisões avaliadas, pode-se dizer que a universalidade retrospectiva estaria prejudicada, mesmo que as decisões tivessem, cada qual, evocado precedentes que reforçassem suas premissas. Além disso, por óbvio, a universalidade prospectiva e adequação das consequências estaria aniquilada, afinal, não seria possível prever resultados de julgamentos futuros.

Importante destacar que a ideia do Roteiro de Avaliação (primeira e segunda parte) não foi avaliar exclusivamente decisões do TCU, tampouco se restringir às selecionadas. A intenção é mais audaciosa. Por meio do Roteiro, pretende-se contribuir com agentes públicos e seus assessores jurídicos, esses últimos, em suas múltiplas atividades, sejam em lides (administrativas ou judiciais), seja na atividade de consultoria. Por meio do Roteiro de Avaliação, torna-se possível identificar, com relativa precisão, as falhas da decisão avaliada, viabilizando, com isso: uma melhor concentração dos esforços argumentativos voltados para atacá-la, seja em resposta aos órgãos de auditoria interna e externa, seja em processos de apuração de responsabilidades, seja na esfera judicial, enfim, perante qualquer um que aponte a decisão como sustentação de seus argumentos; a elaboração de pareceres mais seguros aos agentes públicos assessorados, sobretudo quando se pretender orientá-los a partir de precedentes, afinal o Roteiro dará subsídios para a escolha de pareceres solidamente sustentados, portanto, mais seguros de serem seguidos. Segue o Roteiro:

Roteiro de Avaliação
Primeira Parte – Avaliação Individual

1) Universalidade Retrospectiva:

- a. A autoridade julgadora enuncia precedente(s) para justificar sua decisão ? Qual(is)?
- b. Qual(is) a(s) premissa(s) fática(s) e normativa(s) do(s) precedente(s) mencionado(s) ?
- c. Quais são a(s) premissa(s) fática(s) e normativa(s) da Decisão avaliada ?
- d. A(s) premissa(s) do(s) precedente(s) é (são) análoga(s) ao caso em julgamento ? Explique ?
- e. Qual(is) regra(s) é(são) possível(is) extrair do(s) precedente(s) mencionado(s) ?
- f. O(s) precedente(s) contribui(em) para justificar a decisão em avaliação ? Em outras palavras, a(s) conduta(s) (re)aprovada(s) na decisão em avaliação também foi(ram) (re)aprovada(s) no(s) precedente(s) citado(s) ? Explique.

2) Consistência

- a. Qual(is) regra(s) foi(ram) escolhida(as) para justificar a decisão ?
- b. Há erro(s) de lógica entre a(s) premissa(s) da decisão ? Qual(is) ?
- c. Há regras que conflitam com a regra (legislada ou jurisprudencial) escolhida para fundamentar a decisão ? A autoridade julgadora enfrentou o conflito ? Explique.

3) Coerência

- a. A autoridade julgadora explica o(s) princípio(s) subjacente(s) à(s) regra(s) escolhida(s) para sustentar a sua decisão ?

- b. A narrativa dos fatos é coerente ?

4) Adequação das Consequências e Universalidade Prospectiva

- a. Há princípio(s) em colisão com o princípio subjacente à regra que fundamentou a decisão ? Qual ?

b. Quais as razões ponderativas foram consignadas pela autoridade julgadora para justificar a escolha do princípio subjacente ?

c. A autoridade julgadora aponta as condutas que passaram a ser proibidas, autorizadas ou obrigatórias, com sua decisão ? Quais seriam elas ?

d. Quais os termos e condições para que as mudanças mencionadas acima ocorram ? Em outras palavras, qual regra seria possível extrair da decisão (se existir)? Enuncie identificando o Fato Operativo (FO) e Consequência Normativa (CN). Há presença de indeterminações nos termos da estrutura dessa regra jurisprudencial ?

Roteiro de Avaliação

Segunda Parte – Avaliação em Conjunto- Exame Crítico da Universalidade Retrospectiva, Prospectiva e Adequação das Consequências

1) Descreva o(s) recorte(s) utilizado(s) para selecionar as decisões entre as quais encontra(m)-se a(s) decisão(ões) avaliada(s) na Primeira Parte.

2) Quais os pontos de aproximação entre as decisões selecionadas ?

3) As decisões estão universalizadas retrospectivamente entre si, consideradas os fatos concretos e as regras extraídas na Primeira Parte ? É possível extrair alguma regra do conjunto de decisões selecionadas ? Qual seria? Ela tem indeterminações ? Ela permite prever o resultado de julgamentos futuros ? Para auxiliar na avaliação, elabore um quadro que permita comparar os termos dos FOs das regras jurisprudenciais de cada decisão avaliada e os fatos concretos(particulares) extraídos da decisão.

Como foi dito nas linhas introdutórias dessa pesquisa, a avaliação pressupõe a análise da justificativa consignada na decisão. Para que seja possível responder as indagações do roteiro ora proposto, é preciso, primeiro, analisar argumentativamente os fundamentos da decisão. Essa tarefa consiste no mapeamento e compreensão, como diz Atienza (2017), dos componentes presentes na justificativa do decisor e pressupõe um método analítico. Esse é o tema do próximo capítulo.

Entretanto antes de passar a ele, em observância ao dever científico, é necessário que se faça breves apontamentos sobre perspectivas de outros autores a

respeito da temática da relação entre previsibilidade e dimensão argumentativa do Direito. Com este propósito, elaborou-se a seção a seguir.

2.8 OUTRAS PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE A PREVISIBILIDADE E A DIMENSÃO ARGUMENTATIVA DO DIREITO

A presente seção mostra concepções distintas das apresentadas no presente capítulo e os contrapontos que entendemos pertinentes.

Neste sentido, Torres (2011), a partir das ideias de Antonio-Enrique Pérez, afirma que a segurança jurídica, no contexto do Estado Constitucional de Direito, significa assegurar a concretização dos valores constitucionais que concorrem para a continuidade axiológica do próprio Estado contemporâneo e cita, como exemplo, “as garantias de liberdades, propriedade e igualdade, os direitos fundamentais, a jurisdição constitucional, a separação de poderes, a sujeição à legalidade dos atos administrativos, as garantias em relação ao Estado”, entre outros. (TORRES, 2011, p.164)

Indo mais além, o mencionado autor afirma que “ a segurança jurídica corrobora o postulado do Estado submetido integralmente à ordem jurídica e à Constituição e seus valores. Um domínio cuja evolução confunde-se com a própria passagem do Estado Absoluto ao Estado de Direito, deste, ao Estado Constitucional de Direito” (TORRES, 2011, p. 164). E continua dizendo

“Nesse modelo, a segurança jurídica não é uma simples derivação do princípio do ‘Estado de Direito’, mas uma garantia de direitos e liberdades fundamentais e, ao mesmo tempo, proteção do Estado, na sua maior amplitude, como garantia de todo o sistema normativo.” (TORRES, 2011, p. 165)

As colocações do autor demonstram uma noção de segurança jurídica que aparentemente difere da que assumimos nessa pesquisa. Entretanto, se visto mais de perto, ao considerarmos que a previsibilidade é ferramenta da promoção da liberdade e igualdade, pilares da fundação do Estado de Direito, é possível encontrar uma convergência com as ideias de Torre (2011) e de Antonio-Enrique Pérez.

No que diz respeito à concepção argumentativista, assumida nessa pesquisa, de que o controle do discurso decisório pode, em alguma medida, contribuir para a garantia dos valores e ideais do Estado de Direito, Enrique Haba faz algumas oposições. O autor da *Universidad de Costa Rica* é um dos críticos mais combativos da Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ) da atualidade.

Por meio de dois artigos publicados na Revista *Doxa*, em 2010, (Haba, 2010a e 2010b⁷⁵), o autor critica o posicionamento dos autores que nos referimos como enquadrados na Teoria *Standard* da Argumentação Jurídica (TSAJ). Em linhas gerais, pode-se dizer que Haba (2010a e 2010b) acusa a teoria *standard* de elaborar modelos argumentativos que não correspondem à realidade da prática jurídica.

Haba (2010a) sustenta seu posicionamento sobre diversos pontos, entre os quais se destacam três. O primeiro seria que a TSAJ ignoraria elementos de ordem extrajurídica que inevitavelmente influenciam a atuação de juízes, como a pré-compreensão a respeito de temas a serem julgados, a opinião pública, a sobrecarga de processos, entre outros. O segundo ponto levantado por Haba (2010a) seria que a TSAJ confundiria elementos normativos e descritivos, de modo que, muitas vezes, apresenta como prática dos juristas aquilo que, na verdade, é uma aspiração. O terceiro ponto da crítica do professor da Costa Rica seria que a TSAJ evitaria enfrentar um problema grave e muito presente na rotina dos debates jurídicos, a “Síndrome Normativista”. Segundo o autor (HABA, 2010a, p. 334-335), este fenômeno consistiria em sete “vícios de argumentação”⁷⁶ comuns nos discursos jurídicos e que corresponderiam ao que se conhece por falácias, erismas e paralogismos.

No que diz respeito ao primeiro ponto, tem-se que a relação entre o contexto da descoberta e o da justificação, assumida pela TSAJ, e mencionada em seção anterior deste capítulo, parece demonstrar que os argumentativistas não ignoram os elementos extrajurídicos, apenas pressupõem controlá-los no momento em que ele é exteriorizado, vale dizer, na prolatação das decisões.

A confusão entre a natureza descritiva e prescritiva que constituiu o segundo ponto da crítica de Haba (2010a), de fato, ocorre, sobretudo se considerada a TAJ alexyana. As vinte e duas regras e seis formas de argumentar do discurso prático geral de Alexy (2001) carregam uma natureza híbrida. Ao mesmo tempo em que apontam a lei, os precedentes, a dogmática, os cânones de interpretação e os argumentos especiais de argumentação, como institutos que já fazem parte da prática jurídica, como argumentos de justificação externa, também revelam um tom prescritivo quando tratam da estrutura do discurso jurídico, parecendo apresentar o modelo de justificação interna e a externa, como condição indispensável para a racionalidade e correção do discurso jurídico.

⁷⁵ Neste artigo, Haba (2010b) não inova, apenas reorganiza as colocações feitas em Haba (2010a).

⁷⁶ “*vicios de razonamiento*”, conforme Haba (2010a, p. 334).

Apesar da sobredita confusão, é coerente o posicionamento de Atienza (2010c), quando, ao responder as críticas de Haba (2010a e 2010b), afirma ser equivocada a busca por uma distinção precisa do caráter descritivo ou prescritivo da TSAJ, como pretendeu o professor da Costa Rica. Sem desmerecer a importância da distinção em certas ocasiões, o autor espanhol entende que o estudo da argumentação jurídica deve se pautar por uma natureza “reconstrutiva”, i.e., combinando os elementos descritivos e prescritivos (Atienza, 2010b, p. 408). O autor espanhol parece ter levado este entendimento a cabo, quando, em sua obra “Curso de Argumentação Jurídica”, (Atienza, 2017), publicada originalmente em 2013, teoriza a análise e avaliação dos argumentos jurídico, destacando o caráter híbrido dos mesmos⁷⁷.

Chega-se, por fim, ao terceiro ponto de sustentação da crítica de Haba (2010a)

- a omissão da TSAJ no enfrentamento da Síndrome Normativista. Essa parece realmente ser uma falha dos argumentativistas. Havia certo “silêncio sepulcral” – valendo-se da expressão utilizada por Haba (2010a) – em torno da questão das falácias, erismas e paralogismos. Atienza (2010c), numa tentativa de justificar essa falta, colocou em dúvida as afirmações do autor da Costa Rica, quanto à frequência massiva com que os sobreditos vícios de argumentação ocorreriam na prática jurídica diária, ventilando, inclusive, a ausência de elementos empíricos que comprovassem esta afirmação⁷⁸.

Ainda que uma eventual investigação concluísse que os vícios em comento fossem raros no dia-a-dia da prática jurídica, isso não diminuiria a importância de detectá-los. A controlabilidade dos argumentos jurídicos é a proposta mestra dos principais teóricos da argumentação jurídica *standard*. Deste modo, torna-se inafastável a necessidade de identificar a presença de erismas, paralogismos ou falácias, já que se tratam de elementos retóricos com potencial para induzir o interlocutor ao erro, ameaçando à racionalidade do discurso. A mera potencialidade da ocorrência de uma ameaça à racionalidade já é suficiente para justificar seu controle. Não se faz necessário aferir a quantidade de ocorrência desta ou daquela ameaça para, só então, se preocupar em controlá-las.

⁷⁷ Pressupostos utilizados nesta pesquisa.

⁷⁸ Atienza (2010b, p. 407) aponta ainda que Alexy e Aarnio enfrentaram o tema, porém de forma superficial.

No “Curso de Argumentação Jurídica”, como visto, publicado três anos depois dos referidos artigos, Atienza (2017) dedica-se, de forma um pouco mais detida⁷⁹, aos estudos dos vícios de argumentação. Entretanto, diante dos riscos que tais vícios podem oferecer à racionalidade do discurso, os instrumentos teóricos oferecidos naquela obra ainda parecem modestos para o enfrentamento do tema. Na verdade, ainda que a valorização da concepção pragmática da argumentação, promovida Atienza (2017), tenha contribuído com o aprimoramento da TSAJ, é evidente a posição secundária que o autor destinou à retórica, se comparada à da dialética, ponto que revela oportunidade de melhoria para o futuro da teoria.

⁷⁹Se comparado à obra “Razões do Direito” (Atienza, 2016).

3 UM MÉTODO DE ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DE DECISÕES

Como dito nas linhas introdutórias dessa pesquisa, a avaliação de uma decisão pressupõe uma etapa anterior: sua análise. E é este o objetivo deste capítulo, propor um Método de Análise capaz de servir não só às decisões selecionadas de “casos de excessivo rigor” mas para qualquer decisão judicial ou administrativa.

Como já mencionado nas linhas introdutórias dessa pesquisa, a análise de uma decisão pressupõe - na perspectiva de Atienza (2017), assumida neste trabalho - compreender que a dimensão argumentativa do Direito abarca, de forma integrada, os componentes (ou enfoques) inferencial, material e pragmático.

O componente inferencial refere-se à estrutura silogística que emoldura - valendo-se da expressão de MacCormick (2008) - o processo argumentativo jurídico. Foca-se na relação de justificação interna⁸⁰ entre as premissas. Sob este enfoque, a inferência tem natureza dedutiva e indutiva. Na primeira, sendo as premissas verdadeiras, necessariamente a conclusão também o será. Na indutiva, a passagem das premissas para a conclusão se dá por meio de um juízo de probabilidade. Citando Alchourron (1995), Atienza (2017) diz que a lógica dedutiva é reflexiva, monótona e transitiva. Reflexiva porque a conclusão não contém nada que já não estivesse na premissa. Transitiva, pois as conclusões advêm exclusivamente das premissas. Monótona, pois, mesmo que se adicionem novas premissas, a inferência seguirá até a mesma conclusão. Todavia, o raciocínio jurídico e a vida cotidiana não são monótonos, nem sempre reflexivos e transitivos. Lacunas, antinomias, indeterminações da linguagem e valorações são fatores que, como já mencionado e reconhecido por Atienza (2017), tornam o componente inferencial insuficiente para dar conta argumentativamente da solução jurídica.

O componente material leva em consideração o conteúdo das premissas do discurso jurídico, sejam as fáticas ou as normativas⁸¹. O enfoque material se debruça sobre a validade da premissa, aferindo a qualidade dos argumentos apresentados para lhe sustentar (justificação externa). É em relação ao enfoque material que ocorrem as

⁸⁰Segundo Atienza (2016), a concepção e a terminologia relativa às justificações interna e externa (essa última mencionada mais à frente) foram esculpidas por Wróblewski (1971 e 1974), sendo amplamente acolhidas pela comunidade jurídica.

⁸¹ De natureza autoritativa, onde se inclui as regras; e valorativa (ou substantivas), onde entram os princípios.

problematizações mencionadas no primeiro capítulo da pesquisa, onde envolvidos lançam dúvidas sobre questões de relevância, aferição, classificação, etc.

O componente pragmático, segundo Atienza (2017), centra-se nos atores da argumentação jurídica e seus papéis na disputa pelo Direito a ser aplicado. Aqui, o enfoque é no objetivo – ainda que presumido – do acusado (se defender dos ataques), do acusador (por meio do ataque, buscar seus interesses – pessoais ou institucionais, esse último, no caso de entes públicos, como Unidades Técnicas do TCU, Ministério Público, etc) e do julgador (promover a justiça). Sob este aspecto, atenta-se ao uso estratégico da linguagem.

Portanto, ao analisar (e também avaliar) o discurso de justificativa de uma decisão, o pesquisador deve fazê-lo, integrando esses três enfoques. Mas como proceder essa análise? Existe alguma método próprio?

Atienza (2017) aborda esta questão afirmando que qualquer método é válido, desde que permita identificar os elementos argumentativos presentes no discurso decisório, isolá-los, mapear a relação entre eles e então organizá-los dentro de uma estrutura que viabilize compreender a decisão de forma crítica e comparativa.

Na busca por um ponto de partida para a elaboração de um método de análise que servisse para os “casos de excessivo rigor”, este pesquisador o encontrou na Teoria dos Ilícitos Atípicos, de Atienza e Manero (2000). Na seção seguinte explicamos as razões desta escolha.

3.1 PORQUE OS ILÍCITOS ATÍPICOS ?

Explicar essa escolha passa necessariamente pelos momentos iniciais de descoberta do tema ora pesquisado. Portanto, desde já, pedimos desculpas ao leitor para fazer essa breve retomada. Vejamos.

Atienza e Manero (2000) dedicam sua obra, *“Ilícitos Atípicos”*, à teorização de institutos que, em maior ou menor medida, são velhos conhecidos do Direito: Abuso de Direito, a Fraude à Lei e o Desvio de Poder⁸². A inovação da Teoria dos Ilícitos Atípicos foi a reconstrução desses institutos valendo-se dos pressupostos da Teoria dos Enunciados Jurídicos (apresentados no primeiro capítulo) e a partir da prática jurisprudencial, tomada sob uma perspectiva argumentativa e ambientada no contexto do Estado Constitucional de Direito. Os autores analisaram decisões jurídicas desses três

⁸² Na parte inicial da obra, os autores tratam ainda da *Analogia Iuris* e da *Analogia Legis*, entretanto decidem concentrar seus estudos somente nesses três,

institutos, prolatadas pelo Estado espanhol e francês, e apresentam, ao final, uma estrutura argumentativa para cada um deles.

Atienza e Manero (2000) descrevem esses três institutos como sendo condutas que violam princípios e não regras postas, na medida em que, *prima facie*, estariam autorizadas por uma regra e pelo princípio que a sustenta. Todavia, após um raciocínio ponderativo envolvendo outros princípios do sistema jurídico, o julgador entende que estes devem prevalecer perante o princípio subjacente à regra e que ela, em alguma medida, deverá ser interpretada de tal forma que a conduta seja excepcionada de sua cobertura, tornando-se, então, atipicamente ilícita.

A partir desse conceito, este pesquisador enxergou alguns pontos de contato entre os “casos de excessivo rigor” e os ilícitos atípicos, afinal, assim como esses, os “casos de excessivo rigor” também são caracterizados por condutas que, embora aparentassem estar autorizadas por uma regra⁸³ e seu princípio subjacente⁸⁴, são tidas por ilícitas (irregulares) em face de outros princípios⁸⁵. Aliás, é importante explicar que foi justamente essa proximidade que fez este pesquisador, em 2016, fazer sua primeira leitura da obra “*Ilícitos Atípicos*”, de Atienza e Manero (2000). A ideia era compreender melhor o que significava, para o Direito, o AC 2463/08 (Brasil, 2016a) e o AC 3381/13 (Brasil, 2016b), detectados em sua atuação como auditor.

Tal proximidade instigou esse pesquisador a tentar encaixar os sobreditos acórdãos - que vemos chamando de “casos de excessivo rigor” - dentro das estruturas apresentadas por Atienza e Manero (2000) para os três institutos de ilícitos atípicos. A ideia era verificar o nível de identificação entre os “casos de excessivo rigor” e os institutos de ilícitos atípicos. Assim, se o encaixe fosse perfeito, seria possível dizer que os “casos de excessivo rigor” seriam um caso de ilícito atípico. Seria uma grande descoberta !

Mas não se encaixou. Enquanto as regras que sustentam as condutas nos ilícitos atípicos são regras de permissão (Abuso de Direito) ou regras que conferem poder (Fraude à Lei e Desvio de Poder), nos “casos de excessivo rigor”, como vem sendo falado, são regras de mandato. Podemos identificar ainda outra diferença. É que, para Atienza e

⁸³ Geralmente o *caput* e §4º, do Art 41; parte final do §3º, do Art 43; *caput* do Art 45; e Inc I, do 48, todos da Lei 8666/93.

⁸⁴ Geralmente os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, legalidade.

⁸⁵ Geralmente o da vantajosidade, economicidade, competitividade, entre outros.

Manero (2000), nos ilícitos atípicos, a reprovação da conduta resulta, exclusivamente, da colisão entre princípios (o princípio subjacente à regra sobre a qual a conduta se sustentou e outro do sistema) e nunca do conflito entre regras. Nos “casos de excessivo rigor” essa restrição não parece muito certa, já que, a tirar pelo AC 2463/08 (Brasil, 2016a) e o AC 3381/13 (Brasil, 2016b), os decisores constroem argumentativamente um conflito entre a regra disposta no *caput* do Art 41 e a da parte inicial, do §3º, do Art 43, ambos da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g). Há ainda outros pontos de aproximação e distanciamento que identificamos, posteriormente, mas não os exploraremos, para não desviar do objetivo do capítulo.

De toda sorte, foi essa tentativa frustrada que nos revelou que as estruturas dos ilícitos atípicos, apresentadas por Atienza e Manero (2000), poderiam servir de base para, após alguns acréscimos e supressões, serem utilizadas para analisar os “casos de excessivo rigor”. O que fizemos foi uma releitura dos ilícitos atípicos, colocando as estruturas dos autores espanhóis em uma linguagem corrida. Entendemos que isso tornaria as estruturas mais plásticas, capazes de serem misturadas umas com as outras, passíveis de terem alguns de seus termos suprimidos ou receber novos termos. Assim poderiam ser encaixadas não só nos “casos de excessivo rigor”, mas em qualquer outra decisão jurídica. A ideia foi criar um método que funcionaria como um modelo de raciocínio argumentativamente estruturado, capaz de, ao ser aplicado na decisão, desnudar seus elementos argumentativos, demonstrando a relação entre eles, permitindo assim sua compreensão crítica e comparativa.

E assim fizemos. Portanto, é possível dizer que, a partir de Atienza e Manero (2000), estamos propondo um Método de Análise que, no último capítulo, foi testado nos “casos de excessivo rigor”, mas que pode ajudar agentes encarregados de conduzir certames, assessores jurídicos, auditores e outros a compreender e comparar decisões jurídicas, sejam elas administrativas ou do Judiciário.

Para demonstrar os caminhos percorridos até o sobredito Método, elaboramos três seções. A primeira e a segunda são dedicadas ao Abuso de Direito e ao Desvio de Poder, respectivamente. Cada uma dessas duas seções está dividida em duas partes. Nas primeiras partes, apresentamos: as principais características dos institutos: as estruturas apresentadas pelos autores espanhóis; e as aplicações das estruturas em casos concretos, propostos também pelos autores. Nas segundas partes apresentamos: as releituras que fizemos dos elementos argumentativos encontrados pelos autores e as estruturas

colocadas em forma de texto corrido; e então suas aplicações a casos concretos. A terceira seção é bem curta. Nela, testamos o Método no AC 3381/13 (Brasil, 2016b).

Foram necessárias algumas exclusões, de modo a não exorbitar o objetivo e tamanho do capítulo. Neste sentido, considerando que, como os próprios Atienza e Manero (2000) afirmam, a Fraude à Lei está para o Direito Privado, da mesma forma que o Desvio está para o Direito Público, portanto têm a mesma estrutura argumentativa, optou-se por não incluir a Fraude à Lei nas próximas seções, já que, por proximidade, o Desvio de Poder está mais relacionado ao tema. Escolheu-se o AC 3381/13, em vez do AC 2463/08, por ser a mais recente, portanto, alinhado com o problema da pesquisa.

3.2 ABUSO DE DIREITO

Seguindo na direção do propósito desde capítulo, traçado na seção anterior, tem-se que Atienza e Manero (2000) atribuem a criação do Abuso de Direito à jurisprudência e à doutrina francesa da segunda metade do século XIX, que enfrentaram os casos de direito de propriedade. Segundo os autores, foi a partir daí que o instituto se generalizou “com ou sem expressão legislativa, por diversos sistemas jurídicos de base continental” (ATIENZA e MANERO, 2000, p. 34).

No Brasil, o Abuso de Direito foi tratado pelo Art 187, do Código Civil de 2002 (Brasil, 2019j), ao dizer que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Atienza e Manero (2000, p. 59) afirmam que o Abuso ocorre quando uma regra de permissão aparentemente autoriza uma conduta, entretanto, ao ser cotejada com os “princípios que determinam o alcance [do que pode ser considerado] justificado pela regra [de permissão]”, a conduta seria considerada proibida. Segundo o autor, a configuração do Abuso de Direito faz com que as regras sejam vistas como suprainclusivas, pois permitiriam conduta que não deveria ser permitida.

O Abuso de Direito, na visão de Atienza e Manero (2000, p. 59), resulta então

de um

“mecanismo de autocorreção do Direito, isto é, de correção do alcance de regras jurídicas permissivas que têm como destinatário o titular de um direito subjetivo, quando a aplicabilidade das regras se entende a casos nos quais a aplicação resulta injustificada ao considerar os princípios jurídicos os quais determinam o alcance justificado das próprias regras”

Os autores completam, dizendo que o Abuso de Direito consistiria, portanto, em “uma divergência entre o alcance de certas regras jurídicas e as exigências dos princípios relevantes do sistema” (ATIENZA E MANERO, 2000, p. 61).

Considerando que o objetivo da Teoria dos Ilícitos Atípicos é legitimar decisões jurídicas relacionadas a condutas que, embora *prima facie* autorizadas por regras jurídicas, gozariam de uma reprovabilidade evidente, à luz de princípios jurídicos, Atienza e Manero (2000, p. 61) afirmam que “a figura do abuso de direito vem a ser, assim, uma sorte de mecanismos de garantia – para casos que apresentem propriedades que não seja logrado antecipar – da coerência valorativa das decisões jurídicas”.

Para Atienza e Manero (2000), a natureza abusiva da conduta estaria relacionada à ocorrência de um dano, que viria a ser considerado injustificado por razões de ordem subjetiva ou objetiva. O primeiro caso ocorreria quando o sujeito que provocou o dano – por meio da tal conduta que veio a ser considerada abusiva – “não perseguia finalidade distinta que não causar D [dano]” ou ainda quando realiza a conduta “sem nenhum fim sério ou legítimo”. A “forma objetiva” ocorre quando o dano se mostra “excessivo ou anormal”. (ATIENZA E MANERO, 2000, p. 56 e 57)

Quanto à natureza da norma que dá suporte à conduta tida por abusiva, como dito, seria uma regra de permissão. Atienza e Manero (2000, p. 56 e 57) propõe uma estrutura para o Abuso de Direito nos seguintes termos:

“A Ação A realizada por um sujeito S nas circunstâncias X é abusiva se e apenas se:

- 1) Existe uma regra que permite a S realizar A nas circunstâncias X. Essa regra é um elemento do conjunto de posições normativas em que S se encontra como titular de um certo direito subjetivo.
- 2) Como consequência de A, outro ou outros sujeitos sofrem um dano D, e não existe uma regra que proíba causar D.
- 3) D, contudo, aparece como um dano injustificado porque se dá uma das seguintes circunstâncias:
 - 3.1) Que, ao realizar A, S não perseguia finalidade distinta que não causar D ou que S realizou A sem nenhum fim sério ou legítimo.
 - 3.2) Que D é um dano excessivo ou anormal.
- 4) O caráter injustificado do dano determina que a ação A fique fora do alcance dos princípios que justificam a regra de permissão aludida em 1) e surge uma nova regra que estabelece que nas circunstâncias X'[X mais algumas circunstâncias que suponha uma forma de realização”.

Como exemplo de aplicação, os autores trazem o caso, julgado pela justiça espanhola, que envolve um consórcio que tinha a concessão administrativa para extrair

areia das praias do litoral de Barcelona. Uma companhia de energia elétrica tinha uma central na desembocadura de um rio que se situava nas imediações de um dos locais onde o consórcio vinha extraindo areia. Essa extração acabou por retirar barreiras naturais que protegiam a central elétrica da ação do mar e do rio. A dinâmica das águas infringiu danos à companhia elétrica, que decidiu acionar judicialmente a concessionária, requerendo reparação pelos danos sofridos. O judiciário concedeu o pleito da companhia elétrica. A seguir a estruturação, da decisão, segundo Atienza e Manero (2000, p. 57/58)

“1) Em virtude de sua titularidade da concessão administrativa para a extração de areia, a extração de areia em qualquer ponto do litoral barcelonês estava permitida ao Consórcio.

2) Como consequência da extração de areia na praia em que se encontrava a central elétrica, dá-se o dano em relação a esta última, uma vez que é privada de suas defesas naturais frente aos temporais – e não havia uma regra que proibisse despojar à central elétrica de tais defesas naturais.

3) A atribuição de um direito de conteúdo patrimonial implica que o titular pode exercê-lo atendendo a seus próprios interesses, sem ter de ponderar em cada ocasião como sua ação pode decorrer em dano a interesses de terceiros. Contudo, a central elétrica sofreu, como efeito da extração de areia, um dano que deve ser considerado como injustificado, como “*excessivo*” ou “*anormal*”.

4) O caráter injustificado do dano determina o surgimento de uma nova regra que estabelece que, em circunstâncias como as concorrentes neste caso, a ação de extrair areia está proibida e, como consequência, quem a executou deve indenização pelos danos causados”.

Com isso, espera-se ter apresentado os principais aspectos da teoria do Abuso de Direito, de Atienza e Manero (2000), sendo possível seguir com a próxima seção.

3.2.1 Pensando com Atienza e Manero (2000)

A partir das ideias dos autores espanhóis é possível dizer que o Abuso do Direito se configura quando, diante de um caso concreto, a autoridade julgadora entende que a regra “falou mais do que poderia” (suprainclusividade), autorizando uma conduta que não deveria ser autorizada, se cotejada com um princípio do sistema. Em outras palavras, pode-se dizer que há uma mudança do estado deôntico da conduta, de “permitida” (pela regra de permissão) para “proibida”.

Mas, como é que o julgador chegaria à conclusão de que a conduta não poderia ser autorizada pela regra?

A partir das ideias de Atienza e Manero (2000), isso ocorreria em duas situações. Na primeira, a perspectiva se dá a partir da consequência “E” (o dano), produzido pela conduta “C”. Essa situação corresponderia ao que Atienza e Manero (2000) denominaram de “forma objetiva”. Nesta situação, se a consequência “E” se revelar injustificada, macula a conduta “C”, que seria considerada reprovável, portanto, proibida. E o que tornaria “E” injustificada, nessa primeira situação? Em resposta, pode-se dizer, a partir das ideias dos autores espanhóis, que é o caráter “excessivo” ou “anormal” da consequência “E”.

A segunda situação lança o olhar sobre a motivação do sujeito “S”, ao tomar a conduta “C”. Essa situação corresponderia ao que Atienza e Manero (2000) denominaram de “forma subjetiva” e ocorre quando a motivação de “S” se revelar injustificada, o que macularia a conduta “C” que seria considerada reprovável, portanto, proibida. E o que tornaria a motivação de “S” injustificada, nessa segunda situação? Em resposta, pode-se dizer, a partir das ideias dos autores espanhóis, que o “dolo” (S não perseguia finalidade distinta que não causar dano) ou a “culpa” (S realizou A sem nenhum fim sério ou legítimo).

Note-se que, comparando as duas situações, tem-se que a ilicitude da conduta se dá em direções distintas se considerado o esquema “S” – “C” – “E”. Na primeira situação, a ilicitude se dá de “E” para “C”, ou seja, o julgador deve demonstrar a injustificabilidade de “E” para então declarar a reprovabilidade/proibição/ilicitude atípica de “C”. Na segunda situação, a ilicitude se dá de “S” para a “C”, ou seja, o julgador deve caracterizar a injustificabilidade da motivação de “S” para só então declarar a reprovabilidade/proibição/ilicitude atípica de “C”.

Do que foi dito até aqui, tem-se que, na primeira situação (“forma objetiva”) o esforço argumentativo que pretenda justificar a ilicitude atípica de “C”, se concentrará em demonstrar o caráter “excessivo” ou “anormal” da consequência “E” (dano). Na segunda situação (“forma subjetiva”), a argumentação será voltada para demonstrar que o sujeito causador do dano teria agido com dolo ou culpa. Considerando que “o caráter excessivo ou anormal da consequência ‘E’ (dano)” e “o dolo e a culpa de S”, são soluções dos processos argumentativos, ocorridos na primeira e segunda situações do Abuso de Direito, que culminarão na declaração da ilicitude atípica de “C”, é possível reconstruir a estrutura apresentada por Atienza e Manero (2000), em texto corrido, elaborando uma estrutura para cada uma das duas situações abordadas.

Primeira situação do Abuso de Direito:

O sujeito “S”, diante de circunstâncias “X”, adota conduta “C”, que aparentava estar autorizada por uma regra “Rg”. Essa regra tem um princípio que lhe é subjacente, o princípio “PSbj”. A conduta “C” produz uma consequência “E”. Não existe uma regra que proíba a conduta “C”, portanto não se está diante de um conflito entre regras. No entanto, aos olhos do julgador, a consequência “E” revelaria uma afetação a um princípio do sistema “PS”. Configura-se, com isso, a colisão entre “PSbj” e um princípio do sistema “PS”. Da ponderação entre o princípio “PSbj” e o princípio “PS”, este último sai vitorioso, tornando “E” injustificado, portanto excepcionando o princípio “PSbj”, desamparando a conduta “C” da cobertura de “Rg”, tornando-a reprovada.

Desta forma, conforma-se uma “regra nova” (jurisprudencial), cujo enunciado diria que, diante de circunstâncias X, a conduta C não está autorizada pela regra que aparentava sustentá-la, em razão das exigências do princípio PS, fazendo com que a conduta C torne-se proibida, portanto, atipicamente ilícita.

Segunda situação do Abuso de Direito:

O sujeito “S”, diante de circunstâncias “X”, adota conduta “C”, que aparentava estar autorizada por uma regra “Rg”. Essa regra tem um princípio que lhe é subjacente, o princípio “PSbj”. Não existe uma regra que proíba a conduta “C”, portanto, não se está diante de um conflito de regras. Todavia, a motivação que levou “S” a adotar a conduta “C”, aos olhos do julgador, violou um princípio do sistema “PS”, por mostrar-se dolosa ou culposa. Configura-se, com isso, a colisão entre “PSbj” e um princípio do sistema “PS”. Da ponderação entre o princípio “PSbj” e o princípio “PS”, este último sai vitorioso, excepcionando o

princípio “PSbj”, desamparando a conduta “C” da cobertura de “Rg”, tornando-a reprovada.

Desta forma, conforma-se uma “regra nova” (jurisprudencial), cujo enunciado diria que, diante de circunstâncias “X”, a conduta “C,” não seria autorizada pelas exigências do princípio “PS”, tornando-se uma conduta atipicamente ilícita.

A partir das adaptações feitas, torna-se possível visualizar, com mais clareza, as premissas do caso. Com isso, o trabalho de avaliação do equilíbrio entre a previsibilidade e a dimensão argumentativa torna-se mais aprimorado, além de permitir que os indivíduos possam entender adequadamente o raciocínio do julgador. Sob a primeira perspectiva, é possível dizer, por exemplo, que se o decisor não buscar demonstrar “o caráter excessivo ou anormal da consequência ‘E’ (dano)” ou o “o dolo e a culpa de S”, justificando porque na ponderação entre PSbj e o PS, o segundo princípio sai vitorioso, sua decisão tende a não atender o critério da universalidade prospectiva associada à adequação das consequências. Aos indivíduos, a nova estrutura contribuiria de formas diversas. Por exemplo, permitiria ao acusado identificar com clareza as falhas da decisão, recorrendo contra ela de forma mais eficaz. Pode contribuir também na condução das ações futuras dos indivíduos: seja pela identificação das razões que conduziram o raciocínio do julgador; ou, caso o decisor não as tenha consignado de forma adequada, abstendo-se de algumas ações que tenham potencial para entrar no espectro do que julgador pode considerar reprovável.

Para demonstrar o Método em um caso real, elegeu-se o julgamento do Recurso Ordinário (RO) nº 00007500820115040025 RS, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT-4), em que se acordou que o poder diretivo do empregador – direito estabelecido pelo Art 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas/CLT (Brasil, 2019d)⁸⁶, não lhe autoriza a violar o princípio da dignidade da pessoa humana. No caso analisado, o TRT/4 consigna que o empregador controlava as idas ao banheiro da empregada (autora) e exercia sua fiscalização de forma incisiva “com convocações, por meio de autofalantes”. O sobredito Tribunal entendeu que “a conduta abusiva da ré

⁸⁶“Art. 2º - Considera-se empregador, a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

[empregador] feriu, indubitavelmente, a esfera íntima da demandante”, submetendo-a a “constrangimentos no âmbito laboral”, o que não passaria de forma “indiferente no âmbito psíquico e emocional do empregado, alcançado sua dignidade e intimidade”. O TRT condenou o empregador ao pagamento de danos morais.

Trazendo o sobredito caso concreto para o modelo estruturado do Abuso de Direito (primeira situação), ora apresentado, tem-se o seguinte:

O sujeito “S”[empregador], diante de circunstâncias “X”[relação de trabalho], adota conduta “C”[controlava as idas ao banheiro da empregada e exercia sua fiscalização de forma incisiva com convocações por meio de autofalantes], que aparentava estar autorizada por uma regra “Rg”[Art. 2º, da CLT, que diz “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”]⁸⁷. Essa regra tem um princípio que lhe é subjacente, o princípio “PSbj”[princípio que reconhece aos empregadores o poder diretivo da prestação de serviços de seus empregados]. A conduta “C” produz uma consequência “E”[constrangimentos no âmbito laboral, que não passariam, de forma indiferente, no âmbito psíquico e emocional do empregado, alcançado sua dignidade e intimidade]. Não existe uma regra que proíba a conduta “C”, portanto não se está diante de um conflito entre regras. No entanto, aos olhos do julgador, a consequência “E” revelaria uma afetação a um princípio do sistema “PS”[princípio que garante a dignidade da pessoa humana]. Configura-se, com isso, a colisão entre “PSbj” e um princípio do sistema “PS”. Da ponderação entre o princípio “PSbj” e o princípio “PS”, este último sai vitorioso, tornando “E” injustificado, excepcionando o princípio “PSbj” e desamparando a conduta “C” da cobertura de “Rg, tornando-a reprovada.

⁸⁷ Neste caso, uma norma que confere poder com disposições permissivas

Desta forma, conforma-se uma “regra nova” (jurisprudencial), cujo enunciado diria que, diante de circunstâncias X [relação de trabalho], a conduta C [controlava as idas ao banheiro da empregada e exercia sua fiscalização de forma incisiva com convocações por meio de autofalantes], não está autorizada pela regra que aparentava sustentá-la [Art2º, da CLT], em razão das exigências do princípio PS [princípio que garante a dignidade da pessoa humana], fazendo com que a conduta C torne-se proibida, portanto, atipicamente ilícita.

Um ponto interessante merece ser destacado a partir desta análise. Pode-se dizer que a consequência “E” e a conduta “C” não precisam ter se efetivado no mundo dos fatos para caracterizar o Abuso de Direito. Explica-se. Suponhamos que o empregador não tenha chegado a convocar os empregados por meio de alto-falantes, como forma de controlar as idas ao banheiro, mas anunciado por meio de circulares, memorandos ou até verbalmente que isso poderia acontecer, caso seus trabalhadores passassem de certo tempo. Nesta situação ficta, ainda que a conduta C [controlar as idas dos empregados ao banheiro por meio de autofalantes] não tivesse efetivamente acontecido, seria possível, ao julgador, projetar sua consequência “E” [constrangimentos no âmbito laboral, que não passariam, de forma indiferente, no âmbito psíquico e emocional do empregado, alcançado sua dignidade e intimidade] e concluir que elas, teriam potencial para afetar um princípio do sistema “PS” [princípio que garante a dignidade da pessoa humana]. A partir daí, a autoridade julgadora, ao realizar a ponderação entre o princípio “PSbj” e o princípio “PS”, concluiria que esse último sairia vitorioso, excepcionando o princípio “PSbj” e a regra “Rg”, revelando que a conduta “C”, ainda que não efetivada, seria proibida. Talvez, nesse caso, não haveria que se falar em indenizações, entretanto, o empregador, provavelmente seria impedido de adotar a conduta “C”

Referenciando-se pelo método ora apresentado, passa-se à reconstrução da estrutura/método do Desvio de Poder.

3.3 DESVIO DE PODER

O Desvio de Poder é o mais vocacionado à prática administrativa desde sua gênese. Segundo Atienza e Manero (2000), essa modalidade de ilícito atípico foi construída jurisprudencialmente pelo *Conseil d'État* francês, como uma espécie do gênero *excès de pouvoir* (excesso de poder). Neste sentido, segundo os autores, o excesso de poder assentava-se em três tipos de vício; o da competência do ato; o da forma do ato; e o da finalidade do ato. O Desvio de Poder (*le détournement de pouvoir*) estaria relacionado a esse último vício, por isso ele também é denominado de Desvio de Finalidade.

O instituto do Desvio de Poder foi concebido pelo *Conseil d'État* com o propósito de controlar o exercício do poder discricionário de autoridades administrativas. A ideia do Conselho francês, segundo os autores, era anular atos da Administração que se desviassem do fim pretendido pela regra que conferiu o poder à autoridade para emitir tal ato. Atienza e Manero (2000, p. 92) dizem que a interpretação de que esses fins foram desrespeitados passaria necessariamente por uma interpretação teleológica “que, como se costuma dizer, vai além da mera interpretação literal”. No Brasil, o instituto é tratado como Desvio de Finalidade pelo Art 2º, da Lei de Ação Popular (Brasil, 2019e). Assim diz a referida norma

“Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

[...]

e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

[...]

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

Atienza e Manero (2000) teorizaram o Desvio de Poder buscando descrever as razões que levariam um ato exarado pela Administração⁸⁸ vir a ser considerado ilícito

⁸⁸ Embora Atienza e Manero (2000) dediquem algumas folhas para admitir a possibilidade da ocorrência de Desvio de Poder no exercício da função legislativa e jurisdicional do Estado, esta pesquisa se restringe ao estudo do mencionado modelo clássico, ambientado na função administrativa.

atipicamente, a partir da concepção plural das normas da Teoria dos Enunciados Jurídicos. Neste sentido, o Desvio ocorreria quando um órgão público, ao utilizar uma regra que lhe confere o poder de atingir determinados objetivos, decide pela emissão de um ato (normativo, de gestão, disciplinar, etc.), cujo conteúdo, aparentemente, se constituiria em um meio para viabilizar o alcance dos referidos objetivos. Entretanto, o ato produz consequências que se revelam “injustificadas”, pois violam princípios do sistema, tornando-se atipicamente ilícito.

A regra que confere poder, na estrutura proposta por Atienza e Manero (2000), seria sustentada por uma diretriz que, como visto em seção anterior, seria uma espécie de princípio que estabelece, de forma genérica, as condições (FO) e os objetivos a serem atingidos (CN), mas não define os meios para tanto⁸⁹. A escolha dos meios ficaria à cargo da Administração, que, no exercício de sua “autonomia pública”⁹⁰, decide por exarar determinado ato “A” (também chamado de “ação A”). Atienza e Manero (1996 e 2000) fazem uma distinção entre o veículo do ato e o conteúdo dele. O veículo se refere ao instrumento pelo qual o ato se materializou no mundo dos fatos; pode ser uma portaria, uma instrução normativa, uma comunicação oficial, enfim, qualquer meio reconhecido pelo sistema jurídico. O conteúdo do ato “A” seria o que os autores chamam de “resultado normativo” “R”. O resultado normativo tem a natureza de regra regulativa (regra de permissão, proibição ou obrigação).

Atienza e Manero (2000) destacam que a consequência “E” desempenha um papel central no Desvio. Se “E” se mostrar injustificado, isso macularia “R” (o resultado normativo que é conteúdo do ato “A”), tornando-o ilícito atipicamente. Esse movimento de “E” em direção à “R”, maculando-o e tornando-o proibido, também pôde ser visto no Abuso de Direito (primeira situação). Apesar dessa proximidade, o papel de “E” no Desvio, que se ambienta no Direito Administrativo, é diferente, se comparado ao Abuso do Direito (primeira situação). Essa distinção está relacionada ao fato de que, como destacam Atienza e Manero (2000, p. 95), no Direito Administrativo, a atuação do Poder Público se dá de forma positiva, ou seja, “a caracterização das consequências (E) é de

⁸⁹ Aliás, como visto, até mesmo os objetivos (consequente) e as condições de aplicação (antecedente) da diretriz são difusos, pouco claros.

⁹⁰ Expressão foi extraída da terminologia de Saddy (2014 e 2016) que consiste no gênero que comporta espécies dos institutos jurídicos que cuidam das escolhas feitas pela Administração. Entre suas espécies está a discricionariedade.

caráter positivo: concede-se o poder para que, por meio de R, sejam obtidos determinados estados de coisas positivamente determinados”. No Direito Privado, o papel de “E” é negativo, assentado na autonomia da vontade.

Atienza e Manero (2000) trazem discussão doutrinária a respeito da possibilidade ou não do Desvio de Finalidade se conformar objetivamente, ou seja, sem a necessidade de examinar a intenção do órgão que emanou o ato. Atienza e Manero (2000, p. 112) se posicionam pela análise objetiva do Desvio; entendem que “essa seria a melhor maneira de facilitar um controle racional das decisões dos órgãos públicos”.

Complementam dizendo que

“a inadequação de certos meios para alcançar determinado fim pode muito bem constituir a forma em que se mostre que ocorreu o desvio de poder: que de R se deriva uma consequência E contrária a um princípio jurídico [...] não tratamos, por assim dizer, de substituir uma concepção subjetiva por uma objetiva, senão de construir essa última de modo que inclua todos os supostos que escapariam de acordo com a primeira” (ATIENZA e MANERO (2000, p. 112/113).

Para compreender melhor a estrutura proposta por Atienza e Manero (2000, p. 99) para o Desvio de Poder, vale recorrer ao caso, extraído, pelos autores de obra de Carmen Chincilla, em que o *Conseil l’Etat* francês entendeu que um prefeito havia cometido Desvio de Poder⁹¹, ao utilizar uma norma que lhe conferia o poder para regular a permanência e a circulação dos veículos nas imediações da estação de trem. No caso analisado, o prefeito havia expedido um ato administrativo que, sob o propósito de atender ao fim da norma mencionada, acabou por “assegurar o monopólio da única empresa que tinha contrato com Companhia de Trem”.

Atienza e Manero (2000, p. 100) estruturam o caso acima de Desvio de Poder, nos seguintes termos:

“1) Em primeiro lugar existe uma regra que permite ao prefeito usar uma norma que confere poder: para regular a permanência e a circulação dos veículos nas imediações da estação de trem.

2) Em segundo lugar, nenhuma regra proíbe o prefeito de produzir esse resultado normativo [R] (regular de certa maneira a permanência e circulação de veículos), mas no caso em questão essa regulação tem como consequência [E] a produção de um dano (às empresas que não têm um contrato com a Companhia de Trem) o que resulta injustificado

⁹¹ Os autores mencionam que o Conselho francês utilizou a expressão “excesso de poder”, mas se referindo ao conteúdo de Desvio de Poder.

porque viola o princípio da igualdade de tratamento, que serve de limite à diretriz (lograr um funcionamento eficiente do acesso ao trem) que justifica a permissão concedida ao prefeito para regular a permanência e circulação dos veículos em imediações próximas à estação de trem.

3) A forma com que o prefeito fez uso de seu poder normativo dá lugar a uma situação que infringe o princípio de igualdade de tratamento, ao criar uma situação de monopólio a favor de uma determinada empresa e em detrimento das demais.

5) Finalmente, a prevalência do princípio de igualdade de tratamento gera a regra de que a autoridade pública está proibida de usar seu poder de regular a permanência e circulação de veículos nas proximidades da estação de trem de modo que estabeleça um regime de monopólio para uma determinada empresa”.

Ponto interessante ainda diz respeito à possibilidade de o Desvio de Poder restar configurado, ainda que a consequência “E”, decorrente do ato administrativo tido por ilícito, corresponda a um interesse público. Atienza e Manero (2000) examinam jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, que anulou portaria do prefeito de Madrid, cujo conteúdo apresentava dispositivo que tratava da operação e regulação de estacionamentos. O dispositivo exigia que se comprovasse o pagamento de imposto de circulação, como condição para obtenção de cédula de identidade de circulação. A decisão entendeu que a norma que conferia à prefeitura o poder para organização da circulação de veículos, teria sido desviada para atender uma finalidade arrecadatória.

Em que pese a arrecadação tributária também se constitua em um interesse público – assim como o fim pretendido pela norma que confere poder -, foi determinada a anulação dessa parte da portaria.

Para os autores, esse caso revelaria um problema para as propostas da Teoria dos Ilícitos Atípicos. Segundo eles o “problema é: como é possível que E’ [favorecer o pagamento de imposto] seja um fim lícito [já que corresponderia a um interesse público] mas, entretanto, um fim que não deve ser perseguido por essa via e, por conseguinte, um fim proibido? [...] dado que não existe nenhum dano injustificado, nenhum benefício indevido” (ATIENZA e MANERO, 2000, p. 110/111).

Com isso espera-se ter apresentado os principais aspectos da teoria do Desvio de Poder, de Atienza e Manero (2000), sendo possível seguir com a próxima seção.

3.3.1 Pensando com Atienza e Manero (2000)

A partir das ideias de Atienza e Manero (2000), não se deve perder de vista que a função do instituto do Desvio de Poder é controlar a discricionariedade (autonomia pública) da Administração, na escolha dos meios para atingir objetivos preconizados, de forma pouco clara, por uma norma que confere poder.

O problema colocado por Atienza e Manero (2000) seria então o seguinte: como saber se os meios escolhidos pela Administração são lícitos ou ilícitos? Resposta: será a consequência “E”, que decorreu do meio escolhido pela Administração, que revelará a (i)licitude deste mesmo meio. Se a consequência “E” for considerada injustificada, maculará o meio, que será então considerado ilícito. Mas como saber se a consequência “E” é injustificada? Resposta: se a consequência “E” não corresponder aos objetivos preconizados pela regra que conferiu poder à Administração. E como aferir se houve essa correspondência entre a consequência “E” e os objetivos da norma que confere poder? Resposta: cotejando a consequência “E” com a diretriz que sustenta a regra que conferiu poder à Administração. Mas não a diretriz abstratamente considerada, mas sim após ser ponderada com outras diretrizes e/ou princípios em sentido estrito do sistema, que se fizeram presentes no caso concreto. Essa ponderação pode vir a reduzir o alcance da diretriz e será essa diretriz, com alcance reduzido, que deverá ser cotejada com a consequência “E”. Dizer que a diretriz, após a ponderação, teria seu alcance reduzido, significa dizer que os objetivos preconizados originalmente por ela – *in abstracto*- também podem ser reduzidos em número, em alcance, em natureza, etc.

Essa possibilidade da diretriz de permanecer sustentando a regra que confere poder, mesmo após a ponderação, deve-se a característica desta espécie de princípio, já mencionada no primeiro capítulo, à luz da Teoria dos Enunciados Jurídicos. Como foi dito, as diretrizes são mandamentos de otimização, de forma que podem (e devem) ser atendidas na maior medida possível, diferente dos princípios em sentido estrito que, ou são atendidos plenamente, ou não são. A possibilidade de os princípios em sentido estrito reduzirem o alcance das diretrizes, ao serem com essas ponderados, corresponde à função limitadora dessas normas, também já abordada no contexto das ideias de Atienza e Manero (1996 e 2000).

Portanto, se a consequência “E”, que decorreu dos meio escolhido pela Administração, estiver fora dos objetivos alcançados pela diretriz que sustenta a regra que conferiu poder à Administração, considerada *in concreto*, a consequência “E” será tida

por injustificada, o que contaminará o meio escolhido pela Administração, tornando-o proibido, ou, em outras palavras, atipicamente ilícito.

Colocada nestes termos, pode-se dizer que, assim como no Abuso de Direito, aqui, no Desvio, há suprainclusividade da norma, pois ela aparenta autorizar a adoção do meio eleito pela Administração para atingir os objetivos preconizados por ela mesma. Entretanto, após ser cotejada com a diretriz que sustenta a referida norma, considerada *in concreto*, o meio escolhido pela Administração tem seu valor deôntico modificado de “autorizado” para “proibido”.

Ponto interessante diz respeito à forma racional de proceder a ponderação entre diretrizes, proposto por Alexy (2017). Atienza e Manero (1996) parecem admitir, de certa forma, que o modelo do princípio da proporcionalidade, proposto pelo autor alemão, poderia contribuir para a solução da colisão entre diretrizes. Isso parece se confirmar, quando Atienza (2017, p.67) reconhece a fórmula do peso alexyana - representação da ponderação - “como uma espécie de ‘justificação externa’”.

Se essas colocações estiverem corretas, seria possível apontar na direção de uma solução para o problema mencionado por Atienza e Manero (2000, p. 100), quando descreveu o caso do prefeito de Madri que, valendo-se do poder que lhe foi conferido “para regular a permanência e a circulação dos veículos nas imediações da estação de trem”, expediu ato cuja finalidade era arrecadatória. Como afirmaram os autores, tanto a regulação da permanência e circulação de veículos, quanto os fins arrecadatórios constituem-se em interesse público, ao que parecem, sustentados por diretrizes. Isso posto, tem-se, naquele caso, uma colisão entre diretrizes, que admitiria, na compreensão deste pesquisador, a aplicação do princípio da proporcionalidade de Alexy (2017).

Pois bem, a proporcionalidade alexyana é composto por três máximas, onde a ponderação (ou sopesamento, ou balanceamento ou proporcionalidade em sentido estrito)⁹²constituiu-se a última *ratio*, após a máxima da adequação e máxima da

⁹²A expressão “sopesamento” é utilizada, como equivalente do “princípio da proporcionalidade em sentido estrito”, por Virgílio Afonso da Silva, tradutor da obra Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2017), uma das principais bases bibliográficas deste capítulo. Todavia, cabe registrar que, em conferência realizada na sala de sessões plenárias, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em 29 Jun 16, em Brasília, intitulada “Teoria dos Princípios, Proporcionalidade e Racionalidade”, Robert Alexy, que palestrou em inglês, utilizou com mais frequência as expressões *balancing* (balanceamento) e *proportionality in the strict sense* (proporcionalidade em sentido estrito). Ainda neste evento, o Prof. Rogério Luiz Nery da Silva, da UNOESC, que integrava a mesa como debatedor e intérprete de Robert Alexy, afirmou que, em conversa particular com o autor alemão, esse o teria dito que admitiria o uso das expressões

necessidade, nesta ordem, se mostrarem insuficientes para dar solução ao problema jurídico. Neste sentido, acredita-se que o caso do prefeito de Madrid se resolveria já na máxima da adequação. Por meio dela, deve ser verificado se determinada medida (leis, atos administrativos, etc), uma vez implementada, satisfaria, de algum modo, o princípio que a sustenta, do contrário, a medida deve ser entendida como inadequada e, portanto, afastada do sistema. Robert Alexy, na Conferência realizada na sala de sessões plenárias, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em 29 Jun 16, em Brasília, intitulada “Teoria dos Princípios, Proporcionalidade e Racionalidade”, ofereceu um exemplo que pareceu esclarecedor para a máxima da adequação. O autor alemão disse que determinada lei de seu país obrigava que caçadores realizem curso de tiro como requisito para obter licença à prática daquela atividade. Portanto, a referida lei consistia em uma medida que se sustentava sobre o princípio da segurança das pessoas que atuam na atividade de caça (caçadores, assistentes, espectadores, etc). Note que, ao exigir que os caçadores realizassem curso de tiro, a lei, embora satisfizesse o princípio que a sustentava, afetava o princípio da liberdade desses mesmos praticantes, pois condicionava o exercício legal dessa atividade à realização do referido curso. Entretanto, a satisfação que a lei em comento promovia à segurança das pessoas que atuavam na atividade de caça parece superar a afetação à liberdade dos caçadores. Pelo menos, segundo Alexy, não houve questionamentos a essa parte da norma.

O problema é que a referida lei alcançava não só os caçadores tradicionais, que utilizavam armas de fogo, mas também os praticantes de uma modalidade de caça desarmada, a falcoaria (prática que se utiliza dos falcões como instrumento de captura da presa). Os praticantes de falcoaria recorreram à Corte Constitucional alemã, questionando a parte da norma que os obrigava a realizar o curso de tiro. Traduzindo o caso para a teoria alexyana, pode-se dizer que essa parte do dispositivo é a medida acusada de afetar “inadequadamente” um princípio de direito fundamental - o princípio da liberdade de caça dos praticantes de falcoaria - sob a alegação de satisfazer o princípio fundamental que a sustenta - o princípio da segurança daqueles que atuam na atividade de caça.

A Corte alemã testou a adequação da medida questionada, indagando se, acaso os praticantes de falcoaria não realizassem o curso de tiro, haveria riscos à

“balanceamento”, “ponderação” e “sopesamento” para se referir à proporcionalidade em sentido estrito, embora tivesse uma predileção pelas duas primeiras.

segurança dos que atuam na atividade de caça⁹³. Por meio desse raciocínio, é possível constatar que a retirada da medida questionada do sistema não afetaria a segurança dos que atuam na atividade de caça, afinal o esporte em tela não usa armas de fogo. Em outras palavras, a medida não atendia (satisfazia) a finalidade do princípio que a orientava e a solução encontrada pelo Tribunal Constitucional alemão foi pelo afastamento da parte questionada da lei, desta forma, tanto o princípio da segurança dos que atuam na atividade de caça, como o princípio que preserva a liberdade dos praticantes de falcoaria foram preservados e não houve sacrifícios injustificados de nenhum dos lados.

Note que o exame procedido pela Corte alemã, para declarar a inadequação da lei, passou por considerações quanto às consequências práticas da implantação da parte da lei que incluía os praticantes de falcoaria. Esse é o mesmo raciocínio proposto por Atienza e Manero (2000) no contexto da relação entre: os objetivos perseguidos pela diretriz (que sustenta a norma que confere poder); o meio escolhido pela Administração; e as consequências que decorrem do meio escolhido. A injustificabilidade da conduta “E”, que revela que tais consequências estão fora do alcance da diretriz, que sustenta a norma que confere poder, considerada *in concreto*, corresponderia, no exemplo de Alexy, à constatação de que a exigência imposta aos praticantes de falcoaria não atendiam ao princípio da segurança dos praticantes do esporte que sustentava a lei.

Sendo assim, pode-se dizer que, se a máxima da adequação for aplicada ao caso do prefeito de Madrid, o dispositivo da portaria que exigia o pagamento de impostos não parece ser adequada para satisfazer a diretriz - que sustenta a regra que confere poder

– que preconiza a regulação e organização de veículos na cidade. Desta forma, a dita portaria mostrar-se-ia inadequada, devendo ser eliminada do sistema.

Colocado desta forma, parece não haver problemas em reconhecer a injustificabilidade da consequência “E” (arrecadação de impostos), - como pensa Atienza e Manero (2000, p. 100).

Outro ponto que merece ser ressaltado é que, assim como no Abuso, não é necessário que, no Desvio, a consequência “E” se materialize para ser considerada injustificada, assim tornando a conduta proibida. A mera possibilidade de a consequência

⁹³Em outras palavras, pode-se questionar se a obrigação imposta aos praticantes de falcoaria de realizar curso de tiro – afetando, portanto, o princípio da liberdade dos praticantes dessa

modalidade – é adequado para satisfazer o princípio da segurança dos que atuam na atividade de caça (princípio que orienta a medida questionada).

“E” ocorrer, se argumentativamente comprovada, já pode ser suficiente para sustentar a proibição do meio escolhido pela Administração.

Tudo isso considerado, é possível reconstruir a estrutura de Atienza e Manero (2000) para o Desvio de Poder, de forma a ser utilizada como um método de análise. A saber:

“Uma regra “RCP”, suportada por uma diretriz “D”, confere poder à ente da Administração Pública “O”, com vistas a, nas circunstâncias “X”, atingir determinados objetivos “Obj”. “RCP” não é precisa quanto aos objetivos “Obj” a serem atingidos e não define os meios isso. A Administração “O” expede o ato “A”, cujo conteúdo normativo “R” seria o meio escolhido por “O” para atingir “Obj”. Não existe uma regra regulativa que proíba a Administração de expedir ato “A” com o conteúdo “R”, portanto, o caso não se trata de um conflito entre regras. Ocorre que a(s) consequência(s) “E”, que decorrerem (ainda que potencialmente) do conteúdo “R”, do ato “A”, aos olhos do julgador, se mostra(m) injustificada(s), pois, ao serem cotejadas com a Diretriz D’ - que corresponde à Diretriz D, considerada “in concreto”, ou seja, após ser ponderada com a(s) Diretriz(es) I (II, III, etc) e/ou com o(s) princípio(s) em sentido estrito I (II, III, etc) – mostra-se fora do alcance dela. A partir disso, o conteúdo “R”, da conduta “A”, torna-se proibido.

Desta forma, conforma-se uma “regra nova” (jurisprudencial), cujo enunciado diria que, diante de circunstâncias “X”, o meio escolhido pelo órgão “O”, para atender aos objetivos “Obj” (conteúdo “R”, do ato “A), não está autorizado pela regra que confere poder “RCP”, em razão das exigências da(s) Diretriz(es) I (II, III, etc) e/ou do(s) princípio(s) em sentido estrito I (II, III, etc), tornando-se, portanto, atipicamente ilícito.

Para demonstrar a aplicação do método de análise acima, selecionou-se o AC 1451/2018, do Plenário do TCU. A referida decisão foi selecionada na primeira etapa e

excluída na terceira, conforme Relação das Decisões Capturadas. Cuida de Representação a respeito de irregularidades na condução de Pregão Eletrônico, realizado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), cujo objeto é o fornecimento de cadernos de provas e de cartões-respostas para atender vestibulares, concursos, processos seletivos, e, em caráter de urgência, o vestibular para o primeiro curso de medicina do Campus UFSC Araranguá.

A Representante afirmou ter sido desclassificada por não ter respondido a questionamento feito pela pregoeira, via *chat*, durante sessão do certame, perguntando se a empresa licitante atendia aos requisitos de habilitação exigidos em Edital. A Representante destaca que a resposta a essa indagação já constava da declaração preenchida por todos os licitantes, por determinação do Decreto 5450/05 (Brasil, 2019b)⁹⁴, na ocasião do cadastramento da proposta, feito antes da sessão pública, como condição de participação do certame. A desclassificação da Representante e outras licitantes, por essa mesma razão, ensejou a contratação de empresa (doravante denominada de Licitante B), cuja proposta era 127% maior que a da Representante. O Relator consignou, em seu voto, que a Corte de Contas repudia “o excesso de formalismo e a falta de razoabilidade de decisões que, em nome da suposta celeridade do procedimento licitatório, atentam contra o dever de o agente público zelar para a seleção da proposta mais vantajosa para a administração”. (Voto do Relator, p. 20). A Corte decidiu concordar provisoriamente com os entendimentos da Representante e, como o pregão já havia sido homologado, determinou a suspensão cautelar de qualquer aquisição ou contratação decorrente dele, até o julgamento do mérito. O mérito deste caso foi julgado pelo Plenário do TCU, em 05 de setembro de 2018, por meio do Acórdão 2076/2018 (ver Decisão nº10), onde confirmou o entendimento consignado na presente decisão.

Valendo-se do raciocínio argumentativamente estruturado, apresentado acima, seria possível estruturar as razões de decidir do presente julgado, nos seguintes termos⁹⁵:

⁹⁴ Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial:

I - coordenar o processo licitatório;

II - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração;

III - conduzir a sessão pública na internet;

⁹⁵ O Plenário da Corte acompanhou as razões expostas pelo Relator (p. 22), que, por sua vez, acolheu, em suas razões de decidir, as conclusões da Unidade Técnica (p.20). Desta forma,

Uma regra que confere poder “RCP”[Art 11, Inc I e III, do Decreto 5450/05 (Brasil, 2019b)], **suportada por uma diretriz “D”** [o Pregão, na forma eletrônica, deverá promover a celeridade aos certames públicos. Decisão, p. 14], **confere poder à ente da Administração Pública “O”**[UFSC], **com vistas a, nas circunstâncias “X”**[Pregão Eletrônico], **atingir determinados objetivos “Obj”**[coordenar e conduzir o certame com vistas dar maior celeridade à aquisição de bens, obras e serviços. Decisão, p. 14]. **“RCP” não é precisa quanto aos objetivos a serem atingidos e não define os meios para atingir “Obj”**. A Administração **“O”** **expede o ato “A”**[Edital de Pregão Eletrônico], **que conta com os conteúdos normativos “R1, 2, 3 e 4”**[Itens 7.2 e 19.6, do corpo do Edital e itens 7.4.1.1 e 7.4.1.2, do Termo de Referência, anexo ao Edital. Decisão, p. 8/9], **que aparentavam sustentar o resultado normativo “RN”** [“exigência, via chat, de confirmação, pela segunda vez, mediante mera aposição de um sim, de que- a Representante - atendia ao edital”, sob pena de desclassificação da proposta. Decisão, p. 14], **que seria o meio escolhido por “O” para atingir “Obj”**. **Ocorre que, aos olhos do julgador, a consequência “E”**[desclassificação de proposta mais vantajosa para a Administração. Decisão, p. 20], **que decorreu de “RN” se mostrou injustificada, pois, ao ser cotejada com a Diretriz D’ - que corresponde à Diretriz D, considerada “in concreto”, ou seja, após ser ponderada com o princípio em sentido estrito PSE** [princípio da vantajosidade. Decisão, p. 20], **– mostra-se fora do alcance dela. A partir disso, o resultado normativo “RN”**[“exigência, via chat, de “confirmação, pela segunda vez, mediante mera aposição de um sim, de que - a Representante - atendia ao edital”, sob pena de desclassificação da proposta Decisão, p. 14], **torna-se proibido.**

visando compreender as razões de decidir da Corte, serão extraídos trechos tanto do Acórdão, como do voto do Ministro-Relator, como do parecer daquela Unidade Técnica (transcritos no Relatório). As menções às páginas, referem-se à paginação da decisão atribuída pelo TCU.

3.4 APLICAÇÃO DO MÉTODO, A PARTIR DA TEORIA DOS ILÍCITOS ATÍPICOS

Nesta seção, o mesmo raciocínio utilizado para a construção da estrutura corrida, apresentada para os ilícitos atípicos, foi empregado como Método de Análise do AC 3381/13 (Brasil, 2016b). Vejamos os excertos do mencionado acórdão que o colocaram entre os “casos de excessivo rigor”.

1. Cuidam os autos de representação formulada pela empresa [...] acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico 65/2012, conduzido pela Universidade Federal Fluminense - UFF, cujo objetivo é a aquisição parcelada, por meio de registro de preços, de equipamentos de informática e outros, com valor total estimado em R\$ 21.856.820,70

[...]

5. Quanto à desclassificação compulsória de diversas ofertas, com valores expressivamente mais vantajosos, em razão de que as licitantes não fizeram constar, em suas propostas, a marca/modelo, a garantia ou o prazo de entrega dos equipamentos oferecidos, manifesto minha concordância com a unidade técnica no sentido de que se trata de medida de excessivo formalismo e rigor, que foi determinante para que certos itens fossem adjudicados por valores acima do preço de referência, conforme se verá adiante.

6. Isso porque, apesar de o edital conter disposição no sentido de que cumpria ao licitante preencher adequadamente o campo “descrição detalhada do objeto ofertado”, sob pena de desclassificação, e que o art. 41 da Lei nº 8.666/1993 fixa que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, não poderia o gestor interpretar os mencionados dispositivos de maneira tão estreita.

7. Na verdade, as citadas disposições devem ser entendidas como prerrogativas do poder público, que deverão ser exercidas mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles, o da seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

8. No caso, portanto, caberia ao pregoeiro utilizar-se, zelosamente, da possibilidade de encaminhar diligência às licitantes (art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993), a fim de suprir as lacunas quanto às informações dos equipamentos ofertados, medida simples que poderia ter oportunizado a obtenção de proposta mais vantajosa”. (Acórdão 3381/2013, Plenário[BRASIL, 2016b, p. 9]. Original sem destaques. Omissão proposital dos nomes das pessoas físicas e jurídicas de Direito Privado).

Aplicando o Método:

O sujeito “S” [pregoeiro], **nas circunstâncias “X”** [Pregão Eletrônico], **ao constatar fato “F”** [“licitantes não fizeram constar, em suas propostas, a marca/modelo, a garantia ou o prazo de entrega dos

equipamentos oferecidos”], **que descumpra norma “N” do Edital** [“disposição no sentido de que cumpria ao licitante preencher adequadamente o campo “descrição detalhada do objeto ofertado”, sob pena de desclassificação”], **adota “conduta”** [desclassificação da licitante sem realização de diligências], **que aparentava estar obrigada por uma regra de mandato “Rg”** [Art 41, caput, da Lei 8666/93], **que, por sua vez, tem o princípio “PSbj”** [princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou “estrita legalidade” – inferidos a partir do argumento “não poderia o gestor interpretar os mencionados dispositivos de maneira tão estreita”](*) **a ela subjacente. Ocorre que a “conduta” produz uma consequência “E”**[perda de “ofertas, com valores expressivamente mais vantajosos”], **que leva a autoridade julgadora a entender que se configuraria uma afetação ao princípio do sistema “PS”** [princípio da “seleção da proposta mais vantajosa”]. **Da ponderação entre “PSbj” e “PS” sai vitorioso esse último, tornando a consequência “E” injustificada, o que excepciona o princípio “PSbj”, desamparando a “conduta”, que passa ser reprovada, revelando um “excessivo formalismo e rigor”. Por outro lado, a precedência do princípio “PS”, sob as condições fixadas, torna obrigatória a diligência prevista na primeira parte do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93.**

Com isso, encerra-se o presente capítulo, sendo possível a aplicação do Método aos casos selecionados.

4 ANÁLISE E AVALIAÇÃO DAS DECISÕES

Este capítulo está dividido em três partes. Na primeira, são feitas as análises das quatro decisões selecionadas (Análise de Decisões) - Decisão nº 7, 16, 17 e 26 – e dos três precedentes mencionados pela Decisão nº 7 e os dois da Decisão nº 17 (Análises dos Precedentes). As Análises das Decisões estão estruturadas em duas partes. Na primeira, são dispostas transcrições de trechos da decisão que se mostraram importantes para a compreensão das suas razões de decidir. A esta parte denominamos “1. Razões de Decidir do TCU”. A segunda parte, denominada, “2. Estrutura da Argumentação do TCU”, mapeia as razões de decidir da autoridade julgadora, dentro Método de Análise, desenvolvido no capítulo anterior. A ideia dessa parte não é dizer como a decisão deveria ser, mas como ela é. O Método permitirá tão somente organizar as razões da autoridade decisora, de maneira que se torne melhor para proceder a avaliação.

Antes da leitura da Análise de cada uma das quatro decisões selecionadas, recomenda-se rever o Fichamento de cada uma delas, dispostos nos Apêndices.

As Análises dos Precedentes estão organizadas também em duas partes, mas de forma diferente. Na primeira, um fichamento com os principais pontos da decisão. As transcrições das razões de decidir da decisão precedente foram incorporadas a este fichamento. A ideia foi tornar sua análise, mais compacta, em que pese, tenha a mesma densidade. A segunda parte é idêntica a feita nas Análises das Decisões.

As Análises dos Precedentes estão colocados na sequência das Decisões que os evocaram.

A segunda parte do capítulo está dedicada à avaliação individual das quatro decisões selecionadas, valendo-se da Primeira Parte do Roteiro apresentado no segundo capítulo. A boa compreensão dessa parte da avaliação dependerá da leitura da respectiva análise. São peças indissociáveis.

As Análises e a Primeira Parte das Avaliação seguirão a ordem decrescente da cronologia das Decisões e Precedentes. Tanto as Análises, como as Avaliações, utilizarão os mesmos artifícios de referenciação utilizadas para a confecção dos Fichamentos, mencionados no primeiro capítulo. Portanto, as transcrições das Decisões e Precedentes referenciará paginação dada pelo TCU (“Relatório, p. 5”, “Voto do Relator, p. 20”, “Acórdão, p.30”). As referências aso nomes das licitantes de seus quadros de funcionários, bem como agentes públicos, cuja conduta esteja em julgamento, serão

substituídas pelo substantivo comum que os representa (exemplos, “agente”, “empresa”, “licitante”, “Representante”, etc) ou o pelo uso de iniciais.

Na terceira parte do capítulo será procedida a Segunda Parte do Roteiro de Avaliação, que, como visto no segundo capítulo, nada mais é do que um exame crítico do que foi apurado pelas Análises e Avaliações. Por meio dessa parte, será possível compreender como o TCU buscou equilibrar a tensão entre a previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito, nos “casos de excessivo rigor” selecionados.

Com as análises e avaliações feitas no presente capítulo, a pesquisa terá atendido os seguintes objetivos: aos órgãos e assessorias jurídicas que apoiam os agentes públicos, dar amostra da aplicação prática do Método de Análise e do Roteiro de Avaliação; contribuir com o agir dos agentes públicos - militares e civis – na condução de processos licitatórios sob a fiscalização do TCU, nos “casos de excessivo rigor”; contribuir com o agente público na produção de respostas à auditoria interna e externa e judicial; destacar os pontos onde os órgãos e assessorias de apoio jurídico poderão concentrar seus esforços argumentativos, seja na emissão de pareceres ou na produção ou apoio à produção de peças jurídicas, perante o TCU ou judiciário; e revelar aos auditores internos e encarregados de processos de apuração os desafios enfrentados pelos agentes públicos, ao lidar com situações que envolvam os mesmos elementos dos “casos de excessivo rigor”.

Passa-se à Análises das Decisões e Precedentes.

ANÁLISE DA DECISÃO Nº 7
ACÓRDÃO 2239/2018 – PLENÁRIO

1. RAZÕES DE DECIDIR DO TCU:

1.1. Considerando que a Ministra-Relatora manifestou o acolhimento dos posicionamento da Unidade Técnica, consignado no Relatório (p. 24 e 28), e que o Plenário da Corte, por sua vez, acompanha as razões expostas pela Ministra-Relatora (p. 29 e 30) serão extraídos trechos do Relatório, do voto da Relatora e do acórdão que se mostrem necessários à compreensão das razões de decidir da Corte:

1.1.1. “Examinando a ata de julgamento das propostas de preços, constato que a conclusão da Comissão de Licitação foi no sentido de desclassificar a proposta da [licitante autora da representação] por descumprimento ao exigido no subitem 6.6, por conseguinte o subitem 8.1.1.4 do edital do edital, e classificar [outras empresas concorrentes que ofereceram o segundo valor mais baixo]” (Voto da Relatora, p. 24).

1.1.2. “A principal ocorrência examinada pela Secretaria de Controle Externo no Estado do Pará - Secex/PA foi a desclassificação da representante, que ofertou a proposta mais vantajosa [], sob alegação de falta de composição de preço unitário no subitem 10.5 da proposta de preço, o que levou a sagrar-se vencedora a segunda proposta []”. (Voto da Relatora, p. 23)

1.1.2.1. O valor da diferença entre a proposta da Representante (mas vantajosa) e a do licitante efetivamente contratado foi “pouco mais de 4%”. Essa informação pode ser obtida por meio de colocações da Unidade Técnica que, embora não tenha sido acolhida pela Relatora em outras questões(em despacho anterior à decisão ora analisada), foi aceita em relação à diferença. Veja:

“61. Caso a contratação viesse a recair sobre a proposta da empresa [Representante], a economia em relação ao valor contratado com a empresa [declarada vencedora] seria de R\$ 478.560,41 ou, em termos relativos, de pouco mais de 4%. Ante todas as mencionadas e imprevisíveis consequências que decorreriam da anulação do contrato e retorno à fase de aceitação das propostas ou anulação de todo o certame licitatório e publicação de um novo edital, parece razoável supor que o ônus suportado pelo Sebrae/PA com a continuidade do contrato mostra-se menos danoso que o

imponderável custo — em termos de economia, eficiência e tempo — a que estará sujeito caso decida pela anulação do contrato”. Original sem grifos (manifestação da Unidade Técnica. Relatório p. 11)

“67. O reconhecimento da inexistência, na licitação sob exame, de motivo justo para a desclassificação da proposta da licitante [Representante] implica admitir ofensa a direito da empresa. Mas também implica admitir que essa ofensa não constituiu gravame ao interesse público suficiente para motivar a intervenção do Tribunal de Contas da União com vistas à anulação do contrato decorrente do processo licitatório. Entretanto, em que pese a proposta expendida nesta instrução, a irregularidade cometida na condução da Concorrência 04/2017-CC não elide a necessidade de dar ciência ao Sebrae/PA de que tal prática deve ser coibida em futuros certames naquela entidade”. Original sem grifos (manifestação da Unidade Técnica. Relatório p. 12).

“A relatora discordou do encaminhamento da unidade técnica, mencionando que o ‘apego impróprio a aspectos formais’. Original sem destaques. (Despacho da Relatora. Relatório p. 12).

“Assim, presentes as ofensas a princípios fundamentais da licitação, não se justifica aceitar 4% a mais no preço da obra”. Original sem destaques. (Despacho da Relatora. Relatório p. 14 e Voto da Relatora, p. 27).

1.1.3. Destaca-se, das transcrições acima, que a Relatora construiu suas razões considerando a diferença como 4% e não como “pouco mais de 4%”, como a Unidade Técnica.

1.1.4. “Da diligência que objetivou a apresentação pela citada empresa da composição de preços para subitem de pouquíssima relevância em momento algum feriria a Lei de Licitações. Ao contrário, buscaria cumprir seu art. 3º na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, posto que a proposta da [Representante] foi menor em R\$ 478.561,41 em relação à da empresa contratada [...] Essa diferença é relevante e não poderia ter sido desconsiderada pelo Sebrae/PA”. Original sem destaques. (Voto da Relatora, p. 25).

1.1.5. “Alegou a autora que a falta da indicação de composição do referido subitem: (i) é irrelevante para composição do preço global, critério adotado pela licitação; (ii) não prejudicou a proposta como um todo; e (iii) não impactou significativamente o procedimento licitatório. Esclareceu também que o subitem impugnado se refere a rodapé de 15cm, [...] que equivale a 0,27% da obra e seria materialmente irrelevante. Afirmou,

ainda, que eventuais correções não implicariam alteração do preço global ofertado pela empresa, pois arcaria com os ônus dessas medidas. Original sem destaques. (Voto da Relatora, p. 23)

1.1.6. “O parecer jurídico do Sebrae/PA, anexado aos autos, ao examinar o recurso da representante [que solicitava a realização de diligência para correção da falha (negada pelo Sebrae/PA)], afirmou não haver na planilha qualquer menção ao subitem 10.5, o que configuraria erro substancial da proposta apresentada, e não erro meramente formal, como alegado. Desconsiderou, ainda, a planilha corrigida encaminhada em atendimento à diligência efetuada pela Comissão de Licitação, sob o argumento de que tal prática seria contrária a lei, por configurar oportunidade extemporânea de apresentação de novos documentos”. (Voto da Relatora, p. 23).

1.1.7. “Ao analisar a documentação dos autos, a Secex/PA concluiu que, efetivamente, já havia o subitem [sido] impugnado na proposta inicial da empresa, com a ausência apenas de sua composição de custos unitários”. (Voto da Relatora, p. 23).

1.1.8. “Asseverou a Secex/PA que a ata de julgamento comprovou a capacidade técnica e a solvência financeira e patrimonial da empresa para execução dos serviços e que a desclassificação da proposta mais vantajosa, sob a única alegação de não apresentação de custos unitários de item cujo valor é [...], se mostrou de extremo rigor e desarrazoada”. Original sem destaques. (Voto da Relatora, p. 23)

1.1.9. A unidade técnica também ressaltou que a não apresentação pela [licitante autora da representação] da planilha de custos unitários não configurou erro substancial, como alegado pela assessoria jurídica do Sebrae/PA, pois nem havia óbice à sua análise, nem foi apontada sua inexecutabilidade em razão da ausência desses custos unitários. Original sem destaques. (Voto da Relatora, p. 24).

1.1.10. “Não encontrei nas defesas apresentadas, em virtude das audiências e oitivas, razões suficientes a justificar tal proceder do Sebrae/PA, a não ser excessivo rigor e formalismo no exame da proposta pela [licitante autora da representação] e inconsistências/equívocos no procedimento licitatório referente à concorrência [], que,

a meu juízo, não são graves o suficiente para apenar qualquer um dos responsáveis arrolados nestes autos” (Voto da Relatora, p. 25).

1.1.11. “Ademais, não há como acolher o posicionamento do Sebrae/PA no sentido de que se tratava de omissão insanável e de que diligência ‘em qualquer tempo’ resultaria necessariamente em ‘novas propostas’, com violação ao §3º do art. 43 da Lei 8.666/1993 e ao princípio da isonomia”. (Voto da Relatora, p. 25). A Unidade Técnica desdobra este ponto nos seguintes termos que, conforme mencionado, teria sido acolhido pela Relatora:

“O entendimento adotado pela entidade de que diligência, ‘em qualquer tempo’, resulta necessariamente em ‘novas propostas’, com violação ao § 3º do art. 43 da Lei 8.666/93 e ao princípio da isonomia, encontra-se amplamente ultrapassado pela moderna jurisprudência deste Tribunal. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, em que se fundamenta a posição do Sebrae/PA, deve ser utilizado em equilíbrio com princípios maiores, como o do interesse público e o da seleção da proposta mais vantajosa, este último consagrado no art. 3º da Lei de Licitações”. (Relatório, p.8). Original sem destaques.

1.1.12. “O apego exagerado às formalidades, que contribuiu para o comprometimento do caráter competitivo do certame”. Original sem destaques. (Voto do Relator, p. 25).

1.1.13. “Em despacho de 5/3/2018, examinei essa e outras questões que demonstram o apego exagerado às formalidades, que contribuiu para o comprometimento do caráter competitivo do certame, senão vejamos:

‘7. As justificativas apresentadas pelo Sebrae/PA carecem de fundamentos mais sólidos. Considerar indevida a diligência para que o licitante apresente os custos unitários de um item, sem alteração de seu preço, é interpretação equivocada das regras balizadoras das licitações, que revela mero apego a formalidades e desconsideração de princípios e finalidades dos certames, em especial o aumento da competitividade e a obtenção da proposta mais vantajosa”. Original sem destaques. (Voto do Relator, p. 25).

1.1.14. A Relatora destacou, em seu voto, o seguinte trecho da análise da Unidade Técnica: “a proposta da empresa [Representante] não continha de fato todos os elementos essenciais ao seu julgamento”. (Voto da Relatora, p. 27)

1.1.15. A Relatora destaca que outros falhas foram encontrados na proposta da empresa, mas que a “ausência de manifestação da Comissão de Licitação sobre [outras] questões potencialmente relevantes fez com que a única motivação declarada para desclassificação da proposta mais vantajosa do certame estivesse calcada na inobservância de subitem irrelevante, cujo preço era de R\$ 29.049,99 em certame de valor global superior a 10 milhões”. Original sem destaques. (Voto da Relatora, p. 27)

1.1.16. “Dar ciência ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Pará que a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência afronta o interesse público e contraria a ampla jurisprudência deste Tribunal de Contas da União”. Original sem destaques. (Acórdão, p. 29).

1.1.16.1. A Unidade Técnica, em sua análise, faz as seguintes menções a precedentes da Corte:

1.1.16.1.1. “O formalismo moderado nos certames licitatórios é fortemente incentivado pelo Tribunal de Contas da União, que compreende ser a diligência ‘medida simples que privilegia a obtenção da proposta mais vantajosa e evita a desclassificação indevida de propostas’ (Acórdão-TCU-2159/2016-Plenário, relatado pelo ministro Augusto Nardes)” (Relatório, p.8)

1.1.16.2. “Para o TCU (Acórdão 119/2016-Plenário, relatado pelo ministro Vital do Rêgo), a observância das normas e das disposições do edital, consoante o art. 41, caput, da Lei 8.666/93, deve ser aplicada mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles os da eficiência e da seleção da proposta mais vantajosa. Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do *interesse público*, pode o princípio da *legalidade* estrita ser afastado frente a outros princípios.” (Relatório, p.8).

1.1.16.3. “Não só erros materiais mas mesmo omissões podem ser reparados por meio de diligência, desde, obviamente, que não tratem de informações de grande relevância para a instrução do processo licitatório nem impliquem aumento no

valor da proposta original (entre outros, Acórdão 2546/2015-TCU-Plenário, relatado pelo ministro-substituto André Luís de Carvalho, e Acórdão 3615/2013-Plenário, relatado pelo ministro Valmir Campelo)”. (Relatório, p.8)

1.1.17. “Fixar prazo de 15 (quinze) dias, para que o Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Pará anule o contrato celebrado em 4/1/2018 com a empresa Sanecon - Saneamento e Construção Civil Eireli - EPP, decorrente da concorrência 04/2017-CC” (Acórdão, p. 29).

2. ESTRUTURA DA ARGUMENTAÇÃO DO TCU:

Valendo-se das passagens acima transcritas e do Método de Análise apresentado no terceiro capítulo, é possível estruturar as razões de decidir do presente julgado, nos seguintes termos:

LEGENDA:

(*) – premissa implícita.

O sujeito “S” [Comissão de Licitação], na circunstância “X” [Concorrência do tipo menor preço], ao constatar fato “F” [“falta de composição de preço unitário no subitem 10.5 da proposta de preço”], que descumpra norma “N” do Edital [“subitem 6.6, por conseguinte o subitem 8.1.1.4, do edital”, que estabelecem elementos obrigatórios da proposta] adota “conduta1” [desclassificação da proposta], que aparentava estar obrigada por uma regra de mandato “Rg1” [Art 41, caput, da Lei 8666/93](*), que, por sua vez, tem o princípios “PSbj 1 e 2” [respectivamente, princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia](*) a ela subjacente. Ocorre que a “conduta1” produz uma consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa – 4% (“Não se justifica aceitar 4% a mais no preço da obra”)] que se classifica como “Q1” [“diferença é relevante e não poderia ter sido desconsiderada pelo Sebrae/PA”] e que, considerado que “F” se classifica como “Q2” [“não configurou erro substancial”; tem “pouquíssima relevância”; “erro de baixa materialidade que possa

ser sanado mediante diligência”; falha, cuja correção pode ser feita “sem alteração de seu preço”], **há de se falar em uma afetação aos princípios do sistema “PS 1 e 2”** [respectivamente, princípio da competitividade; e princípio da vantajosidade] (*).**Configura-se, com isso, a colisão entre “PSbj1 e 2” e os princípios do sistema “PS 1 e 2”. Da ponderação entre esses princípios, saem vitoriosos “PS 1 e 2”, tornando a consequência “E” injustificada, o que excepciona o princípio “PSbj1” e desampara a “conduta1” da regra “Rg1”, tornando-a reprovada, por revelar um “excessivo rigor.**

E mais:

O sujeito “S” [Comissão de Licitação], na circunstância “X” [Concorrência do tipo menor preço], ao constatar o fato “F” [“falta de composição de preço unitário no subitem 10.5 da proposta de preço”], que descumpra norma “N” [subitem 6.6, por conseguinte o subitem 8.1.1.4, do edital, que estabelecem elementos obrigatórios da proposta] adota a “conduta2” [negação à possibilidade de reparar as falhas da proposta por meio de diligência], que aparentava estar obrigada por uma regra de mandato “Rg2” [parte final, do, §3, do Art 43º, da Lei 8666/93 (“vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”)] que tem o princípios “PSbj 1 e 2” [respectivamente, princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia] (*) a ela subjacente. Ocorre que a “conduta2” produz uma consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa – 4% (“Não se justifica aceitar 4% a mais no preço da obra”)] que se classifica como “Q1” [“diferença é relevante e não poderia ter sido desconsiderada pelo Sebrae/PA”] e que, considerado que “F” se classifica como “Q2” [“não configurou erro substancial”; tem “pouquíssima relevância”; “erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência”; falha, cuja correção pode ser feita “sem alteração de seu preço”], **há de se falar em uma afetação aos princípios do sistema “PS 1 e 2” [respectivamente, princípio da competitividade; e princípio da vantajosidade] (*).**uma afetação aos****

princípios do sistema “PS 1 e 2” [princípio da competitividade; e princípio da vantajosidade](*). **Configura-se, com isso, a colisão entre os “PSbj 1 e 2” e os princípios do sistema “PS 1 e 2”. Da ponderação entre esses princípios, saem vitoriosos “PS 1 e 2”, tornando a consequência “E” injustificada, o que excepciona o princípio “PSbj1” e desampara a “conduta1” da regra “Rg2”, tornando-a reprovada, por revelar um “excessivo rigor. Sendo assim, a diligência prevista na parte inicial, do § 3º, do Art 43, da Lei 8666/93, torna-se obrigatória, neste caso.**

2.1. Premissas Implícitas:

2.1.1. O Art 41, *caput*, da Lei 8666/93 e sua relação com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Durante a construção da estrutura acima, foi possível perceber que a Ministra-Relatora, embora não tivesse mencionado expressamente a regra de mandato “Rg1” [Art 41, *caput*, da Lei 8666/93], que sustenta a “conduta1”, essa estaria implícita no discurso decisório. Essa conclusão adveio não só do conhecimento da Lei Geral de Licitações, presumivelmente esperado da Ministra, mas também pelo endosso dessa autoridade decisora às manifestações posições da Secex/PA⁹⁶ que, por sua vez, expressamente afirmou que

“Para o TCU (Acórdão 119/2016-Plenário, relatado pelo ministro Vital do Rêgo), a observância das normas e das disposições do edital, consoante o art. 41, *caput*, da Lei 8.666/93, deve ser aplicada mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles os da eficiência e da seleção da proposta mais vantajosa. Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do *interesse público*, pode o princípio da *legalidade* estrita ser afastado frente a outros princípios. (Relatório, p. 8).

A partir deste trecho é possível inferir também que a menção ao “princípio da legalidade estrita” sustenta a relação de subjacência do princípio da

⁹⁶ “Ante o exposto, ao endossar as manifestações uniformes da Secex/PA, VOTO para que o Tribunal adote a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado” (p. 28).

vinculação ao instrumento convocatório em relação à regra do Art 41, caput - que pode ser entendido como uma derivação específica da “legalidade estrita”, voltada para o ambiente licitatório. Esta ideia ganha reforço com a seguinte passagem extraída do Relatório:

“Nos recursos encaminhados, várias participantes reclamaram do apego exagerado, irrelevante e desarrazoado do Sebrae/PA ao formalismo, enquanto os pareceres jurídicos que embasaram as decisões sempre defenderam o rigor na aplicação da norma em estrito senso, sob a alegação de vinculação ao instrumento convocatório e ao princípio da isonomia (p. 45/135, peça 30)”. (Relatório, p. 13).

Ademais a própria Ministra-Relatora menciona expressamente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, em despacho anterior, no mesmo processo, como destaca a Unidade Técnica:

“22.O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tão ardentemente invocado nos pareceres jurídicos do Sebrae/PA, não é absoluto. Ele não impede que o aplicador da norma a interprete para buscar seu sentido e atender as finalidades do certame”. (Relatório, p. 14).

2.1.2. Os princípios da competitividade e da proposta mais vantajosa

Nem a Ministra-Relatora, em seu voto, nem a Corte, citaram expressamente a palavra “princípio” vinculado às palavras “vantajosidade” ou “competitividade”. Entretanto, a Relatora, em várias passagens destacadas acima, trata de prejuízos, que, a seu ver, as condutas dos agentes teriam promovido à competitividade, e à vantajosidade, o que parece deixar claro que estava se referindo aos princípios em comento.

De toda sorte, a evocação feita pela Ministra-Relatora, ao Art 3º, da Lei 8666/93, transcrita acima (item 1.1.12, acima) deixa implícita a presença dos princípios em tela no discurso decisório. E, para reforçar este entendimento, destaca-se ainda trecho que a Relatora menciona expressamente o princípio à competitividade, no contexto mencionado, em despacho anterior, no mesmo processo, como destaca a Unidade Técnica.

21. Tais fatos tendem a configurar tratamento diferenciado entre licitantes e direcionamento do certame, já que o formalismo exagerado e a interpretação seletiva de normas do edital feriram os princípios da isonomia e da competitividade e não asseguraram a obtenção da proposta mais vantajosa. (Relatório, p. 14).

ANÁLISE - PRECEDENTE DA DECISÃO nº 7
ACÓRDÃO 119/16– PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 27 de janeiro de 2016.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

Relator: Vital do Rêgo.

Quórum: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).
Ministros-Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU sobre possíveis irregularidades em Pregão Eletrônico, pelo sistema de registro de preços, conduzida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT-10) para contratação de serviços de vigilância armada. Segundo Relator (Voto do Relator, p. 13 e 14), a Representante é a responsável pela proposta de menor preço no certame, mas teria sido inabilitada, no quesito qualificação econômico-financeira, por apresentar demonstrações contábeis relativas ao exercício de 2013, enquanto que, segundo o pregoeiro, o balanço deveria ser referente ao ano de 2014, já que a validade do balanço de 2013 teria findado em 30 de abril 15, data anterior à sua convocação em 05 JUN 15. Segundo Relator (Voto do Relator, p. 13), o pregoeiro justifica sua decisão com base em precedente do TCU, o AC 1999/2014 – Plenário, de 30/07/2014, que, após discutir a aplicação de dispositivos da Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil – RFB (IN nº 787/2007 e 1420/2013), estende estar correto o ato de inabilitação, promovido por pregoeiro da Gerência Executiva do INSS em Piracicaba-SP, pelo fato da licitante ter apresentado Balanço de 2012, após 30 de abril de 2014, termo final da sua validade. Ocorre que, segundo o Relator (Voto do Relator, p. 13), “não há ‘entendimento consolidado’ do TCU sobre essa matéria. Basta atentar para o conteúdo do voto condutor do Acórdão 2.669/2013-TCU-Plenário”. Segundo o Relator (Voto do Relator, p. 14 e 15), o AC 2699/13 sustentaria uma interpretação do Código Civil (Brasil,2019j), combinada com a IN RFB nº 787/2007, que, se aplicada ao caso em

juízo, o balanço de 2013, apresentado pela empresa Representante, só venceria em 30 JUN 15. O Relator (Voto do Relator, p. 15) reforça seu entendimento afirmando que o “princípio da economicidade” deveria ser observado pelo pregoeiro. E diz que, no AC 199LABOSL9/2014, sobre o qual se sustentava o TRT, a Corte teria dado a entender que só concordou com a inabilitação da empresa que apresentou o balanço sem validade, pelo fato do seu preço, embora menor, “foi praticamente idêntico” ao da próxima colocada e cita os valores (R\$ 390.767,27 e R\$ 390.842,17). Logo após isso, o Relator faz as seguintes colocações:

“14. A mais moderna Hermenêutica Constitucional enfatiza o caráter normativo dos princípios, bem como a sua concretude, a sua positividade e, até mesmo, a sua supremacia. A exaltação do positivismo jurídico pode levar o Direito a ser prisioneiro da lei, o que seria uma negação de um ditado elementar da boa Hermenêutica: “a pior interpretação da lei é a literal”; há de se considerar o seu conteúdo axiológico.

15. Ao explicitar a aplicação dos princípios da economicidade e da razoabilidade, como fez a [Representante] cabe incluir também nesse rol o princípio da eficiência, insculpido no art. 37, **caput**, da Constituição Federal –, não se está a invadir o terreno reservado à lei, mas sim conferir concretude a normas supralegais, que estão acima dela, em razão de sua natureza de princípios gerais e de seu **status** constitucional, e que não podem deixar de ter eficácia, sob pena de comprometer a coesão do ordenamento jurídico, pela privação de seus valores fundamentais.

16. Não se trata, em absoluto, de conferir importância menor ao princípio da legalidade, em relação a outros princípios constitucionais. Trata-se tão somente de reconhecer que, diante do caso concreto, na busca da melhor solução para a situação concreta, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público em toda a sua plenitude, o princípio da legalidade estrita acaba perdendo força frente a outros princípios” (Voto do Relator, p. 15/16)

Após essas colocações, o Relator (Voto do Relator, p. 17) destaca que o problema todo está em definir qual norma regula o tema, pois “De acordo com o referido art. 31, inciso I, da Lei 8.666/93, é legítimo exigir do licitante, para fim de qualificação econômico-financeira, ‘balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, **já exigíveis e apresentados na forma da lei** (...)’. [grifei]”. E conclui dizendo que

“Em que pese a tese defendida nos parágrafos precedentes, reconheço que a inexistência de uma jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte de Contas pode ser suprida pelo próprio responsável pela condução do processo licitatório, por meio de inserção de cláusula editalícia que indique expressamente o exercício a que deve se referir o balanço patrimonial a ser

apresentado para fins de comprovação da capacidade econômico-financeira dos licitantes. Com essa medida, o instrumento convocatório supriria quaisquer dúvidas dos interessados acerca do assunto, razão pela qual proponho ao colegiado dar ciência ao TRT do ocorrido para que tal lacuna possa ser preenchida no edital que vier a ser publicado” (Voto do Relator, p. 18)

A Corte conclui que a inabilitação da Representante seria indevida pois “afronta, no caso concreto, a princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, especialmente o princípio da economicidade e o da seleção da proposta mais vantajosa” e determinou a elaboração de um novo edital, desta vez, informando o “ano do exercício a que deve se referir o balanço patrimonial a ser apresentado pelas licitantes” (Acórdão, p. 19). (original sem grifos).

Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

1. ESTRUTURA DA ARGUMENTAÇÃO DO TCU:

Valendo-se do Fichamento acima e do Método de Análise apresentado no terceiro capítulo, é possível estruturar as razões de decidir do presente julgado, nos seguintes termos:

O sujeito “S” [pregoeiro], nas circunstâncias “X1” [Pregão Eletrônico SRP], ao constatar fato “F” [balanço patrimonial de 2013], que descumpra norma “N” do Edital [não há] adota “conduta” [inabilitação da licitante], que aparentava estar obrigada por uma regra jurisprudencial “RJp1” [AC 199/14 que sustentaria o entendimento de que o tal balanço seria inválido a partir de 30 Abr 15, portanto, não poderia ser aceito], que, por sua vez, tem o princípio “PSbj1” [nenhum princípio foi mencionado neste sentido pelo TRT – que arguiu o acórdão. O Relator menciona vários princípios, entre eles o da legalidade, mas não os atribui especificamente para sustentar o entendimento de “RJp1”] a ela subjacente. Ocorre que, a “conduta” produz uma consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa] que, aos olhos do julgador, considerada a presença de outra regra jurisprudencial “RJp2” [AC 2699/13 que sustentaria o entendimento de que o tal balanço seria válido a partir de 30 Jun 15, portanto, poderia

ser aceito] **que se conflita com “RJP1”, considerada ainda as circunstâncias “X2”** [que no AC 199/2014, sobre o qual se sustentava o TRT, a Corte teria dado a entender que só concordou com a inabilitação da empresa que apresentou o balanço sem validade, pelo fato do seu preço, embora menor, “foi praticamente idêntico”] **revelaria uma afetação aos princípios do sistema “PS 1, 2 e 3”** [princípio da economicidade; princípio da vantajosidade; princípio da razoabilidade e princípio da eficiência. Corte destaca o da economicidade e vantajosidade] **que tornaria a consequência “E” injustificada, desamparando a “conduta1” da regra “RJP1”, tornando-se reprovada.**

ANÁLISE - PRECEDENTE DA DECISÃO nº 7
ACÓRDÃO 2546/15– PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 14 de outubro de 2015.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (Secex/RJ).

Relator: André Luís de Carvalho.

Quórum: Raimundo Carreiro (na Presidência), Benjamin Zymler, José Múcio Monteiro, Bruno Dantas e Vital do Rêgo. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho (Relator).

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU sobre possíveis irregularidades em Pregão Eletrônico, conduzido pela Fundação Biblioteca Nacional (FBN) para contratação de serviços terceirizados de natureza continuada, de apoio operacional e de atividades auxiliares e complementares. Por ocasião da Representação, o Pregão já havia sido finalizado e o decorrente contrato estava em curso. Segundo o Relator (Voto do Relator,

p. 17), a equipe de pregão retirou da disputa as 10 empresas responsáveis pelas propostas mais de menor preço, contratando, por fim, a 11ª primeira colocada, que, por sua vez, seria a empresa que já prestava serviço anteriormente. Segundo o Relator (Voto do Relator, p. 17), “vários foram os motivos alegados para a desclassificação das 10 licitantes”. E acrescenta que

“em relação a 4 empresas licitantes, a indigitada desclassificação se deu, por exemplo, pelo valor de ISS incompatível com o local da prestação de serviços, pela não indicação da convenção coletiva de trabalho para os postos de serviços ou pela inversão de quantitativos entre dois postos de trabalho; bem assim que essas falhas seriam susceptíveis de correção por meio da **diligência** a ser efetuada pelo pregoeiro, sem a necessidade de alteração do preço global proposto”. Original sem grifos (Voto do Relator, p. 17).

Disse ainda que a

“existência de erros materiais ou de omissões nas planilhas de custos e preços referentes à contratação de serviços não enseja, desde logo, a desclassificação das respectivas propostas, podendo a administração contratante realizar diligências junto às licitantes

para a devida correção das falhas, desde que, obviamente, não altere o valor global proposto, cabendo, ainda, à licitante suportar o ônus decorrente do seu erro, no caso de a administração considerar exequível a proposta apresentada.

17. Na mesma linha, o art. 29-A, § 2º, da Instrução Normativa MPOG nº 2, de 2008, ao disciplinar a contratação de serviços, continuados ou não, aduz que:

“Art. 29-A – omissis.

§ 2º Erros no preenchimento da Planilha não são motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a Planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado, e desde que se comprove que este é suficiente para arcar com todos os custos da contratação”.

18. Anote-se, aliás, que essa regra era de obrigatório conhecimento pelo pregoeiro, estando replicada, inclusive, no item 7.6.5. do edital, e, assim, deveria ter sido observada no presente caso”. Original sem grifos. (Voto do Relator, p. 17).

O Relator informa (Voto do Relator, p. 15/16) ainda que, no curso da apuração da Representação, a Sra. M.L., então Diretora Executiva da FBN, oficiou à Secex/RJ, informando que anularia o contrato. Em face disso, o Relator entendeu pela perda do objeto da representação e o remeteu ao pronunciamento à “Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas – Selog para que se pronunciasse sobre a questão da fixação de entendimento”. Ocorre que,

“cerca de nove meses após a informação sobre a anunciada anulação, a própria Sra. [M. L.], então presidente em exercício da entidade, encaminhou nova comunicação acerca da decisão de manter o contrato, alegando que a contratada, em seu arrazoado junto à autoridade administrativa, no processo de anulação, pediu que se aguardasse o posicionamento do TCU; devendo ser destacado que o referido ofício, não obstante ser datado de 30/7/2015, somente foi encaminhado ao TCU em 27/8/2015, ou seja, faltando apenas um mês para a prorrogação do contrato”. (Voto do Relator, p. 16).

A decisão por dar continuidade à execução do contrato, revelaria: possibilidade de ter ocorrido o “favorecimento da empresa [vencedora do certame]” (Voto do Relator, p. 18); e dano ao Erário, pois haveria “uma diferença de 17% entre a proposta de menor valor e a que foi efetivamente contratada” (Voto do Relator, p. 18). Diante do exposto, o Relator entendeu pela irregularidade das desclassificações das propostas e da atitude da Sra. M.L. que decidiu por celebrar o contrato, mesmo após ter informado sobre a anulação do certame o que daria ensejo a medidas à Tomada de Constas Especial e possíveis apurações disciplinares. A Corte (Acórdão, p. 19) entendeu que os procedimentos irregulares constatados na condução do certame, ofenderam os “princípios da supremacia do interesse público, da competitividade, da economicidade, da razoabilidade e da busca pela

proposta mais vantajosa para a administração”. Sendo assim, o colegiado determinou a realização de um novo certame, em um prazo de 90 dias, após o que o contrato em execução deveria ser anulado. Determinou ainda a conversão do processo em Tomada de Contas Especial, onde deveria, entre outras medidas, apurar as responsabilidades da “Sra. M. L., em face da não anulação do referido certame em contrariedade com a informação encaminhada oficial e anteriormente a este Tribunal, dando ensejo à confusão processual no TCU”. (Acórdão, p. 19).

1. ESTRUTURA DA ARGUMENTAÇÃO DO TCU:

Valendo-se do Fichamento acima e do Método de Análise apresentado no terceiro capítulo, é possível estruturar as razões de decidir do presente julgado, nos seguintes termos:

LEGENDA:

(*) – premissa implícita.

O sujeito “S” [agentes envolvidos na condução do certame], **na circunstância “X1”** [Pregão Eletrônico], **ao constatar fato “F”** [valor de ISS incompatível com o local da prestação de serviços, pela não indicação da convenção coletiva de trabalho para os postos de serviços ou pela inversão de quantitativos entre dois postos de trabalho e outras], **que descumpre norma “N1” do Edital** [não citada expressamente, mas infere-se que o Edital previa algo do tipo] **adota “conduta”** [desclassificação de 10 propostas, sem dar oportunidade de repararem suas falhas por meio de diligências]. **Ocorre que os fatos “F” são classificados como “Q”** [existência de erros materiais ou de omissões nas planilhas de custos e preços referentes à contratação de serviços (...) que não alteram o valor global proposto], que, juntamente com **circunstância “X2”** [o objeto do contrato são serviços continuados], **correspondem ao Fato Operativo (FO)⁹⁷ da regra de mandato (proibição) legislada “Rg”** [Art. 29-A, § 2º, da Instrução Normativa

⁹⁷ Ou, na linguagem de MacCormick (2008), se classificam como o Fato Operativo (FO)....

MPOG nº 2, de 2008, que, ao disciplinar a contratação de serviços, continuados ou não, aduz que: § 2º Erros no preenchimento da Planilha não são motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a Planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado, e desde que se comprove que este é suficiente para arcar com todos os custos da contratação”⁹⁸ e **da norma de proibição “N2”, do Edital** [item 7.6.5. do edital, que reproduz o Art. 29-A], **que têm como Consequência Normativa (CN) a proibição da “conduta”** [desclassificação de 10 propostas, sem dar oportunidade de repararem suas falhas por meio de diligências], **que passa então a ser reprovada.**

As circunstâncias subjetivas “XC1” [suspeita de favorecimento da vencedora do certame] e **“XC2”** [a agente Sra. M.L. desiste da anulação do contrato que havia anunciado fazer, o que contribuir para o aumento do tempo de execução do ajuste agravam a sobredita subsunção] e **a circunstância “X3”** [possibilidade de dano ao Erário, em face do tempo de execução do contrato, se considerada a diferença de 17% entre a menor proposta e a que a foi efetivamente contratada] **agravaram a subsunção.**

Este entendimento se reforça se considerado que “Rg” e “N2” são sustentadas pelos princípios do sistema “PS 1, 2, 3, 4 e 5” [“princípios da supremacia do interesse público, da competitividade, da economicidade, da razoabilidade e da busca pela proposta mais vantajosa para a administração”] e **que a “conduta” produz uma consequência “E”** [perda de 10 propostas mais vantajosas], **aos olhos do julgador, a “conduta” afetaria PS 1,2,3,4 e 5 sem a correspondente satisfação de outro princípio(*)**.

(*) Premissa implícita: a relação de sustentação mencionada e de afetação/não satisfação correspondente foi inferida do seguinte pronunciamento do colegiado:

⁹⁸ Note que o FO da mencionada regra poderia ser enunciado assim : “erros no preenchimento da Planilha cujo o ajuste não enseje a necessidade de majoração do preço ofertado, e desde que se comprove que este é suficiente para arcar com todos os custos da contratação”.

“9.2. determinar à Fundação Biblioteca Nacional (FBN), com fundamento no art. 45 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c o art. 251, caput, do Regimento Interno do TCU (RITCU), que adote, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação, as providências necessárias ao exato cumprimento da lei com vistas a resultar na anulação do Pregão Eletrônico nº 17/2014 e do contrato dele decorrente, ao final do prazo assinalado no item 9.3 deste Acórdão, tendo em vista os procedimentos irregulares constatados na condução do certame, com ofensa aos princípios da supremacia do interesse público, da competitividade, da economicidade, da razoabilidade e da busca pela proposta mais vantajosa para a administração”; Acórdão, p. 19).

ANÁLISE - PRECEDENTE DA DECISÃO nº 7
ACÓRDÃO 3615/13– PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 10 de fevereiro de 2013.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (Secex/RJ).

Relator: Valmir Campelo.

Quórum: Aroldo Cedraz (na Presidência), Valmir Campelo (Relator), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, José Jorge e Ana Arraes. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU sobre possíveis irregularidades em Pregão Eletrônico, conduzido pela Universidade Federal Fluminense (UFF) para aquisição de material de construção. Segundo o Relator (Voto do Relator, p. 39), a Representante teria tido sua proposta desclassificada pelo pregoeiro por “não ter feito constar corretamente a marca dos produtos ofertados [...] medida de excessivo formalismo e rigor”. Na visão do Relator, (Voto do Relator, p. 39), tal conduta do agente seria reprovada, pois, antes de desclassificar, deveria ter “sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993, igualmente prevista no item 11.5 do edital, visando esclarecer a marca dos produtos ofertados”.

“6. Isso porque, apesar de o edital conter disposição no sentido de que cumpria ao licitante indicar, em campo próprio do sistema, a marca e o modelo do produto ofertado, e que o art. 41 da Lei nº 8.666/1993 fixa que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, não poderia o gestor interpretar os mencionados dispositivos de maneira tão estreita

7. Na verdade, as citadas disposições devem ser entendidas como prerrogativas do poder público, que deverão ser exercidas mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles, o da seleção da proposta mais vantajosa para a administração

8. No caso, portanto, caberia ao pregoeiro utilizar-se, zelosamente, da possibilidade de encaminhar diligência às licitantes, nos termos

do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, e igualmente prevista no item 11.5 do edital, a fim de suprir as lacunas quanto às informações dos equipamentos ofertados, medida simples que poderia ter oportunizado a contratação de proposta mais vantajosa". Original sem destaques. (Voto do Relator, p. 40).

O Relator informa que, além desta conduta, o pregoeiro teria ainda desclassificado outras duas propostas da Representante sob o argumento de estar acima do preço de mercado, embora estivessem dentro do preço de referência registrado pela própria equipe do pregão. (Voto do Relator, p. 40/41). Considerando que "além das já mencionadas agravantes que concorreram para que propostas mais vantajosas fossem indevidamente desclassificadas, irregularidade semelhante também foi identificada em outro processo já apreciado por este Tribunal, sem aplicação de pena ao responsável [mesmo pregoeiro] naquela oportunidade" (Voto do Relator, p. 41). Na ocasião – continua o Ministro –

"propostas mais vantajosas foram igualmente desclassificadas em razão da ausência de registro da marca/modelo dos produtos ofertados, sem que o pregoeiro tivesse, zelosamente, se utilizado da possibilidade de encaminhar diligência às licitantes (art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993), a fim de suprir as lacunas quanto às informações dos equipamentos ofertados". Original sem destaques. (Voto do Relator, p. 41)

A Corte acolhe o entendimento do Relator e condena o pregoeiro ao pagamento de multa de R\$ 5.000,00, com fulcro no Art 58, Inc II, da Lei 8443/92 (Acórdão, p. 44).

1. ESTRUTURA DA ARGUMENTAÇÃO DO TCU:

Valendo-se do Fichamento acima e do Método de Análise apresentado no terceiro capítulo, é possível estruturar as razões de decidir do presente julgado, nos seguintes termos:

O sujeito "S" [pregoeiro], nas circunstâncias "X" [Pregão Eletrônico], ao constatar fato "F" ["não ter feito constar corretamente a marca dos produtos ofertados"], que descumpra norma "N1" do Edital [que exige a informação da marca dos produtos ofertados] adota "conduta1" [desclassificação da proposta sem realizar diligências para sua correção], que aparentava estar obrigada por uma regra de

mandato “Rg” [Art 41, caput, da Lei 8666/93], que, por sua vez, tem o princípio “PSbj” [“princípio da vinculação ao instrumento convocatório”] a ela subjacente. Ocorre que a “conduta1” produz uma consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa] o que revelaria uma afetação ao princípio do sistema “PS” [princípio da vantajosidade]. Configura-se, com isso, a colisão entre “PSbj” e o princípio do sistema “PS”. Da ponderação entre esses princípios, sai vitorioso “PS”, tornando a consequência “E” injustificada, o que excepciona o princípio “PSbj” e desampara a “conduta1” da regra “Rg”, tornando-a reprovada, por revelar um “excessivo rigor”. A precedência do princípio “PS” sobre “PSbj” torna obrigatória a diligência facultada pela parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, e reproduzida na norma do edital “N2” [item 11.5], que permitiria dar oportunidade para que o licitante reparasse o fato “F”.

A reincidência da “conduta1”, agravada pela ocorrência da “conduta 2” [desclassificação de outras duas propostas da Representante sob o argumento de estar acima do preço de mercado, embora estivessem dentro do preço de referência registrado pela própria equipe do pregão], o sujeito “S” será sancionado em multa, com fundamento no Inc II, do Art 58, da Lei 8443/92.

ANÁLISE DA DECISÃO Nº 16
ACÓRDÃO 1287/2018 – PLENÁRIO

1. RAZÕES DE DECIDIR DO TCU:

1.1. O Plenário da Corte acompanhou as razões expostas pelo Relator (p.11), que, por sua vez, acolheu, em suas razões de decidir, as conclusões da Unidade Técnica (p. 9). Desta forma, visando compreender os fundamentos da Corte, foram extraídos trechos tanto do Acórdão, do voto do Ministro-Relator e do parecer daquela Unidade Técnica (transcritos no Relatório). Seguem as razões:

1.1.1. “Segundo o representante, em sua proposta comercial foram encaminhados vários *links* apontando detalhadamente cada uma das demandas técnicas do instrumento de convocação do certame, complementando a informação prestada com a remessa de carta do fabricante – a multinacional Hikvision – que certificava o pleno atendimento ao edital (peça 1, p. 5)”. Original sem destaques. (Relatório, p. 2).

1.1.2. “Em que pese isso, nos termos narrados por ela [a Representante], a Coordenadoria de Segurança e Inteligência (Coorseg) [setor do TJDFT responsável pela análise técnica da proposta] encontrou *links* na Internet, cujas informações seriam discordantes daquelas por ela apresentadas em sua proposta comercial, razão pela qual, desconsiderando as informações prestadas pela Hikvision, a Coorseg desclassificou sua proposta, visto que não teriam ficado comprovados os termos técnicos informados (peça 1, p. 5)”. Original sem destaques. (Relatório, p.3).

1.1.3. “Quanto a isso, a representante argumenta que a declaração da Hikvision, encaminhada em sua proposta, informava que havia especificidades nas câmeras para cada parte do mundo, havendo customizações em cada um dos mercados em que ela atuava, tendo em vista ser uma fabricante global, razão pela qual as características técnicas dos equipamentos ofertados ao TJDFT deveriam ser buscadas no *site* brasileiro da empresa e não nos sites internacionais (peça 1, p. 5)” (Relatório, p. 3).

1.1.4. “Para a representante, ao encontrar informações divergentes, a Administração deveria ter dado crédito à fabricante dos equipamentos e buscado as comprovações nos

endereços eletrônicos por ela informados na carta, ou ter efetuado diligências, com supedâneo no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, até porque o edital do certame previa uma fase de avaliação técnica dos equipamentos propostos, na qual quaisquer dúvidas acerca do atendimento das especificações técnicas poderiam ser solucionadas (peça 1, p. 6)”. Original sem destaques. (Relatório, p. 3).

1.1.5. “Em segundo lugar, relativamente ao suposto erro na avaliação técnica da proposta comercial da representante, é de se ressaltar que se verifica que o inquinado Parecer Técnico da Coorseg (peça 16) está devidamente fundamentado. Além disso, há a perfeita indicação dos pontos considerados em desacordo com o edital, tratando a questão, portanto, do mérito do ‘julgamento’ da proposta e não de aspectos relativos a formalidades intrínsecas a esse exame”. Original sem destaques. (Relatório, p.5).

1.1.6. “Dessa forma, tendo em vista a irrisória diferença entre a proposta da representante – R\$ 6.018.143,00 – e a proposta negociada da empresa provisoriamente classificada – R\$ 6.060.350,00 –, no montante de R\$ 42.207,00, correspondentes a, aproximadamente, 0,7% do valor daquela primeira proposta, não se verifica, no presente caso, a presença de risco de lesão ao interesse público e, por consequência, a representação deve ser considerada improcedente, nos termos dos precedentes acima assinalados”. Original sem destaques. (Relatório, p.5).

1.1.7. “Para tanto, noticiou que o certame foi disputado por 22 empresas, com apresentação de 146 lances, e que o valor proposto pela representante, de R\$ 6.018.143,00, alcançou 99.30 % da proposta declarada vencedora, demonstrando ter havido competitividade na licitação”. Original sem destaques. (Voto do Relator, p. 8).

1.1.8. “Nesse contexto, a Selog pontuou que a representante não trouxe aos autos documentação específica, apta a sustentar sua argumentação, baseada em excessivo rigor na análise das especificações técnicas”. Original sem destaques. (Voto do Relator, p. 8).

1.1.9. “Considerando consistentes os elementos trazidos aos autos pela Selog, cumpre esclarecer que o desatendimento às regras do certame, às quais a Administração encontra-se estritamente vinculada, autorizou a desclassificação da representante, na

forma promovida no caso concreto, restando improcedente a representação”. Original sem destaques. (Voto do Relator, p. 8/9).

1.1.10. “conhecer da Representação, por adimplir os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, c/c os arts. 235 e 237, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la improcedente”. (Acórdão, p. 10).

2. ESTRUTURA DA ARGUMENTAÇÃO DO TCU:

Valendo-se das passagens acima transcritas e do Método de Análise apresentado no terceiro capítulo, é possível estruturar as razões de decidir do presente julgado, nos seguintes termos:

LEGENDA:

(*) – premissa implícita.

O sujeito “S” [Pregoeiro e Corseg], nas circunstâncias “X1” [Pregão Eletrônico], ao constatar o fato “F” [a proposta da Representante indica que as especificações técnicas de seus produtos poderiam ser obtidas por meio de “links na Internet, cujas informações seriam discordantes daquelas por ela apresentadas em sua proposta comercial”], que descumpra norma “N” do Edital [dispositivos do Termo de Referência que descrevem as especificações do objeto], adota “conduta” [desclassificação da proposta sem realização de diligências] que aparentava estar obrigada pela regra de mandato “Rg1” [Não mencionado. Considera-se o Art 41, 45 e Inc I, do Art 48, da Lei 8666/9](*) , que tem o princípio “PSbj1”[princípio da vinculação ao instrumento convocatório](*) a ela subjacente. Todavia, a Representante argui que a “conduta” é de um “excessivo rigor” e produz uma consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa (“diferença entre a proposta da representante – R\$ 6.018.143,00 – e a proposta negociada da empresa provisoriamente classificada– R\$ 6.060.350,00 –, no montante de R\$ 42.207,00, correspondentes a, aproximadamente, 0,7% do valor daquela primeira

proposta)], o que exigiria a realização da diligência prevista na regra de permissão “Rg2” [primeira parte do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93], que, por sua vez, tem o princípio “PSbj2” [princípio da vantajosidade](*) e “PSbj3” [princípio da competitividade](*) a ela subjacentes. Entretanto – segundo autoridade julgadora – há duas conclusões para o caso. A primeira é que, considerando a circunstância “X2” [“o certame foi disputado por 22 empresas, com apresentação de 146 lances considerando a circunstância, e que o valor proposto pela representante, de R\$ 6.018.143,00, alcançou 99.30 % da proposta declarada vencedora, demonstrando ter havido competitividade na licitação”], não há que se falar em afetação ao princípio “PSbj3”. A segunda é que a afetação da “conduta” à “PSbj2” revelaria uma colisão entre esse princípio e “PSbj1”. Para solucionar a ponderação entre “PSbj2” e “PSbj1”, considerou-se que “F” se classifica como “Q1” [“falha de “mérito do ‘julgamento’ da proposta e não de aspectos relativos a formalidades”] e que a consequência “E” se classifica como “Q2” [“irrisória diferença entre a proposta da representante (...) e a proposta negociada da empresa provisoriamente classificada”], o que contribui para que “PSbj1” sagre-se vencedor. A vitória de “PSbj1” torna a consequência “E” justificada, o que excepciona o princípio “PSbj2” e ampara a “conduta” que se mantém aprovada, afastando a acusação de “excessivo rigor”, por parte da Representante.

2.1. Premissas Implícitas

2.1.1. O Art 41, 45 e Inc I, do Art 48, da Lei 8666/93, o Art 4º, Inc XVI, da Lei 10520/02

Nem Unidade Técnica, nem o Relator, nem a Corte citam a regra que daria suporte à conduta do pregoeiro e Conseg. De toda sorte, é do conhecimento comum dos envolvidos no ambiente licitatório que o Art 41, 45 e Inc I, do Art 48, da Lei 8666/93, dão suporte à retirada de licitantes que descumprem o Edital.

2.1.2. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Embora nenhuma parte da decisão mencione expressamente o sobredito princípio ou outros correlatos, este pesquisador entende ser plausível admitir que a parte final do voto do Relator, transcrita no item 1.1.9 desta análise, estaria reconhecendo a influência deste princípio no caso enfrentado.

2.1.3. Princípio da Competitividade e a não afetação da “conduta”

Parece ser plausível admitir que o Relator, ao demonstrar “ter havido competitividade na licitação”, mencionando a quantidade de participantes e lances ocorridos no certame (ver item 1.1.7, desta análise), estaria reconhecendo não só a presença do princípio da competitividade no caso em julgamento, mas também que a retirada da Representante da disputa (provocada diretamente pela desclassificação – “conduta1”) não teria afetado tal princípio.

2.1.4. Princípio da Vantajosidade

Ao mencionar que o valor da proposta da Representante alcançou “99.30 % da proposta declarada vencedor” (ver item 1.1.6 , deste mapeamento), o Relator estaria confirmando as conclusões da Unidade Técnica já havia dito - quando tratava da procedência da Representação, no item 1.1.6, desta análise – a respeito da “irrisória diferença” entre a proposta da Representante e a licitante vencedora.

Considerando que o presente certame é um Pregão, cujo critério de disputa é o menor preço, parece ser plausível afirmar que o debate a respeito dos valores das propostas e a aferição da diferença entre elas revela a presença do princípio da vantajosidade no caso em tela.

2.2. Não há menção a precedentes que contribuam com a fundamentação da decisão.

ANÁLISE DA DECISÃO Nº 17
ACÓRDÃO 1275/2018 – PLENÁRIO

1. RAZÕES DE DECIDIR DO TCU:

1.1. O Plenário da Corte acompanhou as razões expostas pelo Relator (p.12), que, por sua vez, acolheu, em suas razões de decidir, as conclusões da Unidade Técnica (p.10). Portanto, visando compreender as razões de decidir da Corte, serão extraídos trechos tanto do Acórdão, como do voto do Ministro-Relator, como do parecer daquela Unidade Técnica (transcritos no Relatório). Seguem as razões:

1.1.1. “Foi desclassificada⁹⁹ a representante, detentora da proposta mais econômica, em razão de falhas na documentação de habilitação”. Original sem destaques. (Voto do Relator, p. 9)

1.1.2. “a pregoeira lança mensagem no chat inabilitando a [empresa Representante] por ter informado, na declaração de contratos firmados, o valor total dos contratos, e não o valor remanescente deles, além de suspostamente ter deixado de informar dois contratos”. Original sem destaques. (Relatório, p.2).

1.1.3. “O modelo de declaração de contratos [constante em edital] expressamente prevê o valor total para cada contrato listado, e não o remanescente. A representante alega que foi orientada, no Pregão 069/2016 [lançado anteriormente, mas anulado], a informar o valor total dos contratos”. Original sem destaques. (Relatório, p.2).

1.1.4. “não cabe acolhida à alegação de desconhecimento feita pela empresa Representante. Também não merece prosperar a informação de que a Representante tinha sido orientada, no Pregão 069/2016 anulado, a informar o valor total dos contratos, já que, à época, vigia a Instrução Normativa SLTI 02/2008, que tinha redação, em seu Anexo VIII, diversa do Anexo VII-E da IN 5/2017, atualmente vigente”. (Relatório, p. 5).

⁹⁹Atecnica do Ministro-Relator. “Desclassificação”, como já mencionado em capítulos anteriores, refere-se à retirada da disputa sob a alegação de falhas da proposta. A saída da licitante que se fundamenta no descumprimento de regras de habilitação é “inabilitação”.

1.1.5. Em Ofício, a FUA manifesta-se perante o TCU contra a acusação da Representante, afirmando que “pautou-se pela estrita legalidade ao aplicar o previsto no Edital, em conformidade com o art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93, eis que está a Administração vinculada ao Edital em seus exatos termos, não se podendo admitir a abertura de exceção, mormente quando a própria interessada que deu causa à ausência da documentação necessária para sua habilitação. Desse modo, uma vez que a Representante não atendeu a todas as exigências previstas no Edital, reveste-se de legalidade o ato que a considerou como não habilitada no Pregão Eletrônico”. Original sem destaques. (Relatório, p.4).

1.1.6. “A despeito da falha, por parte da licitante, caberia ao Pregoeiro realizar diligências para sanar a irregularidade, tendo em vista o princípio do formalismo moderado que informa toda a atividade da Administração, uma vez que não se pode perder a essência do dispositivo, que, no caso, é a de dar razoável garantia à Administração de que a empresa a ser contratada possui capacidade de executar adequadamente o contrato” (Relatório, p.5).

1.1.7. “não há indícios de que, ao cometer tais falhas, a Representante tenha agido de má-fé, uma vez que a menção aos valores integrais dos contratos prejudica a própria licitante, pois dificulta a demonstração de que 1/12 do total não é superior ao seu patrimônio líquido, o que não causa prejuízo algum a outras empresas licitantes”. (Relatório, p.5).

1.1.8. “O Pregoeiro deixou de realizar a diligência prevista no § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993, a fim de oportunizar correção das informações da Declaração dos Contratos Firmados com a iniciativa privada e a Administração Pública. Original sem destaques. (Relatório, p.6)

1.1.9. “Nesse sentido, o TCU entende que o rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências (Acórdãos 2302/2012-TCU-Plenário – Revisor Ministro Walton Alencar Rodrigues; 1924/2011-

TCU-Plenário- Relator Ministro Raimundo Carreiro)”.Original sem destaques (Relatório, p. 6).

1.1.10. “Na análise de mérito, a Secex/AM entendeu que a desclassificação da [representante] não foi razoável, apesar das falhas em sua proposta, uma vez que o valor ofertado pela empresa foi 9,24% menor do que o valor proposto pela empresa declarada vencedora. Em homenagem ao princípio do formalismo moderado, a comissão de licitação deveria ter realizado a diligência prevista na Lei 8.666/1993”. Original sem destaques. (Voto do Relator, p. 9).

1.1.11. “A unidade técnica demonstrou, ainda, que as informações equivocadas, prestadas pela representante, por ocasião do certame, no que se refere à sua capacidade de executar o contrato resultante do pregão, não configuraram tentativa de fraudar a licitação, pois o valor total dos contratos celebrados entre a representante e outros órgãos e entidades a Administração, mesmo sem o desconto das parcelas executadas, era muito inferior ao valor que comprometeria sua capacidade de executar a avença, nos termos do item 8.5.4.3 do edital”. (Voto do Relator, p. 9)

1.1.12. “De fato, a [a Representante] cometeu equívocos, passíveis de serem sanados mediante diligência, sendo injustificada sua desclassificação para contratação de proposta menos vantajosa. A realização da diligência prevista no §3º do art. 43 da Lei 8.666/1993 era dever da comissão de licitação, conforme remansosa jurisprudência deste Tribunal”. Original sem destaques (Voto do Relator, p. 10).

1.1.13. “Nos termos do art. 45 da Lei 8.443/1992, determinar o retorno à fase de habilitação do Pregão 1/2018, concedendo oportunidade à [representante] para ajustar o anexo III de sua proposta, mediante realização de diligência prevista no § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993”. (Acórdão, p. 12).

2. ESTRUTURA DA ARGUMENTAÇÃO DO TCU:

LEGENDA:

(*) – premissa implícita.

Valendo-se das passagens acima transcritas e do Método de Análise apresentado no terceiro capítulo, é possível estruturar as razões de decidir do presente julgado, nos seguintes termos:

O sujeito “S” [pregoeiro], nas circunstâncias “X” [Pregão Eletrônico], ao constatar fato “F” [licitante apresenta declaração dos valores remanescentes dos contratos firmados e deixou de informar dois contratos], que descumpra norma “N” do Edital [cláusula que exigia a declaração do valor total de todos os contratos firmados], adota “conduta” [inabilitação da licitante sem realização de diligências], que aparentava estar obrigada por uma regra de mandato “Rg” [Art 41, caput, da Lei 8666/93], que, por sua vez, tem o princípio “PSbj” [princípio da “estrita legalidade”](*) a ela subjacente. Ocorre que a “conduta” produz uma consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa (“9,24% menor do que o valor proposto pela empresa declarada vencedora”)] que, somada à classificação “Q” [“irrelevante e não causa prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências”] dada à “F”, leva a autoridade julgadora a entender que se configuraria uma afetação ao princípio do sistema “PS” [princípio da vantajosidade](*). Da ponderação entre “PSbj” e “PS” sai vitorioso esse último, tornando a consequência “E” injustificada, o que excepciona o princípio “PSbj”, desamparando a “conduta”, que passa ser reprovada, revelando um “rigor formal” da “conduta”. Por outro lado, a precedência do princípio “PS” [princípio da vantajosidade], sob as condições fixadas - ocorrência da consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa (“9,24% menor do que o valor proposto pela empresa declarada vencedora”)] e da classificação “Q” [“irrelevante e não causa prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências”] dada ao fato “F” - torna obrigatória a diligência prevista na primeira parte do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93.

2.1. Premissas Implícitas:

2.1.1. O princípio da estrita legalidade e sua relação com o Art 41, da Lei 8666/93 e o princípio da vantajosidade

O uso, no caso julgado, das expressões “estrita legalidade” (Relatório, p. 4) e perda da “proposta mais vantajosa” ou “ mais econômica(Voto do Relator, p. 9, 10 *et passim*) não as vincula expressamente à palavra princípio. Entretanto, o contexto em que foram mencionadas parece remeter-se a uma dimensão valorativa relacionada a essas expressões, que permite enxergá-las como princípios implícitos na decisão. Veja.

No caso da “estrita legalidade”, a única menção foi feita pela FUA (ver item 1.1.5), de cujas colocações foi possível perceber uma defesa em favor da ideia de uma atuação da Administração “vinculada ao Edital em seus exatos termos”. No mesmo sentido quando diz que “reveste-se de legalidade o ato que a considerou como não habilitada no Pregão Eletrônico”. Parece nítida a evocação de uma dimensão valorativa – principiológica –manifestada por uma exaltação à observação estrita da letra da lei.

Se estivermos certos quanto a essa leitura, pode-se perceber então, nessa mesma passagem, o enlace entre o princípio da “estrita legalidade” e o Art 41, da Lei 8666/93, cuja relação, dentro dos preceitos teóricos, explorados em capítulos anteriores, só poderia ser de subordinação, onde o princípio sustentaria a regra.

As passagens em que a expressão “proposta mais vantajosa” (ou “mais econômica”) trazem a noção de um fim a ser perseguido pelos agentes envolvidos no certame; um guia de conduta dos servidores e militares encarregados por conduzir o processo licitatório. O que mais poderia ser isso se não um princípio ? Isso é tão certo que a busca pela “proposta mais vantajosa” foi, como visto, o principal argumento utilizado para justificar que fosse excepcionada a subsunção de uma “regra legislada de mandato sem conceito jurídico indeterminado” - a disposta no Art 41, da Lei 8666/93. Foi também objetivando a contratação da “proposta mais vantajosa” que se mudou o estado deontológico da primeira parte da regra do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, tornando a diligência uma obrigação e não uma faculdade.

ANÁLISE - PRECEDENTE DA DECISÃO Nº 17
ACÓRDÃO 2302/12- PLENÁRIO

Natureza do Processo: Agravo em Representação.

Data da Sessão: 29 de agosto de 2012.

Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação(Sefid1).

Relator: Raimundo Carreiro.

Quórum: Benjamin Zymler (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues (Redator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro (Relator), José Jorge, José Múcio Monteiro e Ana Arraes. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

RESUMO: cuida-se de Representação, com pedido de Medida Cautelar, de autoria do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU) em razão da possível prática de irregularidades no processo de licitação, na modalidade leilão, para concessão da exploração do sistema rodoviário da BR-101/ES/BA (entroncamento BA-698 - acesso a Mucuri - Divisa ES/RJ), regido nos termos do Edital de Concessão 001/2011 da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). O MP/TCU requereu que a ANTT se abstinhasse de homologar o resultado do leilão referente ao Edital de Concessão 001/2011, até o posicionamento do TCU, sobre as irregularidades apontadas. O então Relator (Ministro José Múcio Monteiro) do feito entendeu, inicialmente, pelo conhecimento da Representação e pela concessão da Medida Cautelar pleiteada. Posteriormente, como descrito no Relatório precedente, houve por bem o então Relator da matéria, em revogar a aludida Medida Cautelar, após as respostas às diligências realizadas pela Unidade Técnica. O MP/TCU interpôs recurso de agravo contra a última decisão do Relator. O novo Relator da matéria (Raimundo Carreiro) deu provimento ao agravo. O Ministro Walton Alencar diverge do Relator, sendo acompanhado pela Corte, negando o agravo e autorizando o regular prosseguimento da licitação da ANTT, para a concessão da BR-101 ES-BA. As irregularidades aventadas pelo MP/TCU dizem respeito ao fato de que “a proponente [vencedora do leilão] deixou em branco, na Planilha Excel, que explicita o

Plano de Negócios, uma série de itens” (Voto Ministro Walton Alencar, p. 15), ocorre que a Comissão de Outorga da ANTT, no sentido de completar as informações, diligenciou a proponente para que entregasse a sobredita planilha devidamente preenchida, o que, aos olhos do MP/TCU e do segundo Relator, Ministro Raimundo Carreiro, teria violado o “princípio da segurança jurídica” (Voto do Relator, p. 13) do certame, dando suporte à concessão do pedido cautelar em tela. Entretanto, segundo o Ministro Walton Alencar

“Após a realização de oitiva junto à ANTT, restou comprovado que não houve juntada de novos elementos por parte da proponente vencedora. Houve tão somente esclarecimentos a respeito do Plano de Negócios já apresentado, incapaz de gerar a drástica medida pretendida de afastar o licitante vencedor do certame. E, como se sabe, não há nulidade se não há gravames (“pas de nullité sans grief”). Nos termos do edital, plano de Negócios é documento adicional, talhado a aferir a consistência e a razoabilidade das estimativas apresentadas pela proponente”. (Voto Ministro Walton Alencar, p. 15).

E continua, dizendo que

“O Plano de Negócios, portanto, não cria obrigações relativas a valores e a quantitativos por parte da concessionária. Quem estabelece obrigações é o Programa Exploratório da Rodovia (PER).

A ausência de qualquer informação no Plano de Negócios não desobriga a concessionária do cumprimento integral do PER. O Plano de Negócios não se confunde com a Proposta Econômica e não tem o condão de alterar o valor da tarifa de pedágio depois de ter sido ofertada no leilão. A proponente tem inteira discricionariedade no preenchimento das planilhas eletrônicas, de acordo com item 3.8.5.I do anexo 16 do edital [...]. Diligência realizada pela ANTT à empresa vencedora apenas esclareceu, portanto, o local, na planilha eletrônica do Plano de Negócios, em que foram incluídos os investimentos relativos aos itens deixados em branco, não trazendo nenhuma mudança quanto à proposta apresentada. E isso, evidentemente, jamais poderia ser tomado como causa necessária e suficiente para o afastamento do licitante vencedor. No caso concreto, ficou inteiramente esclarecido que houve o agrupamento desses itens em algumas linhas do Plano de Negócio. Não há falar, portanto, em omissão. A ANTT e a comissão de licitação corretamente verificaram que as dotações orçamentárias eram suficientes para o atendimento dos investimentos que estavam agrupados”. (Voto Ministro Walton Alencar, p. 16).

O Ministro Walton Alencar reproduz trecho da Unidade Técnica cujas razões corroboraria seu posicionamento. A saber

“É certo que se o edital de uma licitação fixa determinado requisito, deve-se considerar importante tal exigência. Esse rigor, contudo, não pode ser aplicado de forma a prejudicar a própria Administração ou as finalidades buscadas pela licitação. A licitação possui como objetivos primordiais: assegurar a igualdade de oportunidades entre os interessados e proporcionar a escolha da proposta mais vantajosa para o Poder Público. E, para tanto, rege-se por diversos princípios, entre eles o do procedimento formal, insculpido no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993.

Entende-se por procedimento formal a vinculação do certame licitatório principalmente às leis e aos editais que disciplinam todas suas fases e atos, criando para os participantes e para a Administração a obrigatoriedade de observá-los. O rigor formal, todavia, não pode ser exagerado ou absoluto. O princípio do procedimento formal não quer dizer que se deva anular o procedimento ou julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes”. Grifos do original. (Voto Ministro Walton Alencar, p. 18).

Vale lembrar que as diligências realizadas pela Comissão de Outorga tiveram como fundamento as dúvidas suscitadas pelos avaliadores pertencentes ao quadro de pessoal da ANTT sobre ausência de preenchimento de algumas células constante do Quadro 5 - Cronograma PER do Plano de Negócio. Ainda, a atuação da referida comissão encontra-se respaldo no edital e na legislação, sobretudo no § 3º do artigo 43 da Lei 8.666/1993, que faculta ‘à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da concorrência, a promoção de diligência, destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo”. Original sem destaque. (Voto Ministro Walton Alencar, p. 19).

1. ESTRUTURA DA ARGUMENTAÇÃO DO TCU:

Valendo-se do Fichamento acima e do Método de Análise apresentado no terceiro capítulo, é possível estruturar as razões de decidir do presente julgado, nos seguintes termos:

O sujeito “S” [Comissão de Outorga], **na circunstância “X”**[Leilão], **ao constatar fato “F”** [“a proponente deixou em branco, na Planilha Excel, que explicita o Plano de Negócios, uma série de itens”], **que descumpre norma “N” do Edital** [não citada expressamente, mas infere-se que o Edital previa o preenchimento completo da planilha]

adota “conduta” [diligenciou a proponente para que entregasse a sobredita planilha devidamente preenchida], **à luz da regra de permissão “Rg”** [na parte final do §3º, do Art 43, Lei 8666/93]. **Ocorre que, aos olhos do MP/TCU e do primeiro Relator, a “conduta” violaria a norma “N”, do Edital, e o princípio do sistema “PS1”** [“princípio da segurança jurídica”], **tornando-a, portanto, irregular. A Corte, todavia, entendeu que a reprovação da “conduta” resultaria na consequência “E”** [perda da proposta mais vantajosa] **e que o fato “F” é classificado como “Q”** [“simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes”], **revelando então uma afetação ao princípio do sistema “PS2”** [princípio da vantajosidade]. **Da ponderação entre “PS1” e “PS2”, o segundo sagrar-se-ia vencedor, tornando a “conduta” não só aprovada, mas obrigatória.**

ANÁLISE DO PRECEDENTE DA DECISÃO Nº 17
ACÓRDÃO 1924/11– PLENÁRIO

Natureza do Processo: Agravo em Representação.

Data da Sessão: 27 de julho de 2011.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo - AL (SECEX-AL); Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (SEFTI).

Relator: Raimundo Carreiro.

Quórum: Benjamin Zymler (Presidente), Valmir Campelo, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro (Relator) e José Jorge. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU sobre possíveis irregularidades em Pregão Eletrônico, promovido pela Companhia Energética de Alagoas (Ceal), visando a contratação de serviço de teleatendimento ativo e receptivo (*call center*), na forma humana e eletrônica. Segundo o Relator (Voto do Relator, p. 31), a empresa teria sido inabilitada, pela equipe do pregão, por não atender item do edital que exigia “a necessidade de comprovação de que as *[sic]* 300 PAs [pontos de atendimento] deveriam *[sic]* ser ofertadas [na verdade, o certo seria “foram ofertados”] em uma única célula, com o compartilhamento dos diversos recursos necessários a sua operacionalização”¹⁰⁰(original sem destaques). Segundo o Relator, a Representante

“alega ter apresentado o atestado exigido no item 7.12.3 (itens 24 e 27 da instrução da unidade técnica, peça 21). Nele, está registrado que a empresa [Representante] tornou disponível para a Codeplan [Companhia de Planejamento do Distrito Federal] a quantidade de 315 Postos de Atendimentos (PA). Haveria, portanto, comprovando sua capacidade técnica para a realização

¹⁰⁰ A título de esclarecimento, essa comprovação visa aferir se o licitante está qualificado tecnicamente para prestar o serviço a ser contratado. Segundo o Art 30, §1º, da Lei 8666/93 (BRASIL), isso deve ser demonstrado por meio da apresentação de documentação que ateste que a licitante cumpriu satisfatoriamente os serviços mencionados em contratações anteriores, celebrados com pessoas jurídicas de direito público ou privado.

de serviços ora licitados e, portanto, não deveria ter sido inabilitada”. (Voto do Relator, p. 31).

Segundo o Relator (Voto do Relator, p. 31), a CEAL teria inabilitado a Representante, por entender que o atestado não comprovava que a operação dos 315 PAs havia se dado em uma única célula. Neste sentido, “conclui que a inabilitação da representante se deu em respeito aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia (Peça 15, p. 19-20)” Original sem destaques (Relatório, p. 9). No entanto, segundo o Relator (Voto do Relator, p. 31 e 36), a partir do que está escrito no atestado apresentado pela licitante, não é possível afirmar nem que a operação dos 315 PAs se deu em uma única célula nem em células distintas e complementa dizendo que

“Nesse ponto há, portanto, inferência baseada em interpretação restritiva do texto do atestado, por parte da CEAL. Se havia dúvidas a respeito do conteúdo do atestado, caberia ao gestor, zeloso, recorrer ao permissivo contido no § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993 e efetuar diligência à Codeplan para esclarecê-las, providência que não foi tomada. [...]Portanto, penso que não assiste razão à CEAL ao proceder à inabilitação da empresa representante, quanto a este ponto”. Original sem destaques. (Voto do Relator, p. 31).

Ademais, ressalta o Relator que teria sido detectada uma “diferença de mais de R\$ 6 milhões entre os preços ofertados pela empresa declarada vencedora do certame e a representante, que foi inabilitada” (Voto do Relator, p. 30). Essa diferença, segundo o Ministro (Voto do Relator, p. 33), “refere-se, somente, a um ano de contrato. Portanto, caso ocorra a prorrogação do ajuste, tal valor pode chegar à casa dos R\$ 30 milhões”. O valor oferecido pela Representante - segundo o Relator, na parte do relatório de sua redação (Relatório, p. 1) - foi R\$ 65.100.000,00, que se constitui na oferta mais baixa do certame. A da empresa declarada vencedora foi R\$ 71.799.000,00 (Relatório, p.2), portanto uma diferença de 9,33% em números relativos. A CEAL defendeu-se afirmando que “a proposta mais vantajosa é aquela com o menor preço e que atende os requisitos do edital” (Relatório, p. 13). Mas, segundo o Relator, essa diferença poderia ensejar um eventual débito para com o Erário, portanto uma afetação ao princípio da vantajosidade, o que contribui para tornar obrigatória a realização da diligência § 3º, do art. 43, da Lei nº 8.666/1993. A Corte acompanha o Relator e determina:

“9.4. fixar prazo de 15 (quinze) dias, contado da ciência desta deliberação, para que a Companhia Energética de Alagoas

(CEAL), com fundamento nos arts. 71, inciso IX, da CF e 45 da Lei nº 8.443/1992, adote as providências necessárias ao exato cumprimento da Lei nº 8.666/1993, art. 3º e dos princípios do interesse público, da economicidade, da razoabilidade e da busca pela proposta mais vantajosa na licitação, no sentido de:

9.4.1 tornar nulos os atos administrativos que inabilitaram as empresas concorrentes no âmbito do Pregão Eletrônico nº 26/2010, bem como todos os atos deles decorrentes, os quais desclassificaram suas propostas, bem como os que homologaram o certame e adjudicaram o objeto, retornando a avença à fase de habilitação”. Original sem destaques. (Voto do Relator, p. 37/38)

1. ESTRUTURA DA ARGUMENTAÇÃO DO TCU:

Valendo-se do Fichamento acima e do Método de Análise apresentado no terceiro capítulo, é possível estruturar as razões de decidir do presente julgado, nos seguintes termos:

O sujeito “S” [equipe do pregão], **na circunstância “X”** [Pregão Eletrônico], **ao constatar o fato “F”** [licitante apresentou atestado que não informava se a operação dos 315 PAs se deu em uma central única ou distintas], **que descumpra norma “N” do Edital** [“item 7.12.3” que exigia “a necessidade de comprovação de que 300 PAs (pontos de atendimento) deveriam ser ofertadas *[sic]* (na verdade, o certo seria “foram ofertados”) em uma única célula, com o compartilhamento dos diversos recursos necessários a sua operacionalização”. Original sem destaques] **adota “conduta”** [inabilitação da licitante sem realização de diligências], **que aparentava estar suportada pelos princípios “PS 1 e 2”** [“princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia”]. **Ocorre que o fato “F” revela uma omissão que não significa necessariamente descumprimento de “N”, nem afetação dos princípios “PS 1 e 2”** [a partir do que está escrito no atestado apresentado pela licitante, não é possível afirmar nem que a operação dos 315 PAs se deu em uma única célula nem em células distintas]. **Portanto, considerando que a “conduta” pode eventualmente redundar na consequência “E”** [perda da proposta mais vantajosa (diferença de mais de R\$ 6 milhões entre os preços ofertados pela

empresa declarada vencedora do certame e a representante, que foi inabilitada. O que equivale à 9,33 % de diferença))), **afetando assim os princípios “PS 3, 4, 5 e 6”** [“princípios do interesse público, da economicidade, da razoabilidade e da busca pela proposta mais vantajosa na licitação”], **torna-se obrigatória a diligência da parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93 com fins de confirmar se houve efetivamente o descumprimento de “N”**. Portanto, a **“conduta” torna-se reprovada.**

ANÁLISE DA DECISÃO N° 26
ACÓRDÃO 416/2018 – PLENÁRIO

1. RAZÕES DE DECIDIR DO TCU:

1.1. O Plenário da Corte acompanhou as razões expostas pelo Relator (p. 7). Desta forma, serão extraídos trechos do Acórdão e do voto do Ministro-Relator para esclarecer as razões de decidir da Corte. Visando uma compreensão abrangente da matéria fática e alguns elementos normativos implícitos no Acórdão e no Voto do Relator, serão transcritos também passagens do parecer da Unidade Técnica que foram reproduzidos no Relatório da decisão e não contestados pelo Relator e demais Ministros. Segue-se:

1.1.1. “A presente representação traz à consideração o ato de desclassificação da [Representante], no PE [Pregão Eletrônico nº] 2016/4270, confrontando-o com os princípios da legalidade, razoabilidade, economicidade, formalismo moderado e atendimento do interesse público”. (Relatório, p.3). Original sem destaques.

1.1.2. “A representante questiona sua desclassificação no certame. O Banco do Brasil teria fundamentado sua decisão no descumprimento do item 10.5 do edital, visto que os preços unitários do item ‘peças e materiais’ [constantes da Lista de Preços Unitários (LPU)] estavam acima dos estimados pelo banco”. (Relatório, p.1). Original sem destaques.

1.1.3. “Nos termos apostos no item 10.5 do edital e de acordo com esclarecimentos prestados aos licitantes (peça 4, p. 11 e peça 26), para a parcela ‘Peças/Materiais’ seriam aceitas variações máximas de até 10% em relação aos parâmetros fixados no instrumento convocatório e qualquer proposta fora desse limite seria desclassificada”. (Relatório, p.3). Original sem destaques.

1.1.4. “Não se pode deixar de considerar, contudo, a informação trazida pelo Banco em oitiva de que os valores apresentados pela [Representante], prestadora anterior dos serviços, para os itens com maior solicitação pelo Banco (considerada a série histórica de 2015/2016), importaria gastos superiores em relação àqueles que seriam incorridos caso

utilizados os preços da proposta da [empresa declarada vencedora]”. (Relatório, p.4).
Original sem destaques.

1.1.5. “Suscitou-se, na oportunidade, a ocorrência de rigor excessivo, uma vez que eventual nova diligência, possibilitando a minoração de itens da planilha de peça e materiais da proposta comercial apresentada pela empresa [Representante] poderia resultar em economia de quase R\$ 2 milhões ao Banco ao longo de toda a vigência do contrato”. (Relatório, p.3). Original sem destaques.

1.1.6. “na planilha de orçamento da [Representante], não constam os valores previstos para periculosidade (30% sobre a remuneração dos profissionais em serviços com eletricidade, previsto na Norma Regulamentadora 16 do Ministério do Trabalho), os quais foram inseridos no orçamento estimado do Banco e nas propostas dos demais participantes. Considerada a aplicação dessa remuneração, defende, a proposta da representante seria reajustada para R\$ 181.922,30, cerca de 7% inferior à da [empresa declarada vencedora]. (Relatório, p.3). Original sem destaques.

1.1.7. “informação que modifica a situação até então considerada diz respeito à necessidade de novos ajustes na proposta da [Representante], não apenas para modificar preços unitários de planilha apartada, mas para a inclusão de adicionais de periculosidade (30% sobre a remuneração dos profissionais em serviços com eletricidade, previsto na Norma Regulamentadora 16 do Ministério do Trabalho). (Relatório, p. 4). Original sem destaques.

1.1.8. “Verifica-se, das informações prestadas pelo BB, que as desconformidades na planilha da empresa [Representante] são ainda mais relevantes do que esta Unidade Técnica considerou em sua análise inicial. Ressalte-se que a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 se presta ao esclarecimento de informações ou complemento da instrução do processo e não à completa reformulação de proposta de licitante”. (Relatório, p. 4). Original sem destaques.

1.1.9. “Em análise mais detida considera-se, em razão da gravidade das falhas na proposta, que o rigor excessivo não está indubitavelmente evidenciado. Além disso, o pregoeiro atuou de forma objetiva, em cumprimento às normas aplicáveis à licitação,

apontando inconsistência na formação de preços da empresa. A licitante, em outra via, não apresentou elementos materiais que atestassem a exequibilidade de sua proposta, ensejando sua desclassificação. Não existiu, nesse sentido, descumprimento a norma legal capaz de induzir a nulidade do ato do agente público". (Relatório, p. 4). Original sem grifos.

1.1.10. Relevante, também, destacar que o Banco do Brasil logrou reduzir a proposta da [empresa que se sagrou vencedora coma a saída da Representante] (...). De acordo com as informações prestadas pelo Banco, realizadas as necessárias correções na proposta da Representante, a diferença dessa para a proposta da [empresa que se sagrou vencedora coma a saída da representante] não alcançaria R\$ 14 mil/mês, valor que não é tido como relevante, dadas as dimensões da contratação, e diante dos eventuais custos a serem arcados em caso de se ter que proceder à rescisão do contrato já firmado. (Relatório, p. 4). Original sem destaques.

1.1.11. "Foi correta a desclassificação da [Representante], pois os valores constantes da Lista de Preços Unitários (LPU) apresentados pela representante continham variações significativas em relação aos orçados pelo banco [o Relatório, p. 3, fala em variação de até 200%]. Além disso, haveria a necessidade de efetuar novos ajustes na proposta da empresa para incluir o adicional de periculosidade (30% sobre a remuneração dos profissionais em serviços com eletricidade)". (Voto do Relator, p. 6). Original sem destaques

1.1.12. "Com base no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, aplicável subsidiariamente aos pregões (art. 9º da Lei 10.520/2002), a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de ser possível, em qualquer fase do certame, a realização de diligências para que se esclareça ou complemente a instrução do processo licitatório, vedada a inclusão de documento ou informação que deveria integrar a proposta original. Não se aceita, ademais, que os complementos se prestem à reformulação da proposta. (Voto do Relator, p. 6). Original sem grifos.

1.1.13. A despeito de prevalecer, nesta Corte, o entendimento de que deve ser evitado o formalismo exagerado quanto aos elementos exigidos para a participação em licitações, é necessário ressaltar que isso se aplica às falhas de caráter formal, de fácil correção, ou

a esclarecimentos sobre lacunas, incoerências ou obscuridades nas informações presentes nas propostas. Não é o caso destes autos. (Voto do Relator, p. 6). Original sem destaques.

1.1.14. Não se tratou, portanto, como aventado quando da expedição da cautelar, de medida (a desclassificação da [Representante]) de rigor excessivo. Portanto, agiu corretamente o banco ao excluir a empresa do certame, sendo adequado, por consequência, revogar a cautelar adotada e, no mérito, considerar improcedente a representação. (Voto do Relator, p. 6). Original sem destaques.

1.1.15. “revogar a medida cautelar adotada mediante o despacho de 6/11/2017 (peça 32), referendado pelo TCU por meio do Acórdão 2.469/2017 – Plenário”. (Acórdão, p. 7).

2. ESTRUTURA DA ARGUMENTAÇÃO DO TCU:

Valendo-se das passagens acima transcritas e do Método de Análise apresentado no terceiro capítulo, é possível estruturar as razões de decidir do presente julgado, nos seguintes termos:

LEGENDA:

(*) – premissa implícita.

O sujeito “S” [Cesup/SP], nas circunstâncias “X” [Pregão Eletrônico], ao constatar o fato “F1” [licitante apresentou “preços unitários do item ‘peças e materiais’ estavam acima dos estimados pelo banco”] e o fato “F2” [licitante apresentou proposta que não incluía “adicionais de periculosidade (30% sobre a remuneração dos profissionais em serviços com eletricidade, previsto na Norma Regulamentadora 16 do Ministério do Trabalho)], que descumprem norma “N” do Edital [item 10.5 e anexos do Edital que determinavam que a proposta não ultrapassasse 10% da LPU e exigia que o adicional de periculosidade fosse incluído na composição do

preço], **adota “conduta1”** [desclassificação da licitante] e **“conduta2”** [negar pedido de licitante que vise reparar as falhas da proposta], **que aparentava estar obrigada pelas regras de mandato “Rg 1 e 2”** [da Lei 10520/02 (não cita o dispositivo específico; e parte final do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93] **que, por sua vez, tem o princípio “PSbj”** [princípio da legalidade](*) **a ela subjacente. A licitante argui que as “conduta 1 e 2” revelam “rigor excessivo”, porque produzem uma consequência “E”** [perda da proposta mais vantajosa (cerca de 7% inferior à da empresa declarada vencedora. Valor absoluto de 2 milhões no período total de contratação)], **o que afetaria o princípio (PS)** [princípio da economicidade], **de modo que deveria ser aplicada a regra jurisprudencial “RJp”** [a que entende ser obrigatória – e não facultativa – a diligência primeira parte do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93]. **Ocorre que os fatos “F1” e “F2” são classificados como “Q1”** [“são variações significativas em relação aos orçados pelo banco” (de até 200%)] e **“Q2”** [“as correções ensejariam a completa reformulação da proposta”], **além disso a consequência “E” é classificada como “Q3”** [“valor que não é tido como relevante, dadas as dimensões da contratação, e diante dos eventuais custos a serem arcados em caso de se ter que proceder à rescisão do contrato já firmado”]. **Desta forma, “RJp” não seria aplicada ao caso, mas sim “Rg1” e “Rg2”, portanto as “condutas 1 e 2” são aprovadas.**

2.1. Premissas Implícitas:

2.1.1. O princípio da economicidade e o da legalidade

Embora nem Relator não mencione expressamente estes princípios, é possível inferir que reconhece suas presenças no caso, quando transcreve, para o

Relatório, parte do parecer da unidade técnica que trata dessas normas (subitem 1.1.1, desta análise).

A partir deste mesmo raciocínio, parece ser possível dizer que a relação de sustentação do princípio da legalidade com “Rg1” e “Rg2” pode ser extraída da passagem do item 1.1.9, desta análise.

Passa-se à Primeira Parte do Roteiro de Avaliação.

AVALIAÇÃO DA DECISÃO nº 7
ACÓRDÃO 2239/2018 – PLENÁRIO

ROTEIRO DE AVALIAÇÃO

1) UNIVERSALIDADE RETROSPECTIVA:

a. A autoridade julgadora enuncia precedente(s) para justificar sua decisão ?

Qual(is)?

Sim, fez menção aos acórdãos do TCU: 119/2016-Plenário (AC 119/16); 2159/2016 (AC 2159/16); 2546/2015-Plenário (AC 2546/15); e 3615/2013-Plenário (AC 3615/13). O AC 2159/16 é um acórdão de relação, de modo que, pelas mesmas razões expostas no primeiro capítulo, não será analisado como precedente.

b. Qual(is) a(s) premissa(s) fática(s) e normativa(s) do(s) precedente(s) mencionado(s) ?

O AC 119/16

Premissas normativas:

- regra jurisprudencial “RJp1” [AC 199/14 que sustentaria o entendimento de que o tal balanço seria inválido a partir de 30 Abr 15, portanto, não poderia ser aceito];
- regra jurisprudencial “RJp2” [AC 2699/13 que sustentaria o entendimento de que o tal balanço seria válido a partir de 30 Jun 15, portanto, poderia ser aceito];
- norma “N” do Edital [não há] adota “conduta” [inabilitação da licitante]; e
- os princípios do sistema “PS 1, 2 e 3” [princípio da economicidade; princípio da vantajosidade; princípio da razoabilidade e princípio da eficiência. Corte destaca o da economicidade e vantajosidade].

Premissas fáticas:

- circunstância “X1” [Pregão Eletrônico SRP]
- fato “F” [balanço patrimonial de 2013];
- “conduta” [inabilitação da licitante];
- consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa]; e

- circunstância “X2” [que no AC 199/2014, sobre o qual se sustentava o TRT, a Corte teria dado a entender que só concordou com a inabilitação da empresa que apresentou o balanço sem validade, pelo fato do seu preço, embora menor, “foi praticamente idêntico”].

O AC 2546/15

Premissas normativas:

- regra legislada de mandato (proibição) “Rg” , disposta no Art. 29-A, § 2º, da IN MPOG nº 02/2008 (Brasil, 2019q)¹⁰¹ que diz

“Art. 29-A. A análise da exequibilidade de preços nos serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra do prestador deverá ser realizada com o auxílio da planilha de custos e formação de preços, a ser preenchida pelo licitante em relação à sua proposta final de preço].

§ 2º Erros no preenchimento da Planilha não são motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a Planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado, e desde que se comprove que este é suficiente para arcar com todos os custos da contratação. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)”.

- norma “N1” do Edital [não citada expressamente, mas infere-se que o Edital previa algo do tipo]

- norma de proibição “N2” do Edital [item 7.6.5. do edital, que reproduz o Art. 29-A];

- princípios do sistema “PS 1, 2, 3, 4 e 5” [“princípios da supremacia do interesse público, da competitividade, da economicidade, da razoabilidade e da busca pela proposta mais vantajosa para a administração”]

Premissas fáticas:

- “conduta” [desclassificação de 10 propostas, se dar oportunidade de repararem suas falhas por meio de diligências];

- “consequência “E” [perda de 10 propostas mais vantajosas];

¹⁰¹ Atualmente revogada pela IN MPOG nº 05, de 26 MAIO 17 (BRASIL, 2019q).

- fato “F” [valor de ISS incompatível com o local da prestação de serviços, pela não indicação da convenção coletiva de trabalho para os postos de serviços ou pela inversão de quantitativos entre dois postos de trabalho e outras];
 - circunstância “X1” [Pregão Eletrônico];
 - circunstância “X2” [o objeto do contrato são serviços continuados];
 - circunstância “X3” [possibilidade de dano ao Erário, em face do tempo de execução do contrato, se considerada a diferença de 17% entre a menor proposta e a que a foi efetivamente contratada];
- circunstâncias subjetivas “XC1” [suspeita de favorecimento da vencedora do certame];
- circunstâncias subjetivas “XC2” [a agente Sra. M.L. desiste da anulação do contrato que havia anunciado fazer, o que contribuir para o aumento do tempo de execução do ajuste agravam a sobredita subsunção]a agente Sra. M.L. desiste da anulação do contrato que havia anunciado fazer, o que contribuir para o aumento do tempo de execução do ajuste]; e
- circunstâncias subjetivas “XC2” [possibilidade de dano ao Erário, em face do tempo de execução do contrato, se considerada a diferença de 17% entre a menor proposta e a que foi efetivamente contratada].

Classificação de Premissa Fática:

- fato “F” foi classificada pela autoridade julgadora como “Q [existência de erros materiais ou de omissões nas planilhas de custos e preços referentes à contratação de serviços ...que não alteram o valor global proposto].

O AC 3615/13

Premissas normativas:

- regra de mandato “Rg” [Art 41, caput, da Lei 8666/93];
- parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93;
- “N1” do Edital [que exige a informação da marca dos produtos ofertados]; e
- “N2” [item 11.5].

Premissas fáticas:

- circunstâncias “X” [Pregão Eletrônico]
- fato “F” [“não ter feito constar corretamente a marca dos produtos ofertados”];
- “conduta1” [desclassificação da proposta sem realizar diligências para sua correção];
- consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa]
- “conduta 2” [desclassificação de outras duas propostas da Representante sob o argumento de estar acima do preço de mercado, embora estivessem dentro do preço de referência registrado pela própria equipe do pregão]

c. Quais são as premissa(s) fática(s) e normativa(s) da Decisão avaliada ?

Premissas normativas:

(*) premissa implícita.

- regra de mandato “Rg1” [Art 41, caput, da Lei 8666/93](*);
- regra de mandato “Rg2” [parte final, do, §3, do Art 43º, da Lei 8666/93 (“vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”)];
- parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93;
- princípios “PSbj 1 e 2” [respectivamente, princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia](*);
- princípios do sistema “PS 1 e 2” [respectivamente, princípio da competitividade; e princípio da vantajosidade] (*); e
- norma “N” do Edital [“subitem 6.6, por conseguinte o subitem 8.1.1.4, do edital”].

Premissas fáticas:

- na circunstância “X” [Concorrência do tipo menor preço];
- fato “F” [“falta de composição de preço unitário no subitem 10.5 da proposta de preço”];
- “F” se classifica como “Q2” [“não configurou erro substancial”; tem “pouquíssima relevância”; “erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência”; falha, cuja correção pode ser feita “sem alteração de seu preço”].

-

- “conduta1” [desclassificação da proposta];
- “conduta2” [negação à possibilidade de reparar as falhas da proposta por meio de diligência];
 - consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa – 4% (“Não se justifica aceitar 4% a mais no preço da obra”)];
 - A consequência “E” se classifica como “Q1” [diferença é relevante e não poderia ter sido desconsiderada pelo Sebrae/PA]; e

d. A(s) premissa(s) do(s) precedente(s) é (são) análoga(s) ao caso em julgamento ? Explique ?

O AC 119/16

A regra sob a qual se sustenta a conduta do agente do caso precedente é de natureza jurisprudencial que carece pacificação, como alerta o próprio Relator. Portanto, diferente da regra que sustentou a conduta da Decisão nº 7, que se trata de uma regra legislada de mandato, sem conceito jurídico indeterminado, logo, de caráter bem mais peremptório.

Embora os níveis de suscetibilidade à problematização sejam distintos, as regras se aproximam quanto ao conteúdo, já que ambas disciplinam a retirada de licitantes da disputa.

Os princípios da vantajosidade e segurança jurídica, evocados pelo acusador (Representante) e pela Corte, no caso precedente, coincidem com os arguidos pelas partes envolvidas na Decisão nº 7.

A premissa fática é a mesma, pois, tanto no precedente, como na Decisão nº 7, o licitante retirado da disputa detinha a proposta mais vantajosa.

Portanto, as premissas podem ser consideradas análogas, com a ressalva feita ao nível de suscetibilidade das regras.

O AC 2546/15

Na Decisão nº 7, a Corte evoca os princípios da vantajosidade e competitividade para excepcionar a aplicação da “regra legislada de mandato sem conceito jurídico indeterminado” (Art 41, da Lei 8666/93). Neste Precedente, a Corte se sustenta em uma regra legislada de mandato - de proibição, Art 29-A, §2º, a IN MPOG 02/2008 (Brasil, 2019q) para reprovar a conduta dos agentes. Portanto não há analogia entre as regras nem entre as relações de subsunção empregadas nas decisões.

No Precedente, os princípios da vantajosidade e competitividade também foram arguidos, entretanto para fortalecer a subsunção da regra de proibição do Art 29-A, §2º, a IN MPOG 02/2008. Portanto, embora as premissas principiológicas sejam as mesmas, foram empregadas de forma distinta, o que prejudica a analogia.

O objeto do contrato na Decisão nº 7 é uma obra e no precedente um serviço continuado. Essa diferença repercute não só na complexidade do processo licitatório (obras tendem a ser mais complexas que serviços continuados), mas nas regras que disciplinam o certame e a decorrente contratação. As sobreditas IN MPOG 02/2008, por exemplo, não se aplicam a obras. Portanto, essa diferença prejudica a analogia.

Entre os fatos “F” descritos expressamente pelo Relator no Precedente não há nenhum que corresponda ao fato “F” da decisão nº 7 (falta de composição de preço unitário da proposta de preço). Entretanto, como no Precedente, o fato “F” não está descrito de forma exaustiva, mas apenas exemplificativa, este é um ponto que fica em aberto.

Na Decisão nº 7, o fato “F” (“falta de composição de preço unitário no subitem 10.5 da proposta de preço”) foi classificado como “Q” (“não configurou erro substancial”; tem “pouquíssima relevância”; “erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência”; falha, cuja correção pode ser feita “sem alteração de seu preço”). No Precedente, a classificação “Q” do fato “F” foi a “existência de erros materiais ou de omissões nas planilhas de custos e preços referentes à contratação de serviços (...que não alteram) o valor global proposto”. Portanto podem ser considerados análogos.

As consequências “E” são análogas e as condutas “C” também.

As circunstâncias subjetivas “XC 1, 2 e 3”, presentes no Precedente, e ausentes na Decisão nº 7 não parecem prejudicar a analogia, pois só têm natureza de reforço da subsunção e contribuem para justificar externamente às conclusões quanto à

adoção de medidas com potenciais decorrências sancionatórias (Tomada de Constas Especial e processos administrativos disciplinares).

A diferença entre as modalidades de licitação - circunstâncias “X1”, que na da Decisão nº 7 é Concorrência; e no Precedente, Pregão Eletrônico – não prejudicam a analogia.

O AC 3615/13

As premissas normativas são análogas.

Quanto às premissas fáticas, há algumas diferenças. O objeto licitado, na Decisão nº 7, é a contratação de uma obra e, no Precedente, a aquisição de material de construção. Entretanto, essa distinção não prejudica a analogia. O fato “F” (falha da licitante) também são diferentes. Na Decisão nº 7, “F” consistia na “falta de composição de preço unitário no subitem 10.5 da proposta de preço”. No Precedente, “F” consistiu em “não ter feito constar corretamente a marca dos produtos ofertados”.

Na Decisão nº 7, o fato “F” recebe uma classificação “Q” da autoridade julgadora, o que não ocorreu no Precedente.

Ainda com relação às premissas fáticas, a modalidade da licitação - circunstancia “X” - também são divergentes (Concorrência e Pregão), mas não prejudica a analogia.

A consequência “E” (perda da proposta mais vantajosa) é a mesma nas duas decisões.

A escolha por descrever a “conduta1” de forma distinta nas decisões (na Decisão nº 7 é “desclassificação da proposta” e no Precedente “desclassificação da proposta sem realizar diligências para sua correção”) foi didática, de modo a permitir tratar a “negação à possibilidade de reparar as falhas da proposta por meio de diligência”

– “conduta2”, da Decisão nº 7 – de forma apartada. Portanto, na prática, podem ser consideradas análogas.

No Precedente trata ainda da reincidência da “conduta1” e a ocorrência de uma segunda irregularidade (“desclassificação de outras duas propostas da Representante sob o argumento de estar acima do preço de mercado, embora estivessem dentro do preço de referência registrado pela própria equipe do pregão”) que teria justificado a aplicação e multa ao pregoeiro.

Por fim, as diferenças em relação às premissas fáticas não prejudicam à analogia.

e. Qual(is) regra(s) é(são) possível(is) extrair do(s) precedente(s) mencionado(s) ?

O AC 119/16

O caso é marcado por um conflito entre regras jurisprudenciais que definiriam a antinomia entre as normas que completariam o sentido da regra do Art 31, da Lei 8666/93. A discussão seria a data do vencimento do balanço, 30 Abr ou 30 Jun. Como ainda não há pacificação, a solução do Relator (acolhida pela Corte), para o caso em julgamento, foi a emissão de novo edital, incluindo cláusula que previsse expressamente a data que irá ser considerada. Em que pese esse entendimento esteja sujeito a mudanças jurisprudências (atualmente ainda pendente de pacificação), a solução para o caso pode ser considerada uma regra, passível de aplicação a casos futuros, podendo ser enunciada da seguinte forma:

“Até que se defina legalmente ou jurisprudencialmente a controvérsia, cabe à Administração definir, em instrumento convocatório, as condições de validade do balanço contábil, exigido como comprovação de habilitação econômico-financeira pelo Art 31, da Lei 8666/93”.

Ao que parece, a Corte esculpiu ainda outra regra, para o caso de o Edital não prever a validade do balanço. Veja.

Se considerar que as premissas fáticas do caso concreto são: “X1” [Pregão Eletrônico SRP], “X2” [que o AC 1999/2014, sobre o qual se sustentava o TRT, a Corte teria dado a entender que só concordou com a inabilitação da empresa que apresentou o balanço sem validade, pelo fato do seu preço, embora menor, “foi praticamente idêntico”] e “X3” [a proposta licitante é a mais vantajosa].

Se considerar que as premissas normativas são: “RJp1” [AC 1999/14 que sustentaria o entendimento de que o tal balanço seria inválido a partir de 30 Abr 15, portanto, não poderia ser aceito]; “RJp2” [AC 2699/13 que sustentaria o entendimento de

que o tal balanço seria válido a partir de 30 Jun 15, portanto, poderia ser aceito]; e ausência de uma norma “N” do edital que estabeleça as condições de validade do balanço.

Talvez, seja possível dizer que a regra extraível seria:

“Na ausência de definição, em instrumento convocatório, das condições de validade do balanço contábil, exigido como comprovação de habilitação econômico-financeira pelo Art 31, da Lei 8666/93, a validade a ser considerada deverá ser 30 JUN do segundo ano do exercício contábil ao qual se refere, até que se defina legalmente ou jurisprudencialmente a controvérsia. O objetivo é ampliar a possibilidade da obtenção da melhor oferta”. (Regra 2)

Mas, não foi a nenhuma dessas regras que a Decisão nº 7 se referiu, quando evocou o Precedente, mas sim a parte em que o Relator do Precedente relativiza o princípio da legalidade, perante os princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade. Ocorre que os argumentos desenvolvidos nesse sentido pelo Precedente não se mostraram úteis para a formulação de uma regra. Explica-se. Como visto no primeiro capítulo, quando a autoridade julgadora estabelece a precedência de um princípio sobre o outro de mesma estatura, deve fazê-lo, condicionando tal precedência às circunstâncias do caso concreto, do contrário, estaria declarando a hierarquização *in abstracto*, entre esses princípios¹⁰².

Ocorre que autoridade julgadora, ao fazer as sobreditas considerações, não ancora o princípio da segurança jurídica ao caso em julgamento. Ele não revela que premissa (argumentos, regras, condutas), seja ela desenvolvida pelo acusado, acusador, Unidade Técnica ou ele mesmo, estaria sendo sustentada pelo princípio da segurança jurídica. Se não faz isso, como saber qual aplicação de regra está sendo excepcionada ?

Quanto aos princípios da economicidade, é possível inferir – não é evidente - que ele estaria sustentando a conduta que o pregoeiro deveria ter tomado, aos seus olhos (não inabilitar a Representante, pelo fato dela apresentar o preço mais baixo). O Relator

¹⁰² A própria Corte, ao julgar o AC 119/16, assume esse entendimento (“afronta, no caso concreto, a princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, especialmente o princípio da economicidade e o da seleção da proposta mais vantajosa”. Acórdão, p. 19. Ver Análise do Precedente).

menciona ainda os princípios da razoabilidade e eficiência, mas, assim como o da legalidade, não explica como eles entrariam no caso, quais premissas estariam justificando externamente.

Fazendo algum esforço de compreensão, poderia se pensar que a legalidade estaria sustentando a conduta do pregoeiro, ao inabilitar a Representante. Mas isso não faria muito sentido já que a regra legislada que trata do tema (Art 31, da Lei 8666/963) é incompleta, por isso o pregoeiro buscou a interpretação jurisprudencial do AC 1999/14 (algo que próprio Relator afirma). Insistindo em compreender as ideias do Relator, estaria ele, ao mencionar o princípio da legalidade, querendo dizer que o pregoeiro se valeu de uma interpretação estrita do AC 1999/14 ? Ou Relator tensionava realmente declarar a precedência – *in abstracto* – do princípio da legalidade, sempre que se confrontar com os princípios da eficiência, da razoabilidade ou da economicidade ?

Enfim, não ficou claro. Os argumentos sobre a relativização do princípio da segurança jurídica (juntamente com os da eficiência e razoabilidade), apresentados pelo Relator, ficaram no vácuo, sem uma amarração concreta, portanto não foram efetivos para produzir uma conclusão prática, uma regra.

O AC 2546/15 – Plenário

Embora prejudicada pela descrição de caráter exemplificativo do fato “F”, é possível extrair a seguinte regra do precedente:

Com fundamento no Art. 29-A, § 2º, da IN MPOG nº 2, de 2008 é proibida a desclassificação, sem que sejam feitas diligências necessárias para reparar as falhas, de propostas que apresentem “valor de ISS incompatível com o local da prestação de serviços, pela não indicação da convenção coletiva de trabalho para os postos de serviços ou pela inversão de quantitativos entre dois postos de trabalho” e outros “erros no preenchimento da Planilha cujo o ajuste não enseje a necessidade de majoração do preço ofertado, e desde que se comprove que este é suficiente para arcar com todos os custos da contratação”.

O AC 3615/13

A autoridade julgadora não consignou nenhuma condição (FO) para que a diligência (CN), da regra de permissão disposta parte inicial do §3º, Art 43, da Lei 8666/93, fosse aplicada de forma obrigatória. Sendo assim, fica a dúvida: a diligência seria obrigatória diante de qualquer falha da licitante? A vedação da parte final do §3º, do Art 43, funcionaria quando, ou seja, que tipo de inserção seria considerada um novo documento ou informação ? Como o precedente não trata disso, talvez a regra a ser extraída seria aquela que contasse com as premissas fáticas do caso como FO:

A realização da diligência do §3º, Art 43, da Lei 8666/93 será obrigatória quando as falhas da licitante (fato “F”) referir-se à omissão de marca/modelo do objeto da proposta e quando essa for a mais vantajosa para a Administração.

f.O(s) precedente(s) contribui(em) para justificar a decisão em avaliação ? Em outras palavras, a(s) conduta(s) (re)aprovada(s) na decisão em avaliação também foi(ram) (re)aprovada(s) no(s) precedente(s) citado(s) ? Explique.

AC 119/16

Não contribui. Explica-se. As duas regras extraíveis do precedente não guardam relação com o caso julgado pela Decisão nº 7.

O Relator da Decisão nº 7, buscando sustentar a precedência do princípio da vantajosidade perante o da legalidade, para o caso então em julgamento, evocou considerações feitas pelo Relator do AC 119/16, que, como visto, parecem sustentar uma precedência absoluta - *in abstracto* – do princípio da vantajosidade. A Decisão nº 7 só poderia valer-se do AC 119/16 para justificar suas razões, caso o julgador desse precedente tivesse demonstrado quais premissas do seu discurso os princípios estariam sustentando e, é claro, se houvesse alguma analogia entre essas premissas. Todavia, como visto, não foi possível chegar a essas conclusões, diante da falta de clareza do Precedente.

AC 2546/15

Sim, contribui. Explica-se

No precedente, a classificação “Q” (existência de erros materiais ou de omissões nas planilhas de custos e preços referentes à contratação de serviços que não alteram o valor global proposto) teve por objetivo demonstrar que o fato “F” é subsumido pelo FO da regra “Rg” (Art 29-A, §2º, da IN MPOG 02/2008). Dessa forma, seria obrigatória a diligência antes de se desclassificar a proposta. Essa pretensão da autoridade julgadora fica clara no trecho do AC 2546/15 que foi apresentado na Análise do Precedente, ora reproduzido:

“existência de **erros materiais** ou de **omissões** nas planilhas de custos e preços referentes à contratação de serviços não enseja, desde logo, a desclassificação das respectivas propostas, podendo a administração contratante **realizar diligências** junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que, obviamente, **não** altere o valor global proposto, cabendo, ainda, à licitante suportar o ônus decorrente do seu erro, no caso de a administração considerar exequível a proposta apresentada.

17. Na mesma linha, o art. 29-A, § 2º, da Instrução Normativa MPOG nº 2, de 2008, ao disciplinar a contratação de serviços, continuados ou não, aduz que:

“Art. 29-A – omissis.

§ 2º *Erros no preenchimento da Planilha não são motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a Planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado, e desde que se comprove que este é suficiente para arcar com todos os custos da contratação”.*

18. Anote-se, aliás, que essa regra era de obrigatório conhecimento pelo pregoeiro, estando replicada, inclusive, no item 7.6.5. do edital, e, assim, deveria ter sido observada no presente caso”. Original sem grifos. (Voto do Relator, p. 17).

Na Decisão nº 7, a Relatora, em uma passagem muito recôndita, afirma que a eventual correção da falha da proposta da licitante (fato “F” - “falta de composição de preço unitário no subitem 10.5 da proposta de preço”) não ensejaria alteração de preço¹⁰³, de modo que não teria razão para que a equipe de licitação deixasse de realizar a diligência

¹⁰³ “Considerar indevida a diligência para que o licitante apresente os custos unitários de um item, sem alteração de seu preço, é interpretação equivocada das regras balizadoras das licitações, que revela mero apego a formalidades”. Original sem grifos. (Voto do Relator, p. 25)

da primeira parte do §3º, Art 43, da Lei 8666/93 (Brasil,2019g)¹⁰⁴. Sob esta perspectiva, a regra de permissão do sobredito dispositivo teria seu estado deôntico alterado para uma obrigação e as regras do *caput*, do Art 41, e a regra de proibição da segunda parte do referido §3º, Art 43 não seriam aplicáveis ao caso.

Esse argumento, além das razões de ordem valorativa, seria reforçado justamente pela analogia com o AC 2546/15. Essa comparação só apresenta alguma força argumentativa por conta da mencionada afirmação da Relatora (“sem alteração de seu preço”) que, como foi dito, foi apresentado de forma muito discreta, se considerada sua importância. Esse reconhecimento de não alteração do preço aproxima a condição de aplicação (ou FO) da regra do Art 29-A, §2º, da IN MPOG 02/2008 com o caso da Decisão nº 7 e permite que, analogicamente, a partir da parte inicial do §3º, Art 43, da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g), se chegue à mesma Consequência Normativa: à obrigatoriedade da diligência.

AC 3615/13

Esse precedente é o que mais se aproxima com a Decisão nº 7, portanto contribuindo sim para sustentá-la.

2) CONSISTÊNCIA

a. Qual(is) regra(s) foi(ram) escolhida(as) para justificar a decisão ?

A parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93 que prevê a realização de diligência que estaria sendo sustentada como obrigatória, no caso em avaliação.

b. Há erro(s) de lógica entre a(s) premissa(s) da decisão ? Qual(is) ?

Não. A autoridade julgadora procurou demonstrar, de forma satisfatória, a subsunção entre a regra escolhida e os fatos concretos que destacou como relevantes.

¹⁰⁴ “É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo”

c. Há regras que conflitam com a regra (legislada ou jurisprudencial) escolhida para fundamentar a decisão ? A autoridade julgadora enfrentou o conflito ? Explique.

Sim, a autoridade julgadora aborda a existência de conflito entre regras. São elas: o caput, do Art 41, da Lei 8666/93, que obriga o agente a cumprir rigorosamente as disposições do Edital (“regra legislada de mandato – obrigação - sem conceito jurídico indeterminado”); e a parte final do 3º, do Art 43, da mesma lei que veda a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta (regra legislada de mandato - proibição).

3) COERÊNCIA

a. A autoridade julgadora explica o(s) princípio(s) subjacente(s) à(s) regra(s) escolhida(s) para sustentar a sua decisão ?

Sim. Para sustentar a aplicação da parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, a autoridade julgadora evocou os princípios da competitividade e vantajosidade.

b. A narrativa dos fatos é coerente ?

Sim.

4) ADEQUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS E UNIVERSALIDADE PROSPECTIVA

a. Há princípio(s) em colisão com o princípio subjacente à regra que fundamentou a decisão ? Qual ?

Sim. A autoridade julgadora menciona que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e o da isonomia sustentariam tanto o caput, do Art 41 (“Rg1”), como a parte final do §3º, do Art 43 (“Rg2”), ambos da Lei 8666/93.

b. Quais as razões ponderativas foram consignadas pela autoridade julgadora para justificar a escolha do princípio subjacente ?

A estrutura do argumento empregado pela autoridade julgadora para justificar a preferência pelos princípios da competitividade e da vantajosidade (“PS1” e “PS2”), em relação aos da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia (“PSbj1” e “PSbj2”) foi construída sobre a consequência que decorreria, caso essa preferência não fosse dada (consequência “E” da “conduta1” e “conduta2”) e a classificação dada à falha do licitante (fato “F”). O argumento poderia ser descrito assim:

A satisfação dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia (“PSbj1” e “PSbj2”), promovida pela desclassificação da proposta da Representante sem que tivesse sido realizada diligências (“conduta 1” e “conduta 2” combinadas), diante da falha da licitante que “não configurou erro substancial”, que tem “pouquíssima relevância”, que consiste em “erro de baixa materialidade e que possa ser sanado mediante diligência sem alteração de seu preço” (classificação “Q2”, de “F”), é menor que a afetação acarretada aos princípios da competitividade e da vantajosidade (“PS1” e “PS2”), se considerado que tal conduta (“conduta 1” e “conduta 2” combinadas) ensejaria a perda da proposta mais vantajosa (4% de diferença em relação à próxima) (consequência “E”), “cuja diferença é relevante e não poderia ter sido ignorada” (classificação da consequência “E” como “Q1”).

c. A autoridade julgadora aponta as condutas que passaram a ser proibidas, autorizadas ou obrigatórias, com sua decisão ? Quais seriam elas ?

Sim. A diligência, tida como facultativa, na parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, passa a ser obrigatória, diante de certas condições a serem tratadas à frente.

d. Quais os termos e condições para que as mudanças mencionadas acima ocorram ? Em outras palavras, qual regra seria possível extrair da decisão (se existir)? Enuncie identificando o Fato Operativo (FO) e Consequência Normativa (CN). Há presença de indeterminações nos termos da estrutura dessa regra jurisprudencial ?

Conforme visto na Análise da Decisão, a Corte consignou que

“9.3 (...) a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência afronta o interesse público e contraria a ampla jurisprudência deste Tribunal de Contas da União” (Acórdão, p. 29).

Esta é a única regra de caráter geral disposta no Acórdão (propriamente dito) da Decisão ora avaliada. Analisando sua estrutura, pode-se dizer que essa seria uma regra de proibição, cujo FO seria composto pelos termos “desclassificação de proposta mais vantajosa” e “erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência”. A CN seria a declaração de irregularidade da conduta. Essa regra poderia ser enunciada nos seguintes termos:

Será considerada irregular, passível de multa, a “desclassificação de proposta mais vantajosa” por “erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência”.

Se for essa a única regra extraível da Decisão, pode-se dizer que ela não atende de maneira satisfatória o critério da universalidade prospectiva, associada à adequação das consequências. Afinal, como saber o que é um “erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência” ? Como que agentes e seus assessores jurídicos, ao se depararem com a falha de uma licitante, no curso de um procedimento licitatório, poderão saber se deverão ou não retirar a licitante da disputa, com base exclusivamente nessas condições indeterminadas ?

A partir dos elementos argumentativos identificados na Análise, este pesquisador acredita ser possível extrair uma regra um pouco mais precisa – ou, menos indeterminada – que a disposta pela Corte.

Antes de seguir com este intento, um rápido alerta. Como já dito no segundo capítulo dessa pesquisa, a universalidade prospectiva (aqui, em nosso estudo, associada à adequação das consequências) se conecta com a universalidade retrospectiva, estabelecendo o que MacCormick (2008, p. 120) chama conexão universal, na medida em que permitiria a derivação de regra geral, a partir de casos particulares, do passado e do presente. Retomou-se esse ponto para destacar que as respostas às indagações passarão não só por considerações relacionadas ao caso julgado, como também pelos precedentes evocados pela autoridade decisora que, por sua vez, foram devidamente analisados e suas conclusões constam da presente avaliação. Veja.

Como visto na Análise, a Relatora excepcionou a subsunção das regras legisladas de mandato sem conceito jurídico indeterminado” do *caput*, do Art 41 (obrigação) e da parte final do §3º, do Art 43 (proibição), tudo da Lei 8666/93, e aplicou a regra de permissão da parte inicial do §3º, do Art 43, da mesma lei, entretanto, com o seu valor deontico alterado para uma obrigação. Deste modo, pode-se falar em uma regra jurisprudencial que tornaria a diligência obrigatória.

A partir dessa regra, a diligência (Consequência Normativa-CN, da regra) estaria condicionada (FO) à ocorrência das premissas fáticas relacionadas ao fato “F” e à consequência “E” e a suas respectivas classificações “Q2” e “Q1”. Na busca por uma delimitação ótima de FO, nos moldes apresentados no segundo capítulo, utilizando-se dos termos mais precisos, entre aqueles empregados no processo argumentativo da Decisão para cada um desses elementos, fez-se algumas escolhas possíveis.

Optou-se por tratar o fato “F” (“falta de composição de preço unitário no subitem 10.5 da proposta de preço”) como “falha da licitante” já que os demais elementos do caso concreto são muito específicos daquele contexto e a expressão escolhida por esse pesquisador para classificá-la - tratada a seguir - parece dar limites definidos para o tipo de falha que ensejaria à obrigatoriedade da diligência. Entre as expressões empregadas pela autoridade julgadora para classificar a falha da licitante (classificação “Q2” - “não configurou erro substancial”; tem “pouquíssima relevância”; “erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência”; falha, cuja correção pode ser feita “sem alteração de seu preço”), optou-se por aquela que diz que sua reparação “não pode ensejar alteração de valor da proposta” já que, como dito, parece oferecer certa objetividade à definição do tipo de falha que condicionaria a diligência. As colocações feitas, quando da abordagem do AC 2546/15, na seção destinada à universalidade retrospectiva, reforçam o motivo dessa escolha.

Em relação à classificação “Q1” (diferença é relevante e não poderia ter sido desconsiderada pelo Sebrae/PA”) dada à consequência “E” (perda da proposta mais vantajosa – 4% - “Não se justifica aceitar 4% a mais no preço da obra”), escolheu-se a palavra “relevante” por ser a menos específica, embora seja extremamente indeterminada. Não se teve muitas opções nesse caso. Quanto à consequência “E”, por questões redacionais, optou-se por utilizar o termo “proposta de valor mais baixo”, associado à “diferença em relação ao próximo preço”. Entendeu-se que a referência à diferença de “4%” não deve compor a regra. Explica-se. A autoridade decisora não se referiu ao “4%” como um limite, a partir do qual a diferença entre a proposta de valor mais baixo e a seguinte seria considerada “relevante” (classificação “Q1”). Se o fizesse, seria uma decisão extremamente precisa, quase perfeita. Mas não foi isso que ocorreu. Veja, embora a autoridade tenha classificado a diferença de 4% como “relevante”, a partir de qual percentual essa diferença deixaria de ser “relevante” (3,9, 3,7, 3,8 ...), a ponto de desencadear a obrigatoriedade da diligência ? Não é possível saber isso, a partir dos termos da Decisão. Portanto, os 4% - ainda que um valor relativo - é um fato particular (não geral), de modo que prejudicaria a universalização prospectiva da regra jurisprudencial, caso fosse a ela incorporada.

De toda sorte, a referência à diferença aos 4% pode ser utilizada como parâmetro para orientar a atuação do agente público, auditores, assessores jurídicos e encarregados de apuração de irregularidades, por meio de um processo de analogia. Sendo assim, pôde-se extrair a seguinte regra da Decisão:

Será obrigatória a diligência, prevista na parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, para a correção de falhas, em relação às regras do certame, da proposta de valor mais baixo, sempre que a diferença em relação ao próximo preço for relevante e desde que essa correção não enseje alterações de preços.

Entre os termos que constituem os elementos de FO, sem dúvida o “correção não enseje alterações de preços” oferece significativa objetividade para a atuação do agente público e seus assessores jurídicos. Se a decisão por retirar ou não a licitante que falhou estivesse condicionada exclusivamente a essa condição, a Decisão nº 7 poderia ser considerada prospectivamente universalizada e adequada em relação às suas

consequências, apesar do esforço necessário para a extrair. Entretanto, além dessa condição, há ainda a exigência de que a diferença entre as propostas seja “relevante”, conceito indeterminado que prejudica precisar quando a diligência será exigível. Ainda que a analogia com o fato concreto (4%) ajude neste propósito, este valor, como visto, só é uma referência. Portanto, a Decisão nº 16 não universalizou prospectivamente as consequências de suas disposições de forma satisfatória.

AVALIAÇÃO DA DECISÃO Nº 16
ACÓRDÃO 1287/2018 – PLENÁRIO

ROTEIRO DE AVALIAÇÃO

1. UNIVERSALIDADE RETROSPECTIVA:

a. A autoridade julgadora enuncia precedente(s) para justificar sua decisão ?

Qual(is)?

Não.

b. Qual(is) a(s) premissa(s) fática(s) e normativa(s) do(s) precedente(s) mencionado(s) ?

Não fez menção à precedente.

c. Quais são a(s) premissa(s) fática(s) e normativa(s) da Decisão avaliada ?

Premissas normativas:

(*) premissa implícita.

- Regra de mandato “Rg1” [Não mencionado. Considera-se o Art 41, 45 e Inc I, do Art 48, da Lei 8666/9](*);
- Regra de permissão “Rg2” [primeira parte do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93],
- princípio “PSbj1” [princípio da vinculação ao instrumento convocatório](*);
- princípio “PSbj2” [princípio da vantajosidade](*)
- princípio “PSbj3” [princípio da competitividade](*)
- norma “N” do Edital [dispositivos do Termo de Referência que descrevem as especificações do objeto]

Premissas fáticas:

- circunstâncias “X1” [Pregão Eletrônico];

- ao constatar o fato “F” [a proposta da Representante indica que as especificações técnicas de seus produtos poderiam ser obtidas por meio de “links na Internet, cujas informações seriam discordantes daquelas por ela apresentadas em sua proposta comercial”];

- “conduta” [desclassificação da proposta sem realização de diligências];

- consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa (“diferença entre a proposta da representante – R\$ 6.018.143,00 – e a proposta negociada da empresa provisoriamente classificada– R\$ 6.060.350,00 –, no montante de R\$ 42.207,00, correspondentes a, aproximadamente, 0,7% do valor daquela primeira proposta”)];

- “X2” [“o certame foi disputado por 22 empresas, com apresentação de 146 lances considerando a circunstância, e que o valor proposto pela representante, de R\$ 6.018.143,00, alcançou 99.30 % da proposta declarada vencedora, demonstrando ter havido competitividade na licitação”],

- “F” se classifica como “Q1” [“falha de “mérito do ‘julgamento’ da proposta e não de aspectos relativos a formalidades”]; e

- consequência “E” se classifica como “Q2” [“irrisória diferença entre a proposta da representante (...) e a proposta negociada da empresa provisoriamente classificada”].

d. A(s) premissa(s) do(s) precedente(s) é (são) análoga(s) ao caso em julgamento ? Explique ?

Não fez menção à precedente.

e. Qual(is) regra(s) é(são) possível(is) extrair do(s) precedente(s) mencionado(s) ?

Não fez menção à precedente.

f.O(s) precedente(s) contribui(em) para justificar a decisão em avaliação ? Em outras palavras, a(s) conduta(s) (re)aprovada(s) na decisão em avaliação também foi(ram) (re)aprovada(s) no(s) precedente(s) citado(s) ? Explique.

Não fez menção à precedente.

2. CONSISTÊNCIA

a. Qual(is) regra(s) foi(ram) escolhida(as) para justificar a decisão ?

Como foi dito na Análise da Decisão, nem a Unidade Técnica, nem o Relator, nem a Corte citam a regra que daria suporte à conduta do pregoeiro. Contudo, valendo-se da consideração de Atienza (2017, p. 129)¹⁰⁵, citada do segundo capítulo desta pesquisa, e diante das razões apresentadas na Análise, pode-se considerar que a autoridade julgadora escolheu as regras dispostas nos Art 41, 45 e Inc I, do Art 48, tudo da Lei 8666/93.

b. Há erro(s) de lógica entre a(s) premissa(s) da decisão ? Qual(is) ?

A inexistência da menção expressa a regras postas oferece dificuldade para se falar em subsunção entre as premissas fáticas e normativas. Todavia, há trechos da decisão que parecem demonstrar essa passagem da norma aos fatos. Como exemplo, pode-se citar às palavras do Relator quando diz que “considerando consistentes os elementos trazidos aos autos pela Selog, cumpre esclarecer que o desatendimento às regras do certame, às quais a Administração encontra-se estritamente vinculada, autorizou a desclassificação da representante, na forma promovida no caso concreto, restando improcedente a representação”. Original sem destaques. (Voto do Relator, p. 9/10).

Note-se que o “desatendimento às regras do certame” constitui condição de aplicação (ou FO) da regra do Inc I, do Art 48, da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g)¹⁰⁶, que tem como Consequência Normativa (CN) a retirada da licitante da disputa, também mencionado expressamente no trecho acima (“desclassificação da representante”).

Portanto, com algum esforço, é possível considerar atendida a exigência de lógica entre as premissas.

¹⁰⁵“Às vezes, pode parecer que sim [que o argumento é inconsistente], mas geralmente basta adicionar alguma premissa (que bem podia estar implícita) ou interpretar uma das premissas [explícitas] de determinada forma, para evitar essa imprecisão” (ATIENZA, 2017, p. 129).

¹⁰⁶“Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação”;

c. Há regras que conflitam com a regra (legislada ou jurisprudencial) escolhida para fundamentar a decisão ? A autoridade julgadora enfrentou o conflito ? Explique.

Mais uma vez, a falta de menção a regras, por parte do julgador, dificulta avaliar este aspecto. Entretanto, se considerado que as regras do Art 41, 45 e Inc I, do Art 48, tudo da Lei 8666/93, estão implícitas na argumentação da autoridade julgadora, conforme sugerido, pode-se dizer então que há um conflito com a regra da parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, essa sim mencionada pelo julgador.

3. COERÊNCIA

a. A autoridade julgadora explica o(s) princípio(s) subjacente(s) à(s) regra(s) escolhida(s) para sustentar a sua decisão ?

Não, a autoridade decisora não trata expressamente do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Essa também foi uma premissa tida como implícita, a partir das colocações feitas pelo Relator, conforme já tratado na análise.

b. A narrativa dos fatos é coerente ?

Sim.

4. ADEQUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS E UNIVERSALIDADE PROSPECTIVA

a. Há princípio(s) em colisão com o princípio subjacente à regra que fundamentou a decisão ? Qual ?

Sim. Considerando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório como implícito no discurso decisório para sustentar as regras do Art 41, 45 e Inc I, do Art 48, tudo da Lei 8666/93, por sinal, também implícitos, pode-se dizer que estariam em

colisão com o princípio da competitividade (este colocado de forma expressa na Decisão) e o da vantajosidade (este inferido a partir de algumas passagens da Decisão).

b. Quais as razões ponderativas foram consignadas pela autoridade julgadora para justificar a escolha do princípio subjacente ?

Foram duas as razões ponderativas. Uma para demonstrar que a “conduta” (desclassificação da proposta sem diligências) não teria afetado o princípio da competitividade. Neste sentido, o julgador afirmou que “o certame foi disputado por 22 empresas, com apresentação de 146 lances considerando a circunstância, e que o valor proposto pela representante, de R\$ 6.018.143,00, alcançou 99.30 % da proposta declarada vencedora, demonstrando ter havido competitividade na licitação” (circunstância “X2”). Note que este argumento se aproxima muito do raciocínio proposto por Alexy (2017) para a máxima da adequação, citado no terceiro capítulo da pesquisa.

As outras razões ponderativas, consignadas pela autoridade julgadora, foram: a classificação “Q2” dada à consequência “E” , que diz ser “irrisória diferença entre a proposta da representante – R\$ 6.018.143,00 – e a proposta negociada da empresa provisoriamente classificada– R\$ 6.060.350,00 –, no montante de R\$ 42.207,00, correspondentes a, aproximadamente, 0,7% do valor daquela primeira proposta”; e a classificação “Q1” dada ao fato “F” que diz que a falha da licitante “é ‘mérito do julgamento’ da proposta e não de aspectos relativos a formalidades”. Essas duas premissas de classificação foram utilizadas para justificar a precedência do princípio vinculação ao instrumento convocatório (“PSbj1”) sobre o da vantajosidade (“PSbj2”).

c. A autoridade julgadora aponta as condutas que passaram a ser proibidas, autorizadas ou obrigatórias, com sua decisão ? Quais seriam elas ?

A autoridade julgadora registra que a Administração “encontra-se estritamente vinculada” “às regras do certame”. (Voto do Relator, p. 9/10), de modo que seria a obrigatória a retirada de licitantes descumpridores do Edital, atendidas certas condições a serem tratadas à frente.

A decisão não discute o valor deôntico da parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, se restringe à não a aplicar ao caso.

d. Quais os termos e condições para que as mudanças mencionadas acima ocorram ? Em outras palavras, qual regra seria possível extrair da decisão (se existir)? Enuncie identificando o Fato Operativo (FO) e Consequência Normativa (CN). Há presença de indeterminações nos termos da estrutura dessa regra jurisprudencial ?

Existe uma regra extraível dessa Decisão, entretanto ela não verte explicitamente. Precisou ser inferida, a partir do esforço de análise e escolhas feitas por este pesquisador entre as colocações dispostas pela autoridade julgadora.

Antes de desdobrar a afirmação acima, um rápido alerta. Como já dito no segundo capítulo dessa pesquisa, a universalidade prospectiva pressupõe a derivação de regra geral, a partir de casos particulares, julgados no passado e no presente. Retomou-se esse ponto para destacar que o trabalho de responder às sobreditas indagações consistirá em inferir da Decisão ora avaliada uma regra geral, selecionando, quando o julgador já não o fizer, os elementos argumentativos presentes no caso que orientem, com maior precisão, as condutas futuras permitidas, proibidas ou obrigadas, sem que isso signifique um detalhamento caótico. Em suma, na linha do que foi trabalhado no segundo capítulo, o desafio deste examinador será buscar o ponto ótimo entre o detalhamento excessivo e a abertura exagerada.

Voltando à avaliação da Decisão nº 16, tem-se que, a partir da sua Análise, foi possível inferir que o descumprimento de disposições que regem o certame, por parte da licitante (o fato “F”), não é suficiente para ensejar sua retirada da disputa sem a realização de diligências (a “conduta do sujeito “S”), quando isso significar a perda da proposta mais vantajosa (consequência “E”). Seriam necessários ainda dois outros elementos argumentativos para que a perda da proposta mais vantajosa (consequência “E”) fosse considerada justificada: a diferença entre a proposta mais baixa e a próxima ser “irrisória” (a classificação “Q2” dada à consequência “E”); e o descumprimento da norma licitatória não pode ser relativo a “formalidades” (a classificação “Q1” dada ao fato “F”).

Diante do exposto, pode-se dizer que a Decisão nº 16 concebeu uma regra na qual a Consequência Normativa (CN) é a desclassificação da proposta e as condições para sua aplicação (o FO) são: a apresentação de propostas que desatendam às exigências impostas pelas regras do certame (fato “F”); a diferença entre a proposta desclassificada

e a vencedora deve ser “irrisória” (classificação “Q2” dada à consequência “E”); e a falha da proposta não pode ser relativa a “formalidades” (a classificação “Q1” dada ao fato “F”).

Na busca por uma delimitação ótima de FO, fez-se algumas escolhas possíveis. Para simplificar à menção à classificação da perda da proposta mais vantajosa (“Q2” - “irrisória diferença entre a proposta da representante (...) e a proposta negociada da empresa provisoriamente classificada”) utilizou-se a expressão “irrisória”. O valor “0,7%” que compõe a consequência “E”¹⁰⁷ não pode ser incorporado ao FO para auxiliar na delimitação do termo “irrisório”. Explica-se A autoridade decisora não se referiu ao “0,7%” como um limite, a partir do qual a diferença entre a proposta de valor mais baixo e a seguinte seria considerada “irrisória”. Veja, embora a autoridade tenha classificado a diferença de 0,7% como “irrisória”, a partir de qual percentual essa diferença deixaria de ser “irrisória” (0,8; 0,9; 1,0...) a ponto de desencadear a obrigatoriedade da diligência? Não é possível saber, a partir dos termos da Decisão. Portanto, os 0,7% - ainda que um valor relativo - é um fato particular (não geral), de modo que prejudicaria a universalização prospectiva da regra jurisprudencial, caso fosse a ela incorporada.

De toda sorte, a referência à diferença aos 0,7% pode ser utilizada como parâmetro para orientar a atuação do agente público, auditores, assessores jurídicos e encarregados de apuração de irregularidades, por meio de um processo de analogia.

No que diz respeito ao fato “F” (“a proposta da Representante indica que as especificações técnicas de seus produtos poderiam ser obtidas por meio de “links na Internet, cujas informações seriam discordantes daquelas por ela apresentadas em sua proposta comercial”) seria possível mencionar toda sua descrição ou referir-se a ele de forma geral, como “falha da licitante”, por exemplo. O problema é que a utilização da descrição completa do fato “F”, além de prejudicar a inteligibilidade da regra, se tornaria tão particularizada que poderia não atingir o fim de orientar atuação de usuários da norma¹⁰⁸, se considerada a variedade de circunstâncias possíveis de configurar o descumprimento de regras do certame por parte das licitantes. Por outro lado, a utilização da expressão “falha da licitante” pecaria pela indeterminação, se considerado que todas

¹⁰⁷ Consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa (“diferença entre a proposta da representante – R\$ 6.018.143,00 – e a proposta negociada da empresa provisoriamente classificada– R\$ 6.060.350,00 –, no montante de R\$ 42.207,00, correspondentes a, aproximadamente, 0,7% do valor daquela primeira proposta”)].

¹⁰⁸ Agente público, auditores, assessores jurídicos e encarregados de apuração de irregularidades.

as expressões utilizadas para classificar o fato “F” (“Q1” - falha de “mérito do ‘julgamento’ da proposta e não de aspectos relativos a formalidades”) são muito abertas. Ou seja, de uma forma ou de outra, o que se tem é que essa parte da condição de aplicação da regra da Decisão (fato “F” + classificação) inevitavelmente prejudica a universalidade prospectiva das consequências jurídicas da Decisão, seja pela indeterminação, seja pela excessiva particularização. Portanto, um problema para a segurança jurídica dos agentes públicas e uma dificuldade para a atuação dos órgãos que assessoram juridicamente esses agentes, os auditam ou apuram possíveis responsabilidades dos seus atos

Para facilitar a menção da classificação de “F”, optou-se por expressões relacionadas à palavra “formalidade” e “mérito”. Sendo assim, foi possível extrair as seguintes regras da Decisão:

A proposta de valor mais baixo que descumprir regra do certame, ensejando falha que não seja de mera formalidade será desclassificada, se a diferença em relação à próxima for irrisória.

A partir da regra que foi possível inferir dos elementos argumentativos dispostos na Decisão nº 16 e considerando o esforço feito para obtê-la, permite-se dizer que o critério da universalidade prospectiva associado ao da adequação das consequências não foi satisfatoriamente atendido.

AVALIAÇÃO DA DECISÃO Nº 17
ACÓRDÃO 1275/2018 – PLENÁRIO

ROTEIRO DE AVALIAÇÃO

1. UNIVERSALIDADE RETROSPECTIVA:

a. A autoridade julgadora enuncia precedente(s) para justificar sua decisão ?

Qual(is)?

Sim, fez menção aos acórdãos do TCU: 2302/2012-Plenário (AC 2302/12) ; e 1924/2011-Plenário (AC 1924/11).

b. Qual(is) a(s) premissa(s) fática(s) e normativa(s) do(s) precedente(s) mencionado(s) ?

O AC 2302/12

Premissas normativas:

- regra de permissão “Rg” [na parte final do §3º, do Art 43, Lei 8666/93];
- “PS1” [“princípio da segurança jurídica”];
- “PS2” [princípio da vantajosidade]; e
- norma “N” do Edital [não citada expressamente, mas infere-se que o Edital previa o preenchimento completo da planilha].

Premissas fáticas:

- circunstância “X” [Leilão];
- fato “F” [“a proponente deixou em branco, na Planilha Excel, que explicita o Plano de Negócios”];
- “conduta”[diligenciou a proponente para que entregasse a sobredita planilha devidamente preenchida]; e
- consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa]; e
- fato “F” é classificado como “Q” [simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes].

O AC 1924/11Premissas normativas:

- princípios PS 1 e 2” [respectivamente, “princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia”]
- princípios do sistema “PS 3, 4, 5 e 6” [respectivamente, “princípios do interesse público, da economicidade, da razoabilidade e da busca pela proposta mais vantajosa na licitação”]
- primeira parte do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93
- norma “N” do Edital [“item 7.12.3” que exigia “a necessidade de comprovação de que 300 PAs (pontos de atendimento) deveriam ser ofertadas *[sic]* (na verdade, o certo seria “foram ofertados”) em uma única célula, com o compartilhamento dos diversos recursos necessários à sua operacionalização”. Original sem destaques];

Premissas fáticas:

- “conduta” [inabilitação da licitante sem realização de diligências];
- circunstância “X” [Pregão Eletrônico];
- fato “F” [licitante apresentou atestado que é omisso quanto à operação dos 315 PAs: se havia se dado em uma única célula ou células distintas];
- consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa (diferença de mais de R\$ 6 milhões entre os preços ofertados pela empresa declarada vencedora do certame e a representante, que foi inabilitada. O que equivale à 9,33 % de diferença)]; e
- o fato “F” revela uma omissão que não significa necessariamente descumprimento de “N”, nem afetação dos princípios “PS 1 e 2” [a partir do que está escrito no atestado apresentado pela licitante, não é possível afirmar nem que a operação dos 315 PAs se deu em uma única célula nem em células distintas].

c. Quais são a(s) premissa(s) fática(s) e normativa(s) da Decisão avaliada ?Premissas normativas:

(*) premissa implícita.

- regra de mandato “Rg” [Art 41, caput, da Lei 8666/93];
- princípio “PSbj” [princípio da “estrita legalidade”](*);
- “PS” [princípio da vantajosidade](*); e

- norma “N” do Edital [cláusula que exigia a declaração do valor total de todos os contratos firmados].

Premissas fáticas:

- circunstâncias “X” [Pregão Eletrônico];
- fato “F” [licitante apresenta declaração dos valores remanescentes dos contratos firmados e deixou de informar dois contratos];
- “conduta” [inabilitação da licitante sem realização de diligências];
- consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa (“9,24% menor do que o valor proposto pela empresa declarada vencedora”)]; e
- fato “F” é classificado como “Q” [“irrelevante e não causa prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências”].

d. A(s) premissa(s) do(s) precedente(s) é (são) análoga(s) ao caso em julgamento? Explique ?

O AC 2302/12

A Decisão nº 17 menciona expressamente que a conduta do sujeito “S” (pregoeiro) teria se sustentado sobre a regra (legislada de mandato sem conceito jurídico indeterminado) disposta no Art 41, *caput*, da Lei 8666/93 (“Rg”). O Precedente, por sua vez, não diz a regra que teria sustentado o entendimento do MP/TCU e do primeiro Relator, no sentido de que o sujeito “S” (comissão de outorga) não deveria ter diligenciado, mas retirado a licitante da disputa, diante do descumprimento do Edital . Apesar disso, este pesquisador entende que essa falta não prejudica a analogia, uma vez que a sobredita regra, embora omitida no Precedente, é uma premissa que pode ser considerada implícita, já que é do conhecimento comum daqueles que atuam no ambiente licitatório (seja em função da prática dos agentes, seja pelo pressuposto de que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”¹⁰⁹).

Os princípios “PS1” (“princípio da segurança jurídica”) e “PS6” (“princípio da busca pela proposta mais vantajosa na licitação”), mencionados no Precedente,

¹⁰⁹“Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. LINB (BRASIL, 2019c)

também são evocados na Decisão nº 17 com um valor argumentativos idêntico ou muito semelhante. O da “segurança jurídica” foi utilizado pelo MP/TCU e primeiro Relator, no Precedente, para excepcionar a “conduta” do sujeito “S” que consistiu em diligenciar o proponente para que entregasse a sobredita planilha devidamente preenchida. Na Decisão nº 17, esse mesmo princípio – lá tratado como “estrita legalidade” – teria sido evocado pela CEAL (ente público onde está lotado o sujeito “S”) para sustentar a “conduta” do sujeito “S” que consistiria na inabilitação da licitante sem realização de diligências. O “princípio da vantajosidade” teria sido utilizado tanto na Decisão nº 17, quanto no Precedente para sustentar a obrigatoriedade da diligência prevista na primeira parte do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93.

A perda da proposta mais vantajosa foi colocada como consequência “E” nos dois casos (precedente e Decisão nº 17), portanto, favorecendo a analogia.

Nas duas decisões, o fato “F” refere-se à “omissão” por parte da licitante. Na Decisão nº 17, a empresa apresentou declaração dos valores remanescentes dos contratos firmados e deixou de informar dois contratos, ao passo que o Edital exigia valor total (e não remanescente) de todos os contratos firmados (não cabendo deixar dois de fora). No AC 2402/12, a licitante deixou em branco uma série de itens da Planilha Excel que explicita o Plano de Negócios. Nos dois casos, o julgador reconhece que a o fato “F” caracterizaria o descumprimento da norma “N”, do Edital.

As duas decisões concluem que a diligência, antes da inabilitação, seria a conduta aprovada. Portanto, as diferenças entre as “condutas” não prejudicam a analogia.

Por fim, na Decisão nº 17, a classificação do fato “F” como “irrelevante e não causa prejuízos à Administração ou aos concorrentes” (classificação “Q”) foi utilizado como elemento de argumentação para justificar a precedência do “princípio da vantajosidade” sobre o da “estrita legalidade”. O Precedente não se utilizou desse tipo de argumento.

Dado todo o exposto, conclui-se que as duas decisões são análogas.

O AC 1924/11

Optou por fazer o exame da analogia entre as premissas desse Precedente e as da Decisão nº 17 de uma forma distinta da que vem se fazendo (primeiro as normativas, seguida pelas fáticas). É que o reconhecimento do fato “F” como uma falha da licitante distingue-se nas duas decisões e isso vai impactar no emprego que cada julgador – da

Decisão nº 17 e do AC 1924/11 - deu a alguns dos elementos argumentativos normativos e fáticos. Portanto, optou-se por encetar esse exame pelo fato “F”. Veja.

Na Decisão nº 17, o julgador concorda com o sujeito “S” no que diz respeito ao fato “F” constituir-se no descumprimento da norma “N” do Edital¹¹⁰. No AC 1924/11, a autoridade julgadora problematiza justamente esse ponto. Em outras palavras, ela lança dúvidas se o fato “F” seria subsumido pela norma “N” do Edital¹¹¹.

Em razão dessa diferença, os demais elementos argumentativos, embora sejam os mesmos ou muito próximos, foram empregados de forma bem distinta no processo argumentativo de cada decisão. É o que se procurou demonstrar a seguir.

Os princípios “PS1” (“princípio da segurança jurídica”) e “PS6” (“princípio da busca pela proposta mais vantajosa na licitação”), mencionados no AC 1924/11, são evocados também na Decisão nº 17 (o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é evocado como “estrita legalidade”). Na Decisão nº 7, o primeiro princípio foi evocado para sustentar a “conduta” e o da vantajosidade para excepcionar essa sustentação e justificar a mudança do estado deôntico da regra da primeira parte, do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, de permissiva para obrigatória. No AC 1924/11, o emprego argumentativo desses princípios também leva à conclusão de mudança do estado deôntico da mencionada regra do Art 43. Entretanto, nesse Precedente, esses princípios são articulados de maneira distinta. O julgador usa “PS1” para ressaltar que ele talvez não tenha sido violado, de modo que a inabilitação - sem a realização da diligência, preconizada na primeira parte do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g), com fins de confirmar se efetivamente houve descumprimento de “N” – seria injustificada. O princípio “PS6” foi utilizado para demonstrar que, caso a mencionada diligência não seja realizada (junto à Codeplan¹¹², com o objetivo de verificar se os 315 PAs foram operados em central única ou distinta), há o risco de que a proposta mais vantajosa seja perdida (consequência “E”).

¹¹⁰ Apesar de, como sabido, divergir dele quanto à subsunção de “F” ao FO da regra “Rg”, do Art 41, da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g). Aliás, esse reconhecimento é um dos “elementos argumentativos” (de letra “c”) que condicionaram a seleção das decisões. Ver primeiro capítulo.

¹¹¹ Conforme consta da Análise do Precedente, **“o fato ‘F’ revela uma omissão que não significa necessariamente descumprimento de ‘N’, nem afetação dos princípios ‘PS 1 e 2’ [a partir do que está escrito no atestado apresentado pela licitante, não é possível afirmar nem que a operação dos 315 PAs se deu em uma única célula nem em células distintas]”**

¹¹² Como visto na Análise do Precedente é o ente que emitiu o atestado apresentado pela licitante.

A consequência “E”, por sua vez, é a mesma nas duas decisões (“perda da proposta mais vantajosa). Até mesmo as diferenças entre a proposta mais vantajosa e a que foi declarada vencedora foram muito próximas. Na Decisão nº 17, foi de 9,24% e no precedente, 9,33%. Entretanto, no AC 1924/11 ela é apresentada como uma premissa fática potencial, condicionada à constatação a ser realizada pela diligência. Na Decisão nº 7, essa diferença já estava consumada.

A Decisão nº 17 menciona expressamente que a conduta do sujeito “S” (pregoeiro) teria se sustentado sobre a regra (legislada de mandato sem conceito jurídico indeterminado) disposta no Art 41, *caput*, da Lei 8666/93 (“Rg”). O precedente, por sua vez, não diz a regra que teria dado suporte a conduta do sujeito “S” (pregoeiro). Todavia, em razão dos mesmos pressupostos mencionados quando tratou-se do AC 2302/12, linhas acima, este pesquisador entende que a falta da menção expressa àquela regra não prejudica a analogia.

Por fim, há duas premissas que são análogas nas duas decisões. A circunstância “X”, já que nos casos a modalidade licitatória é o pregão eletrônico. E, por fim, a presença da “omissão”, como elemento argumentativo da premissa “F”. Nas duas decisões, o fato “F” está relacionado a uma omissão por parte da licitante. Na Decisão nº 17, a empresa apresenta declaração dos valores remanescentes dos contratos firmados, o que descumpra norma “N”, do Edital, que exigia a declaração do valor total dos contratos firmados. No AC 1924/11, licitante apresentou atestado que não informava se a operação dos 315 PAs se deu em uma central única, como exigia o Edital, ou distintas.

e. Qual(is) regra(s) é(são) possível(is) extrair do(s) precedente(s) mencionado(s) ?

AC 2302/12

É proibida a retirada da disputa de licitante que tenha oferecido a proposta mais vantajosa por conta de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, e possam ser supridas pela diligência do §3º,

do Art 43, da Lei 8666/93, que passa a ser obrigatória, nesses casos.

AC 1924/11

No caso de documento de habilitação omisso que coloque em dúvida o atendimento ou não das imposições do instrumento convocatório, será obrigatória a realização a diligência, do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, para sanar as dúvidas.

f.O(s) precedente(s) contribui(em) para justificar a decisão em avaliação ? Em outras palavras, a(s) conduta(s) (re)aprovada(s) na decisão em avaliação também foi(ram) (re)aprovada(s) no(s) precedente(s) citado(s) ? Explique.

AC 2302/12

Sim contribui para justificar a Decisão nº 17. As razões utilizadas, no AC 2302/12, para fundamentar que a “conduta” (diligenciar a licitante com proposta mais vantajosa para que entregasse a sobredita planilha devidamente preenchida, a partir da regra da primeira parte do §3º, do Art 43, da Lei 8666), são as mesmas que a Decisão nº 17, utilizou para condenar a “conduta” (inabilitação da licitante com proposta mais vantajosa sem realização de diligências). Na verdade, quando a Decisão nº 17 evoca o AC 2302/12, o faz reproduzindo trecho desse precedente que diz

“Nesse sentido, o TCU entende que o rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências”. (Ver Relatório, p. 6 ; item 1.1.9, da Análise da Decisão nº 17).

Ao analisar a Decisão nº 17, os elementos argumentativos “irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante

diligências” corresponde à classificação “Q” dado à falha da licitante (fato “F”). Esse elemento “Q”, juntamente com a perda da proposta mais vantajosa (consequência “E”) foram os argumentos determinantes para a decisão do julgador.

AC 1924/11

Não contribui para justificar a Decisão nº 17. Explica-se. Nas duas decisões, o fato “F” consiste em omissão de informações exigidas pelo Edital. No entanto, como visto, distinguem-se em um ponto crucial que compromete o uso do AC 1924/11, como argumento para justificar a Decisão nº 17. Nessa última, o julgador não duvida de que a “omissão” da licitante configurou violação às exigências do Edital. A reprovação da “conduta” assentou-se no entendimento de que a omissão, embora tenha violado o Edital, seria “irrelevante” (classificação “Q”), quando cotejada com a vantajosidade da proposta da licitante a ser retirada da disputa, de modo que a diligência, se tivesse sido feita, a sanearia sem que houvesse “prejuízos à Administração ou aos concorrentes” (classificação “Q”). No AC 1924/11, a omissão deixa o julgador em dúvida se o licitante atendeu ou não às exigências do Edital. A “conduta”, nesse Precedente, foi reprovada porque a não realização da diligência impediu que se soubesse se efetivamente a omissão violaria o Edital, de modo que fica em aberto a questão: e se a diligência constataste que licitante de fato não havia operado os 315 PAs em uma única central, portanto não atendendo o Edital – hipótese que, aí sim, aproximaria o AC 1924/11, da Decisão nº 17 - o julgador também reprovava a “conduta” do AC 1924/11, como o fez na Decisão nº 17

? Ou a aprovaria, apesar da proposta da licitante ser a mais vantajosa ?

O AC 1924/11 não se pronunciou sobre esses pontos, portanto prejudicando sua evocação para contribuir com a fundamentação da Decisão nº 17.

Interessante destacar que, quando a Decisão nº 17 mencionou o AC 1924/11, o fez lado a lado com o AC 2302/12 (ver item 1.1.9, da Análise da Decisão nº 17), reproduzindo trecho do AC 2302/12, como visto acima. Ocorre que os pontos de distinção do AC 1924/11 em relação à Decisão nº 17 valem também, por decorrência, para o AC 2302/12. Logo, a Decisão nº 17 não está retrospectivamente universalizada com o AC 1924/11, por ela evocado.

2. CONSISTÊNCIA

a. Qual(is) regra(s) foi(ram) escolhida(as) para justificar a decisão ?

A parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93 que prevê a realização de diligência que estaria sendo sustentada como obrigatória.

b. Há erro(s) de lógica entre a(s) premissa(s) da decisão ? Qual(is) ?

Não. A autoridade julgadora procurou demonstrar, de forma satisfatória, a subsunção entre a regra escolhida e os fatos concretos que destacou como relevantes.

c. Há regras que conflitam com a regra (legislada ou jurisprudencial) escolhida para fundamentar a decisão ? A autoridade julgadora enfrentou o conflito ? Explique.

Sim, a autoridade julgadora aborda a existência de conflito entre regras. São elas: o *caput*, do Art 41, da Lei 8666/93, que obriga o agente a cumprir rigorosamente as disposições do Edital (regra legislada de mandato sem conceito jurídico indeterminado).

3. COERÊNCIA

a. A autoridade julgadora explica o(s) princípio(s) subjacente(s) à(s) regra(s) escolhida(s) para sustentar a sua decisão ?

Como foi tratado na Análise, em que pese a autoridade julgadora não tenha utilizado expressamente a palavra “princípio”, há passagens da Decisão que deixam claro a evocação da “vantajosidade”, como o princípio que estaria sustentando a aplicação da parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93.

b. A narrativa dos fatos é coerente ?

Sim.

4. ADEQUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS E UNIVERSALIDADE PROSPECTIVA

a. Há princípio(s) em colisão com o princípio subjacente à regra que fundamentou a decisão ? Qual ?

Sim. A autoridade julgadora menciona que o princípio da “estrita legalidade” sustentaria o *caput*, do Art 41 (“Rg”), da Lei 8666/93.

b. Quais as razões ponderativas foram consignadas pela autoridade julgadora para justificar a escolha do princípio subjacente ?

A estrutura do argumento empregado pela autoridade julgadora para justificar a preferência pelo princípio da vantajosidade (“PS”), em relação ao da “estrita legalidade” (“PSbj”) foi construída sobre dois elementos argumentativos: a consequência “E” (perda da proposta mais vantajosa - “9,24% menor do que o valor proposto pela empresa declarada vencedora”); e a classificação “Q” (“irrelevante e não causa prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências”) dada ao fato “F”.

O argumento poderia ser descrito assim:

A satisfação dos princípios da estrita legalidade (“PSbj”), promovida pela inabilitação da proposta da Representante sem que tivesse sido realizada diligências (“conduta”), diante da falha da licitante que consistiu em apresentar declaração dos valores remanescentes dos contratos firmados e ter deixado de informar dois contratos (fato “F”), é menor que a afetação acarretada ao princípio da vantajosidade (“PS”), se considerado que tal conduta (“conduta”) ensejaria a perda da proposta mais vantajosa - “9,24% menor do que o valor proposto pela empresa declarada vencedora” - (consequência “E”) e que a falha da licitante (fato “F”) é irrelevante e não causa prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências (classificação “Q”).

c. A autoridade julgadora aponta as condutas que passaram a ser proibidas, autorizadas ou obrigatórias, com sua decisão ? Quais seriam elas ?

Sim. A diligência tida como facultativa, na parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, passa ser obrigatória, se atendidas determinadas condições a serem abordadas à frente.

d. Quais os termos e condições para que as mudanças mencionadas acima ocorram ? Em outras palavras, qual regra seria possível extrair da decisão (se existir)? Enuncie identificando o Fato Operativo (FO) e Consequência Normativa (CN). Há presença de indeterminações nos termos da estrutura dessa regra jurisprudencial ?

Existe uma regra extraível dessa Decisão, entretanto ela não verte explicitamente. Precisou ser inferida, a partir do esforço de análise e escolhas feitas por este pesquisador entre as colocações dispostas pela autoridade julgadora.

Antes de desdobrar a afirmação acima, um rápido alerta. Como já dito no segundo capítulo dessa pesquisa, a universalidade prospectiva (aqui, em nosso estudo, associada à adequação das consequências) se conecta com a universalidade retrospectiva, estabelecendo o que MacCormick (2008, p. 120) chama de conexão universal, na medida em que permitiria a derivação de regra geral, a partir de casos particulares, do passado e do presente. Retomou-se esse ponto para destacar que as respostas às indagações passarão não só por considerações relacionadas ao caso julgado, como também pelos precedentes evocados pela autoridade decisora que, por sua vez, foram devidamente analisados e suas conclusões constam da presente avaliação. Veja.

Como visto, a autoridade decisora, diante de falhas da licitante que apresentou a melhor proposta, excepcionou a subsunção da “regra legislada de mandato sem conceito jurídico indeterminado”, do *caput*, do Art 41, da Lei 8666/93, e aplicou a primeira parte da regra de permissão disposta no §3º, do Art 43, da mesma lei, entretanto, com o seu valor deôntico alterado para uma obrigação. Deste modo, a diligência disposta nesta última regra mencionada passaria ser a conduta obrigatória do agente encarregado de certame, diante de falhas da licitante.

A partir desta regra, a diligência (Consequência Normativa-CN, da regra) estaria condicionada (FO) à ocorrência das premissas fáticas relacionadas ao fato “F”, a

sua classificação “Q” e à consequência “E”. Na busca por uma delimitação ótima de FO, nos moldes apresentados no segundo capítulo, utilizando-se dos termos mais precisos, entre aqueles utilizados no processo argumentativo da Decisão para cada um desses elementos, fez-se algumas escolhas possíveis.

Quanto ao fato “F” (“licitante apresenta declaração dos valores remanescentes dos contratos firmados e deixou de informar dois contratos. Cláusula do Edital exigia a declaração do valor total de todos os contratos firmados”) é possível mencioná-lo de forma geral, utilizando a expressão “falha da licitante”, ou descrevê-lo em todos seus termos. Essa segunda opção peca pelo excesso de informações, tornando a regra de difícil compreensão, além de demasiadamente particularizada, o que talvez não seja útil para guiar a atuação do agente, diante da quantidade de nuances que exigiria identificação com o caso concreto, como condição de aplicação. O uso da expressão “falha da licitante”, embora passe ao largo desses problemas, sofre de indeterminação. Ainda que se busque auxílio na classificação que a autoridade julgadora lhe atribuiu¹¹³, permanece a imprecisão, afinal o que seria uma falha “irrelevante”? Qual o conceito de “prejuízos”, sob a perspectiva da Administração e dos particulares concorrentes? A ideia de “prejuízos”, embora, de certa forma, revele um espectro de opções menor que o conceito de uma falha “irrelevante”, ambos são conceitos jurídicos que revestem a regra jurisprudencial em tela de uma indeterminação que não existe na regra que ela relativizou: o *caput*, do Art 41, da Lei 8666/93.

Ou seja, de uma forma ou de outra, o que se tem é que essa parte da condição de aplicação da regra da Decisão (fato “F” + classificação) inevitavelmente prejudica a universalidade prospectiva das consequências jurídicas da Decisão, seja pela indeterminação, seja pela excessiva particularização. Portanto, um problema para a segurança jurídica dos agentes públicas e uma dificuldade para a atuação dos órgãos que assessoram juridicamente esses agentes, os auditam ou apuram possíveis responsabilidades dos seus atos.

Diante da dificuldade das duas opções, decidiu-se por utilizar a expressão “falha da licitante” para o fato “F” e todos os termos utilizados para sua classificação “Q” (“irrelevante e não causa prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências”).

¹¹³ Classificação “Q”: “irrelevante e não causa prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências”.

Quanto à consequência “E” (“perda da proposta mais vantajosa - “9,24% menor do que o valor proposto pela empresa declarada vencedora”), optou-se por utilizar o termo “proposta mais vantajosa”. Entendeu-se que a referência à diferença de “9,24%” não deve compor a regra. Explica-se. A autoridade decisora não se referiu ao “9,24%” como um limite, a partir do qual a diferença entre a proposta de valor mais baixo e a seguinte tornaria obrigatória a diligência. Os 9,24 % - ainda que um valor relativo - é um fato particular (não geral), de modo que prejudicaria a universalização prospectiva da regra jurisprudencial, caso fosse a ela incorporada.

De toda sorte, a referência à diferença aos 9,24% pode ser utilizada como parâmetro para orientar a atuação do agente público, auditores, assessores jurídicos e encarregados de apuração de irregularidades, por meio de um processo de analogia.

Sendo assim, pôde-se extrair a seguinte regra da Decisão:

Será obrigatória a diligência, prevista na parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, para a correção de falha em relação às regras do certame, cometida por licitante, cuja proposta é a mais vantajosa, desde que a falha seja irrelevante e essa correção não cause prejuízos à Administração ou aos concorrentes.

A indeterminação dos termos que compõe o FO da regra acima, somado ao esforço que se despendeu para compilar a presente regra jurisprudencial, permite-se concluir que a autoridade da Decisão nº 17 não se comprometeu satisfatoriamente com a universalidade prospectiva das consequências da decisão.

AVALIACÃO DA DECISÃO N° 26
ACÓRDÃO 416/2018 – PLENÁRIO

ROTEIRO DE AVALIACÃO

1. UNIVERSALIDADE RETROSPECTIVA:

a. A autoridade julgadora enuncia precedente(s) para justificar sua decisão ?

Qual(is)?

Não.

b. Qual(is) a(s) premissa(s) fática(s) e normativa(s) do(s) precedente(s) mencionado(s) ?

Não fez menção à precedente.

c. Quais são a(s) premissa(s) fática(s) e normativa(s) da Decisão avaliada ?

Premissas normativas:

(*) premissa implícita.

- regras de mandato “Rg 1 e 2” [da Lei 10520/02 (não cita o dispositivo específico; e parte final do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93]
- regra jurisprudencial “RJp” [a que entende ser obrigatória – e não facultativa – a diligência primeira parte do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93]
- princípio “PSbj” [princípio da legalidade](*)
- norma “N” do Edital [item 10.5 e anexos do Edital que determinavam que a proposta não ultrapassasse 10% da LPU e exigia que o adicional de periculosidade fosse incluído na composição do preço]

Premissas fáticas:

- circunstâncias “X” [Pregão Eletrônico]
- fato “F1” [licitante apresentou “preços unitários do item ‘peças e materiais’ estavam acima dos estimados pelo banco”];

- fato “F2” [licitante apresentou proposta que não incluía “adicionais de periculosidade (30% sobre a remuneração dos profissionais em serviços com eletricidade, previsto na Norma Regulamentadora 16 do Ministério do Trabalho)”]
- “conduta1” [desclassificação da licitante];
- “conduta2” [negar pedido de licitante que vise reparar as falhas da proposta]
- consequência “E” [perda da proposta mais vantajosa (cerca de 7% inferior à da empresa declarada vencedora. Valor absoluto de 2 milhões no período total de contratação)];
- fato “F1” é classificado como “Q1” [“são variações significativas em relação aos orçados pelo banco” (de até 200%)] ;
- fato “F2” é classificado como “Q2” [“as correções ensejariam a completa reformulação da proposta”]; e
- consequência “E” é classificada como “Q3” [“valor que não é tido como relevante, dadas as dimensões da contratação, e diante dos eventuais custos a serem arcados em caso de se ter que proceder à rescisão do contrato já firmado”].

d. A(s) premissa(s) do(s) precedente(s) é (são) análoga(s) ao caso em julgamento ? Explique ?

Não fez menção à precedente.

e. Qual(is) regra(s) é(são) possível(is) extrair do(s) precedente(s) mencionado(s) ?

Não fez menção à precedente.

f. O(s) precedente(s) contribui(em) para justificar a decisão em avaliação ? Em outras palavras, a(s) conduta(s) (re)aprovada(s) na decisão em avaliação também foi(ram) (re)aprovada(s) no(s) precedente(s) citado(s) ? Explique.

Não fez menção à precedente.

2. CONSISTÊNCIA

a. Qual(is) regra(s) foi(ram) escolhida(as) para justificar a decisão ?

A parte final do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93 que, como mencionado pela própria autoridade julgadora, torna “vedada a inclusão de documento ou informação que deveria integrar a proposta original” (Voto do Relator, p. 6). Item 1.1.12, da Análise da Decisão).

A Decisão menciona ainda a Lei 10520/02 em vários contextos, mas não aponta a regra que daria suporte ao seu entendimento. Entretanto, valendo-se da consideração de Atienza (2017, p. 129)¹¹⁴, já citada do segundo capítulo desta pesquisa, pode-se considerar que a autoridade julgadora se assentou no Art 4º, Inc XVI, da Lei 10520 (Brasil, 2019k)¹¹⁵, além é claro das regras dispostas nos Art 41, 45 e Inc I, do Art 48, tudo da Lei 8666/93.

b. Há erro(s) de lógica entre a(s) premissa(s) da decisão ? Qual(is) ?

Não. A autoridade julgadora procurou demonstrar, de forma satisfatória, a subsunção entre a regra da parte final do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93 e os fatos concretos que destacou como relevantes.

Essa avaliação, contudo, fica prejudicada em relação às disposições da Lei 10520/02, já que não apontou expressamente a regra que sustentaria sua decisão.

c. Há regras que conflitam com a regra (legislada ou jurisprudencial) escolhida para fundamentar a decisão ? A autoridade julgadora enfrentou o conflito

? Explique.

Sim, a autoridade enfrentou o conflito entre as regras escolhidas por ele e a regra jurisprudencial que entende ser obrigatória – e não facultativa – a diligência da primeira parte do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93 (“RJp”).

¹¹⁴“Às vezes, pode parecer que sim [que o argumento é inconsistente], mas geralmente basta adicionar alguma premissa (que bem podia estar implícita) ou interpretar uma das premissas [explícitas] de determinada forma, para evitar essa imprecisão” (ATIENZA, 2017, p. 129).

¹¹⁵ XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

Cabe ressaltar que em nenhuma parte da Decisão é apontado um precedente específico que sustentasse “RJp”. A menção é feita apenas genericamente, a exemplo do trecho reproduzido no item a seguir da Análise

1.1.12 “Com base no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, aplicável subsidiariamente aos pregões (art. 9º da Lei 10.520/2002), a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de ser possível, em qualquer fase do certame, a realização de diligências para que se esclareça ou complemente a instrução do processo licitatório, vedada a inclusão de documento ou informação que deveria integrar a proposta original. Não se aceita, ademais, que os complementos se prestem à reformulação da proposta”. (Voto do Relator, p. 6). Original sem grifos.

3. COERÊNCIA

a. A autoridade julgadora explica o princípio subjacente à regra escolhida para sustentar a sua decisão ?

Não. A autoridade decisora não vincula expressamente um princípio à regra escolhida. Entretanto, como tratado na Análise, é possível inferir do discurso decisório que o princípio da legalidade cumpriria esse papel.

b. A narrativa dos fatos é coerente ?

Sim

4. ADEQUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS E UNIVERSALIDADE PROSPECTIVA

a. Há princípio(s) em colisão com o princípio subjacente à regra que fundamentou a decisão ? Qual ?

Sim. Considerando o princípio da legalidade como implícito no discurso decisório para sustentar a parte final do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, pode-se dizer que

estaria em colisão com o princípio da economicidade, este também implícito no discurso da autoridade julgadora.

Entretanto, há de se admitir que a falta de uma menção clara a esses princípios prejudica a avaliação desse critério.

b. Quais as razões ponderativas foram consignadas pela autoridade julgadora para justificar a escolha do princípio subjacente ?

A falta de uma menção clara a esses princípios prejudica a avaliação desse quesito.

c. A autoridade julgadora aponta as condutas que passaram a ser proibidas, autorizadas ou obrigatórias, com sua decisão ? Quais seriam elas ?

Sim. A diligência da parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, tida como obrigatória, nos termos de regra jurisprudencial evocada – de forma genérica - pela Representante e enfrentada pela autoridade julgadora, passa a ser proibida, diante de condições que serão abordadas à frente.

d. Quais os termos e condições para que as mudanças mencionadas acima ocorram ? Em outras palavras, qual regra seria possível extrair da decisão (se existir)? Enuncie identificando o Fato Operativo (FO) e Consequência Normativa (CN). Há presença de indeterminações nos termos da estrutura dessa regra jurisprudencial ?

Antes de desdobrar a afirmação acima, um rápido alerta. Como já dito no segundo capítulo dessa pesquisa, a universalidade prospectiva pressupõe a derivação de regra geral, a partir de casos particulares, julgados no passado e no presente. Retomou-se esse ponto para destacar que o trabalho de responder às sobreditas indagações consistirá em inferir da Decisão ora avaliada uma regra geral, selecionando, quando o julgador já não o fizer, os elementos argumentativos presentes no caso que orientem, com maior precisão, as condutas futuras permitidas, proibidas ou obrigadas, sem que isso signifique um detalhamento caótico. Em suma, na linha do que foi trabalhado no segundo capítulo,

o desafio deste examinador será buscar o ponto ótimo entre o detalhamento excessivo e a abertura exagerada

A autoridade julgadora entendeu que o caso estava subsumido pela parte final da regra disposta no §3º, do Art 43, da Lei 8666/93 (“Rg2”) e não pela regra jurisprudencial (“RJp”), que entende ser obrigatória a diligência da primeira parte daquele mesmo dispositivo. Em seu processo argumentativo, o decisor aponta os elementos argumentativos que compõe a condição de aplicação (FO) da regra jurisprudencial “RJp” para demonstrar que o caso não se enquadra nela. Na sequência, descreve os elementos argumentativos presentes no caso concreto, de modo a justificar que correspondem aos elementos argumentativos de “Rg2” (parte final do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93).

Buscando identificar os elementos argumentativo que compõe o FO de “RJp”, a autoridade julgadora, como visto no item 1.1.13, da Análise, diz que

“1.1.13 A despeito de prevalecer, nesta Corte, o entendimento de que deve ser evitado o formalismo exagerado quanto aos elementos exigidos para a participação em licitações, é necessário ressaltar que isso se aplica às falhas de caráter formal, de fácil correção, ou a esclarecimentos sobre lacunas, incoerências ou obscuridades nas informações presentes nas propostas. Não é o caso destes autos. (Voto do Relator, p. 6). Original sem destaques”.

Portanto, as condições (FO) que tornariam obrigatória a diligência da parte inicial do § 3º, do Art 43, da Lei 8666/93, se dão quando a falha da licitante (fato “F”): tiver caráter formal; for de fácil correção; consistir em lacunas; consistir na presença de informações incoerentes nas propostas; e consistir em obscuridades nas informações presentes nas propostas.

Para justificar que “RJp” não se aplica à situação julgada, ou seja, que a diligência não é obrigatória, a autoridade elenca os seguintes elementos fáticos presentes no caso concreto: as falhas da licitante (os fatos “F1” e “F2”) são “variações significativas em relação aos orçados pelo banco - de até 200%” (“Q1”); suas “correções ensejariam a completa reformulação da proposta” (“Q2”); a perda da vantajosidade (consequência “E” – 7%) não é “relevante” (“Q3”).

Posto isso, a autoridade conclui seu raciocínio afirmando que o elemento fático “Q2” (“correções ensejariam a completa reformulação da proposta”) corresponderia ao elemento argumentativo do FO da regra de proibição da parte final do §3º, do Art 43, da

Lei 8666/93 (“Rg2”): “documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”. Sendo assim, “Rg2” - e não “RJp” - que se subsumiria ao caso.

Dado o exposto, *prima facie*, não haveria propriamente uma regra jurisprudencial a se extrair da Decisão nº 26, já que se tratou da subsunção de um caso a uma “regra legislada de proibição sem conceito jurídico indeterminado”. Talvez, como contribuição à rotina dos agentes públicos, a seus órgãos de assessoramento jurídico, aos auditores internos que fiscalizam seu trabalho e aos encarregados por apuração de possíveis responsabilidades dos atos desses agentes, fosse interessante destacar, a partir das circunstâncias particulares do caso que:

A inclusão posterior de adicional de periculosidade (“F2”) e o ajustamento dos valores de insumos aos preços previamente fixados em Edital (“F1) não podem ser realizadas pela diligência da parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93. Portanto, tais falhas no cumprimento do instrumento convocatório constituem razão para retirada do licitante da disputa.

Ainda com esse intuito de colaboração, é possível, apesar das indeterminações, extrair das considerações feitas pelo julgador sobre o FO de RJp que,

A diligência da parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, é obrigatória quando a falha da licitante de proposta mais baixa: tiver caráter formal; for de fácil correção; consistir em lacunas; consistir na presença de informações incoerentes nas propostas; e consistir em obscuridades nas informações presentes nas propostas.

Dado ao exposto, percebe-se que a Decisão nº 26 revela uma preocupação em universalizar prospectivamente a justificativa da decisão.

4.1 SEGUNDA PARTE DA AVALIAÇÃO: UM EXAME CRÍTICO A PARTIR DA ANÁLISE E PRIMEIRA PARTE DA AVALIAÇÃO DOS “CASOS DE EXCESSIVO RIGOR”.

Nesta seção, como dito, será aplicado a Segunda Parte do Roteiro de Avaliação tratado no segundo capítulo dessa dissertação. Das três questões lá dispostas, só as duas últimas serão respondidas, já que a primeira¹¹⁶ já foi tratada no primeiro capítulo da pesquisa. Diferente do que foi feito na seção anterior, onde apresentou-se as avaliações como documentos distintos, página separadas e com uma numeração individual, essa Segunda Parte da Avaliação será apresentada seguindo a numeração do capítulo.

4.1.1 Quais os pontos de aproximação entre as decisões selecionadas ?

4.1.1.1 A discussão sobre a obrigatoriedade da diligência como centro da disputa

Nas Decisões e Precedentes analisados/avaliados, a discussão central era a mesma: diante de falhas da licitante no cumprimento das regras do certame, a equipe encarregada da licitação está obrigada a diligenciá-la, dando oportunidade para que repare a desconformidade, ou deverá retirá-la da disputa sem realizar a diligência ?

4.1.1.2 Um padrão na estrutura argumentativa

Pode-se falar em um padrão da estrutura argumentativa da acusação (que pode ser confirmada na decisão ou não). Com alguma variação, pode-se dizer que, tanto nas Decisões como nos Precedentes a conduta do agente, de retirar da disputa a licitante que apresentou a proposta de valor mais baixo, apesar de aparentar estar sustentada por “regras legisladas de mandato sem conceitos jurídicos indeterminados”, é irregular por violar princípios do Direito, de modo que a conduta exigível, nesses casos, seria a realização da diligência da parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g).

4.1.1.3 Decisões em sentidos opostos

É possível colocar de um lado as Decisões nº 7 e 17 e de outro as Decisões nº 16 e 26. Nas duas primeiras, a autoridade julgadora entendeu pela obrigatoriedade da

¹¹⁶ *Descreva o(s) recorte(s) utilizado(s) para selecionar as decisões entre as quais encontra(m)-se a(s) decisão(ões) avaliada(s) na Primeira Parte*

diligência. Nas duas últimas, entendeu que a licitante deveria ser retirada da disputa, sem que fosse lhe dada oportunidade de reparar suas falhas.

Nas Decisões nº 7 e 17, as autoridades julgadoras, valendo-se de argumentos de exceção, problematizaram a subsunção das “regras legisladas de mandato sem conceito jurídico indeterminado”, dispostas no Art 41, e na parte final do §3º, do Art 43, ambos da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g), e decidiram aplicar a regra da parte inicial deste último dispositivo com a natureza deôntica modificada, de permitida para obrigatória.

Nas Decisões nº 16 e 26, as autoridades decisoras aplicaram a regra do Art 41 (e, no caso da Decisão nº 26, também a parte final do §3º, do Art 43), entendendo que a mencionada diligência, nesses casos, seria proibida.

4.1.1.4 A presença de elementos argumentativos comuns: “perda da proposta mais vantajosa” (consequência “E”); a ocorrência de falha da licitante (fato “F”) e suas classificações “Q”.

Foi possível identificar que, entre os elementos argumentativos identificados nas Decisões e Precedentes analisados/avaliados, a “perda da proposta mais vantajosa” (consequência “E”) e a falha da licitante (fato “F”) estavam presentes em todas elas¹¹⁷. Em alguns casos, esses elementos eram associados a outros de natureza classificatória (“Q”).

Nas Decisões nº 7 e 17 e nos seus Precedentes, a perda da proposta mais vantajosa contribuiu para justificar a obrigatoriedade - jurisprudencialmente construída - da realização da diligência, disposta na primeira parte, do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93. Para chegar nessa conclusão, as autoridades julgadoras partem da premissa de que a “perda da proposta mais vantajosa” justificaria a precedência do princípio da vantajosidade, economicidade e/ou competitividade, perante o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, estrita legalidade e/ou isonomia. No caso da Decisão nº 7, a autoridade julgadora exigiu que essa perda seja “relevante” (classificação “Q1”, dada à consequência “E”) como uma condição a mais para que a sobredita precedência ocorresse (ou seja, além da própria perda, a sua relevância também faz parte do FO da regra jurisprudencial).

¹¹⁷ Claro que aqui não se leva em consideração os demais elementos argumentativos considerados como requisitos para a seleção das decisões a serem analisadas ou avaliadas (ver primeiro capítulo), que, por óbvio, também estão presentes em todas as decisões.

Essa precedência, por sua vez, sustentaria a premissa de que a subsunção das “regras de mandato sem conceitos jurídicos indeterminados” deveria ser excepcionada, o que então redundaria na conformação de uma regra jurisprudencial que tornava obrigatória – não mais facultativa - a diligência prevista na sobredita regra. Nessas Decisões e Precedentes, a consequência

Até mesmo as Decisões nº 16 e 26, que, distintamente das duas mencionadas, entendem pela não realização da diligência, também utilizaram a “perda da proposta mais vantajosa” como um dos elementos de justificação. Nesses casos, as autoridades julgadoras argumentaram que, embora sua decisão ensejasse a contratação de proposta mais onerosa para a Administração, a diferença entre essa e a proposta mais baixa seria “irrisória” (ver classificação “Q2”, na Análise da Decisão nº 16) ou “valor que não é tido como relevante” (ver classificação “Q3”, na Análise da Decisão nº 26).

À título de curiosidade, é importante destacar que essa posição central da consequência “E” também é uma característica dos ilícitos atípicos, como vimos no terceiro capítulo.

A falha da licitante – fato “F” – também esteve presente em todas Decisões e Precedentes analisados/avaliados. Em alguns casos, essa falha recebe uma classificação, que servirá como uma condição a mais para justificar a aplicação da regra escolhida (ou construída, no caso de regra jurisprudencial) pela autoridade julgadora.

No AC 2546/15, evocado para justificar a Decisão nº 7, a falha da licitante só contribuiria para justificar a exigibilidade da diligência, caso sua correção – por meio da tal diligência – não redundasse em alteração do valor global proposto. A Decisão nº 7 segue neste mesmo sentido, condicionando a obrigatoriedade da diligência à “não ensejar alteração de valor da proposta”. Mas não para por aí. Essa última Decisão usa ainda outras classificações para “F” como condição para a realização da diligência, são eles: falha não poderá ser considerada um “erro substancial”, deve ter “pouquíssima relevância” e significar um “erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência”. O AC 2302/12, evocado pela Decisão nº 17 para justificar a obrigatoriedade da diligência, exige que a falha da licitante se constitua em “simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes”. A Decisão nº 17 segue neste mesmo sentido, classificando a falha como “irrelevante e não causa prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências”.

A Decisão nº 16 diz que a diligência, prevista na parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, não será obrigatória, quando a falha da licitante se referir a questões de “mérito”, não relativas “formalidades”. A Decisão nº 26 justifica a proibição da diligência, defendendo que o caso é subsumido pela regra de proibição da parte final sobredito dispositivo (além do Art 41 do mesmo diploma), Essa Decisão classifica a falha da licitante como capaz de ensejar “a completa reformulação da proposta” para justificar que ela corresponderia ao FO da parte final do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93 (“documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”).

4.1.2 As decisões estão universalizadas retrospectivamente entre si consideradas os fatos concretos e as regras extraídas na Primeira Parte ? É possível extrair alguma regra do conjunto de decisões selecionadas ? Qual seria? Ela tem indeterminações ? Ela permite prever o resultado de julgamentos futuros ? Para auxiliar na avaliação, elabore um quadro que permita comparar os termos do FO das regras jurisprudenciais de cada decisão avaliada e os fatos concretos (particulares) extraídos da decisão.

No que diz respeito à universalização retrospectiva, foi visto que só as Decisões nº 7 e 17 evocaram precedentes para justificar suas premissas. As Decisões nº 16 e 26 não o fizeram.

Por outro lado, o Método de Análise desenvolvido nessa pesquisa revelou que o AC 119/16 e o AC 1924/11, evocados, respectivamente, pelas Decisões nº 7 e 17, não cumpriram o papel de justificação das premissas que as autoridades julgadoras diziam justificar. Algo perigoso que, na melhor das hipóteses, revela uma falta de comprometimento não só com o aspecto retrospectivo da universalidade, mas também sob a ótica prospectiva, afinal, se a justificativa da decisão funciona como um “conector universal” entre o passado e o futuro, como diz MacCormick (2008, p. 120), então a evocação de precedentes desconectados com a tese defendida no presente, pode levar à distorções do entendimento do que realmente se espera dos indivíduos no que diz respeito às condutas autorizadas, obrigadas e permitidas. Esse receio se agrava se considerado que as Decisões nº 7 e 17 excepcionaram condutas de agentes que atuaram, sustentando-se sobre “regras legislada de mandato sem conceito jurídico indeterminado” que, conforme defendemos (ver primeiro capítulo), são menos suscetíveis à problematização, vale dizer que exigem um esforço argumentativo mais qualificado para ser excepcionadas.

Mas não foi a evocação desses precedentes o fator principal de comprometimento da universalidade prospectiva, mas sim a indeterminação das expressões utilizadas pelos julgados para classificar (“Q”) tanto a falha da licitante (fato “F”), como a perda da proposta mais vantajosa (consequência “E”). Os conceitos jurídicos indeterminados empregados pelas Decisões nº 7¹¹⁸, 16¹¹⁹ e 17¹²⁰ dificultam a universalização prospectiva da regra jurisprudencial extraível delas. Saber previamente, por exemplo, se a diferença entre o valor da proposta mais baixa e a próxima será considerada “relevante” (Decisão nº 7) ou “irrisória” (Decisão nº 16); ou se a falha da licitante é um erro de “mera formalidade” (Decisão nº 16) ou “irrelevante” (Decisão nº 17); será sempre um desafio para auditores, assessores jurídicos, encarregados de apuração, mas, precipuamente, para os agentes públicos que atuam no ambiente licitatório, que, muitas vezes, em face das demandas administrativas do ente em que estão lotados, se veem obrigados a tomar decisões sem o devido tempo de reflexão ou consulta aos órgãos de assessoramento e controle.

Na busca por parâmetros mais precisos, a analogia entre os elementos fáticos enfrentados no certame (particulares) e os elementos do FO das regras gerais extraídas das Decisões analisadas/avaliadas, associados a um esforço de universalização retrospectiva entre as Decisões, poderia ser uma alternativa possível aos agentes e seus assessores jurídicos. Buscando facilitar essa comparação, elaborou-se a tabela a seguir:

¹¹⁸Relembrando a regra extraída da Decisão nº 7: Será obrigatória a diligência, prevista na parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, para a correção de falhas, em relação às regras do certame, da proposta de valor mais baixo, sempre que a diferença em relação ao próximo preço for relevante e desde que essa correção não enseje alterações de preços.

¹¹⁹ Relembrando a regra extraída da Decisão nº 16: A proposta de valor mais baixo que descumprir regra do certame, ensejando falha que não seja de mera formalidade será desclassificada, se a diferença em relação à próxima for irrisória.

¹²⁰ Relembrando a regra extraída da Decisão nº 17: Será obrigatória a diligência, prevista na parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, para a correção de falha em relação às regras do certame, cometida por licitante, cujas propostas são as mais vantajosas, desde que a falha seja irrelevante e essa correção não cause prejuízos à Administração ou aos concorrentes.

COMPARAÇÃO ENTRE ELEMENTOS FÁTICOS

Decisão	Decisão nº 7	Decisão nº 16	Decisão nº 17	Decisão nº 26
Fato do caso concreto (particular) relativo à falha da licitante (fato “F”)	Não informou a composição de preço unitário da proposta de preço	discordância entre as especificações técnicas apresentadas na proposta comercial e a constante na página da <i>web</i> do fabricante	declarar todos os contratos firmados, apresentar seus valores remanescentes e não os valores totais, além de ter deixado de informar dois contratos	os preços dos insumos passíveis de utilização na prestação do serviço estavam acima dos estimados pelo Edital; não informou os “adicionais de periculosidade.
Classificação da falha (“Q” de “F”).	não configurou erro substancial”; tem “pouquíssima relevância”; “erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência”; <u>falha, cuja correção pode ser feita “sem alteração de seu preço</u>	Não é mera formalidade	Irrelevante	são variações significativas em relação aos orçados pelo banco” (de até 200%); as correções ensejariam a completa reformulação da proposta, embora continuasse a ser a proposta mais baixa.
Fato do caso concreto (particular) relativo à diferença entre a proposta mais baixa e a declarada vencedora (consequência “E”)	“pouco mais de 4%”	0,7%	9,24%	7% (já consideradas as correções)
Classificação da diferença (“Q” da consequência “E”)	Relevante (“não seria algo que pudesse ser ignorado”)	“Irrisória”	-----	Irrelevante (“não é tido como relevante”)
Entendimento da Corte	Realizar diligência	Retirar da disputa, sem realizar diligência	Realizar diligência	Retirar da disputa, sem realizar diligência

As especificidades das falhas da licitante dos casos concretos enfrentados pelas Decisões (particulares) dificultam guiar-se por elas para, por meio da analogia, saber se a falha da licitante identificada pelo agente no curso de um certame seria, por exemplo, irrelevante, uma formalidade ou qualquer coisa neste sentido.

Os parâmetros do caso concreto enfrentados pelas Decisões (particulares), utilizados para classificar a perda da proposta mais vantajosa, vale dizer, para aferir o grau de importância da diferença entre a proposta de valor mais baixo e a declarada vencedora, também dá mostras de dificuldades. Veja. A Decisão nº 16 entendeu ser “irrisória” a diferença de 0,7% e manteve a desclassificação da proposta mais baixa. A Decisão nº 26, por sua vez, julgou não ser relevante a diferença de 7% e entendeu correta a desclassificação da proposta de menor valor. Em outro sentido, a Decisão nº 7 entendeu que 4% de diferença “não seria algo que pudesse ser ignorado” e, contrariando a posição da Unidade Técnica, decidiu manter a proposta mais baixa na disputa. A Decisão nº 17 considerou injustificada a inabilitação da licitante cuja proposta era 9,24% mais baixa que a da declarada vencedora do certame, o que se aproxima dos 9,33% mencionados pelo AC 1924/11, evocado como precedente.

Na tentativa de encontrar uma universalização retrospectiva entre essas Decisões, com o intuito de estabelecer uma orientação prospectiva segura no que diz respeito a esses percentuais, poder-se-ia aventar algumas teses, mas todas inseguras. Uma delas seria que, considerando a cronologia das Decisões (sendo a 26 a mais antiga) e um raciocínio lógico-matemático, seria possível dizer que o percentual que tornaria a diferença (entre os valores da proposta mais baixa e a próxima) relevante estaria entre 0,7 (Decisão nº 7) e “4%” (Decisão nº 16). Sendo assim, o percentual de 9,24% de diferença, classificado como relevante pela Decisão nº 17, estaria coerente com essa tese. Mas o que fazer com a Decisão nº 26 que classifica como irrelevante a diferença de 7% ? Ainda que a resposta fosse pela superação dessa Decisão, ou que as características da falha da licitante daquele caso lhe tirariam dessa comparação, restaria a incerteza da faixa entre “0,7” e “4%”.

Avaliando a universalidade retrospectiva, entre a regra jurisprudencial da Decisão nº 7 e os fatos concretos relativo à falha da licitante da Decisão nº 26, é possível identificar alguma harmonia e com isso apontar alguma universalização prospectiva das consequências das Decisões avaliadas. Veja, na primeira Decisão, uma das condições, estabelecidas pela autoridade julgadora, para tornar obrigatória a diligência, foi que a correção das falhas da licitante não ensejasse alterações de preços da proposta. Ou seja,

a contrario sensu, se a reparação das falhas ensejar a alteração de preços, a diligência seria proibida, o que se harmoniza com o que determinou a Decisão nº 26, quando, com base na última parte do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, proibiu que a realização de diligências para corrigir as falhas da licitante¹²¹, uma vez que alterariam os preços das propostas.

Como esse ponto não foi contrariado pelas demais Decisões, parece ser a única regra extraível do conjunto de decisões. No mais, o que se pode dizer é que as Decisões avaliadas não são suficientemente comprometidas em orientar a forma como os atores envolvidos no ambiente licitatório devem conduzir suas ações. Não se viu, portanto, uma preocupação com a racionalidade dos julgados e, por conseguinte, um desequilíbrio na equação entre a previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito, com uma forte tendência para esse último ideal do Direito contemporâneo.

Constatou-se que os argumentos de exceção (*defeasibility*) foram a regra nas Decisões e Precedentes analisados/avaliados. Por meio deles, relativizou-se ou deixou-se de aplicar “regras legisladas de mandato sem conceito jurídico indeterminado”, deixando em seu lugar regras jurisprudenciais desarmonizadas entre si, permeadas por expressões abertas e cuja inferição, embora facilitada pelo Método de Análise e pelo Roteiro de Avaliação, apresentados no segundo e terceiro capítulos desta dissertação, exigem um esforço que não podia ser exigido, se consideradas as imposições constitucionais e infraconstitucionais mencionadas na introdução desta pesquisa - Constituição de 1988 (Brasil, 2019a), em seu Art 93, Inc IX e X; o CPC (Brasil, 2019m), em seu Art 489 e Art 1.022; a Lei 9784/99 (Brasil, 2019h), em seu Art 2º, Inc VIII e Art 50; e, mais recentemente a Art 20 e 21, da LINB (Brasil, 2019c).

Não se está aqui fazendo apologia à legalidade estrita. Não é disso que se trata. Reconheceu-se, desde as linhas introdutórias dessa pesquisa, a importância da dimensão argumentativa, no Direito contemporâneo, como fator de promoção das aspirações fundantes do Estado de Direito: a igualdade e a liberdade. Sabe-se - e isso ficou claro em toda a pesquisa - que a previsibilidade, no Estado Constitucional, deve ser vista como algo excepcionável. Todavia, isso não pode significar a submissão absoluta e perene do ideal de previsibilidade à dimensão argumentativa do Direito. Trazendo para a

¹²¹ fato “F1” [licitante apresentou “preços unitários do item ‘peças e materiais’ estavam acima dos estimados pelo banco”]; e fato “F2” [licitante apresentou proposta que não incluía “adicionais de periculosidade (30% sobre a remuneração dos profissionais em serviços com eletricidade, previsto na Norma Regulamentadora 16 do Ministério do Trabalho)”]

dimensão valorativa do Direito Administrativo do ambiente licitatório, vale dizer que não há uma precedência *in abstracto* e permanente dos princípios da vantajosidade, economicidade, competitividade e qualquer um outro que se possa evocar sobre o princípio da legalidade. A preferência ou submissão de princípios de igual estatura se dão diante das premissas fáticas e normativas presentes em cada caso concreto. Até porque, como vem sendo dito no decorrer da pesquisa, o ideal de previsibilidade, assim como a dimensão argumentativa, advém do desdobramento da aspiração de isonomia e liberdade da gênese do Estado de Direito. Não se justifica, portanto, ser relegada permanentemente a um nível a abaixo na ordem jurídica moderna.

Há de se buscar o equilíbrio e é justamente isso que pretendem as exigências do Estado Constitucional, da consistência, coerência, universalidade e adequação das consequências, materializadas, no Brasil, nas normas supracitadas. Dentro deste escopo, excepcionar “regras legisladas de mandato sem conceitos jurídicos indeterminados”, como as que foram amplamente citadas nessa pesquisa, exige um esforço argumentativo à altura da sensação de segurança que essas regras transmitem (ou transmitiam até serem alvos de constantes exceções) àqueles que atuaram sustentados por elas. Isso corresponde ao que tratamos, no segundo capítulo, como “exceção universal”, nas palavras de MacCormick (2008, p. 125 e 328). Ela exige que o decisor que pretenda excepcionar uma interpretação consagrada ou uma regra, como a legislada de mandato sem conceito jurídico indeterminado, o faça justificando sua decisão com razões capazes de universalizar prospectivamente a exceção feita. Deve-se buscar termos precisos o suficiente para orientar não só os envolvidos no caso concreto, mas todos os potenciais destinatários da mudança normativa. Ou seja, tudo o que não se constatou nas Decisões avaliadas.

Note que não se está aqui criticando o argumento, sempre presente, de mudança do estado deôntico da primeira parte do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, tornando obrigatória – não mais facultativa – a diligência como mecanismo de reparação de falhas da licitante. Reconhecemos que a autonomia pública, dentro da ideia de Saddy (2014 e 2016), pode tornar-se um ato vinculado diante das premissas do caso concreto, de forma que a discricionariedade do agente pode ser reduzida à zero ou a um. Portanto, não se questionaria a mudança deôntica da diligência, se isso ocorresse por meio de exceções coerentes com decisões pretéritas e que apontassem condições (FO) precisas e harmonizadas.

Este cenário tem potencial para ensejar repercussões na eficiência da gestão pública. O sentimento de insegurança, associado ao fantasma da punição, pode transformar o gestor eficiente e proativo em um agente público moroso e esquivo. A área de licitações das entidades públicas poderá ter dificuldades de encontrar agentes legitimamente interessados em conduzir um trabalho sério e capaz de corresponder às demandas da Administração e, por conseguinte, da sociedade. A incerteza gera o medo e o agente público temeroso no exercício da sua função significa prestação de serviço público sem qualidade. Enfim, todos saem perdendo.

Ainda que a nova lei de licitações em contratos, atualmente em trâmite no Parlamento, mude o cenário em que se desenvolveu essa pesquisa, sua importância não será abalada, na medida que trouxe uma amostra da forma como o argumento de exceção vem sendo manejado pela Corte para relativizar ou afastar o cumprimento de regras de mandato sem conceito jurídico indeterminado e dos riscos que isso pode representar para a qualidade do serviço público. Com isso espera-se provocar reflexões e conclamar a busca pelo tão necessário e exigido constitucionalmente equilíbrio entre a previsibilidade e a dimensão argumentativa do Direito.

5 CONCLUSÃO

Como anunciado na introdução, além de pesquisador, este postulante é integrante da auditoria pública, especificamente, do Centro de Controle Interno do Exército, de forma que se sente responsável por promover reflexões, não só acadêmicas, mas também entre auditores e encarregados de processos de apuração de irregularidades, sobre as dificuldades enfrentadas diariamente pelos agentes públicos encarregados de conduzir, supervisionar e assessorar a condução de certames públicos. Incluímos nesse universo pregoeiros e suas equipes de apoio, membros das assessorias de apoio para assuntos jurídicos, ordenadores de despesas, integrantes de comissões de licitações, membros de equipes de pesquisa de preços, fiscais administrativos, fiscais de contratos e tantos outros que rotineiramente caminham sobre os terreno pantanoso das normas e precedentes que permeiam o ambiente licitatório, na busca por atender legitimamente os interesses da Administração tensionando a prestação de um serviço público de qualidade.

O pano de fundo da pesquisa foi saber como o TCU vem equacionando a tensão permanente entre a previsibilidade e a dimensão argumentativa que marcam o Estado de Direito contemporâneo. A ideia foi conduzir este trabalho sob a perspectiva da segurança jurídica daqueles profissionais. Partindo da concepção de que qualquer regra jurídica pode ter seu sentido questionado, relativizado ou afastado, por mais peremptória que sejam suas disposições, a intenção foi propor maneiras para que agentes e seus assessores jurídicos saibam previamente o que está proibido, permitido ou obrigado, ou, ao menos, conheçam o nível de (in)estabilidade do terreno em que estão caminhando e, no caso de acusações por parte de órgãos de controle, identifiquem onde concentrar os esforços argumentativos de suas alegações.

Para delimitar a investigação, utilizou-se o que chamamos de “casos de excessivo rigor”, identificados em 2016, em uma busca exploratória realizada por este pesquisador, durante sua atuação profissional. Vimos que esses casos revelam situações em que o agente público encarregado da licitação se depara com o descumprimento de regras do certame por parte do licitante. Ao retirá-lo da disputa, em cumprimento a regras dispostas no *caput* e §4º, do Art 41; na parte final do §3º, do Art 43; no *caput* do Art 45; e no Inc I, do 48, todos da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g), o agente é acusado, perante o TCU, pelo cometimento de irregularidade, sob o argumento de que não deveria cumprir tão “rigorosamente” os sobreditos dispositivos, mas sim ponderá-los com princípios da

ordem jurídica (normalmente o da competitividade e o da economicidade), de forma que mantivesse o licitante no certame e lhe oferecesse a oportunidade de sanear suas falhas.

De maneira a compreender como a Corte vem enfrentando esses casos, procurando saber, portanto, se, ao afastar regras peremptórias como as acima, a Corte o fez atendendo às exigências constitucionais e infraconstitucionais de consistência, coerência, universalidade e a adequação das consequências, a pesquisa foi dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo, um dos mais densos e extensos da pesquisa (depois do último) cumpriu vários objetivos. O primeiro deles foi ter demonstrado que o forte aparato sancionatório disponível ao TCU, associado à prática daquela Corte em evocar entendimentos consignados em decisões pretéritas para julgar casos presentes, tem potencial para impelir agentes públicos a se orientarem pelas decisões da Corte, na sua rotina administrativa. Para reforçar o aspecto da penalização, vimos que, segundo o Relatório de Maio e junho de 2018, do Observatório do TCU, da FGV- Direto – SP (SBDP, 2019), ao longo de 2017, um número muito reduzido de pessoas foi efetivamente penalizado pela Corte. Todavia, segundo aquele Relatório, as concepções mais contemporâneas na área de regulação dizem que o baixo índice de condenações não significa menor receio por parte dos agentes públicos, na medida em que a percepção do risco de ser punido é mais relevante do que a efetiva probabilidade da sanção.

Um segundo objetivo atingido por esse capítulo foi demonstrar que faz parte do arranjo institucional do Estado de Direito não só a releitura da finalidade do Estado, mas o estabelecimento dos meios para atingir esses fins. Dentro deste contexto, concluímos qualquer decisão de natureza coercitiva, emanada por autoridade estatal, com potencial de interferência na vida das pessoas e conformação do Direito justifica ser submetida à avaliação quanto à universalidade, consistência, coerência e adequação das consequências. Sendo assim, considerando as constatações acima sobre as decisões do TCU, concluímos que elas também se sujeitariam às referidas exigências, pois, enquanto não são revisadas pelo judiciário, influenciam a forma como a prática administrativa acontece.

Um terceiro objetivo do primeiro capítulo foi assumir uma estrutura condicional para as normas jurídicas (Se FO, então CN) e reconhecer, como pressuposto para a pesquisa, que qualquer termo dessa estrutura é passível de ser problematizada no seu processo de subsunção ao caso concreto, independente da norma ser legislada ou jurisprudencial. Vimos que o que vai definir se estar-se de diante de um caso problemático

ou caso claro (caso difícil e caso fácil, na terminologia dworkiana) é a existência ou não de consenso quanto às premissas do processo silogístico. Dessa ideia decorreu o reconhecimento de que as premissas de um processo argumentativo são encadeadas dentro de uma moldura silogística, mas que sua permanência dentro desse processo dependeria do sucesso de argumentos formulados para lhes defender. Esse ambiente de disputa, faz das lides jurídicas uma arena eminentemente argumentativa.

Ainda neste capítulo, assumimos a tipologia de MacCormick (2008) e Atienza (2017) no que diz respeito às sete possibilidades de se problematizar as premissas do processo silogístico. Seriam elas as questões de: aferição, relevância, interpretação, classificação, prova, discricionariedade e ponderação. Vimos que a opção por problematizar ou não a aplicação de uma norma a determinado caso concreto passa por uma análise pragmática em que se avalia a utilidade de se lançar dúvidas sobre esse processo. No caso das partes, as razões que as movem são de ordem estratégica, voltadas para convencer à autoridade decisora sobre a pertinência de seus pleitos. O decisor, por sua vez, quando opta por problematizar, o faz, guiado por um “sentido moral”, um “senso de correção” e de “justiça” que pode inclusive buscar uma interpretação menos óbvia da norma ou dos fatos, na busca pela decisão que julga ser a mais adequada ao caso.

Foi visto, a partir da Teoria dos Enunciados Jurídicos, de Atienza e Manero (1996), aperfeiçoada por Atienza e Manero (2000), que há normas mais suscetíveis à problematização que outras e que quanto menor à suscetibilidade à problematização, maior será o esforço argumentativo a ser desenvolvido para problematizá-las. Neste sentido, identificamos a categoria normativa menos suscetível à problematização: as “regras legisladas de mandato sem conceito jurídico indeterminado”, sejam elas de obrigação ou de proibição, como as regras dispostas no *caput* e §4º, do Art 41; parte final do §3º, do Art 43; *caput* do Art 45; e Inc I, do 48, todos da Lei 8666/93.

Falar em menor suscetibilidade dessas regras de mandato significa que os indivíduos que adotam condutas sustentando-se sobre outras categorias de regras, como as regras de fim, as regras de permissão, as regras que conferem poder e até regras de mandato que contam com indeterminações em suas estruturas, como o Art 24, Inc I e V, da Lei 12462/11 (Brasil,2019l)¹²², têm, de certa forma, a noção de que suas atitudes estão mais sujeitas a questionamentos futuros, se comparadas às “regras de mandato sem

¹²²“serão desclassificadas as propostas que: I- contenham vícios insanáveis[...] V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis”

conceitos jurídicos indeterminados”. A estrutura indeterminada daquelas regras exige que seus usuários avaliem, a cada atitude a ser tomada, as possíveis afetações de suas condutas em relação a interesses alheios, consequências e, por decorrência, a princípios que permeiam o caso.

Por outro lado, “regras legisladas de mandato sem conceito jurídico indeterminado” pressupõem uma ponderação prévia, por parte do legislador, no que diz respeito às possíveis afetações a princípios (sentido *lato*), de modo que o resultado dessa avaliação estaria compilado *ex ante* nos deveres e/ou proibições dispostos expressamente na sua estrutura. Essa característica daria aos indivíduos que atuam sustentados sobre essas regras uma sensação de que suas condutas estariam menos suscetíveis à problematização, portanto, mais seguras. Sob a perspectiva daqueles que pretendam problematizar a aplicação dessas regras de mandato - sejam acusadores ou julgadores – haveria a necessidade de um esforço argumentativo maior, se comparado às demais regras. Um esforço à altura da sensação de segurança que essas regras oferecem.

Valendo-se ainda das teorias de Atienza e Manero (1996 e 2000) vimos que os princípios cumprem um papel diretivo dentro da função do Direito de articulador da multiplicidade dos interesses sociais e controlador do exercício do poder estatal. Essa categoria normativa se subdivide em diretrizes e princípios em sentido estrito. Os primeiros teriam uma função positiva, ao definir objetivos a serem atingidos. Os princípios em sentido estrito têm uma função limitadora, na medida em que impõem restrições à persecução de interesses por parte dos sujeitos sociais e ao exercício do poder, por parte do Estado.

Tanto as diretrizes, como os princípios em sentido estrito sustentam valorativamente as regras, sejam elas legisladas ou jurisprudenciais, revelando uma dimensão legitimadora e justificadora dessas categorias normativas. Essa característica abre a possibilidade de colisão entre princípios (sentido *lato*) que, levando-se em consideração os elementos concretos do caso, devem ser ponderados, o que resultará na prevalência de um deles. Vimos que essa precedência entre princípios é condicionada às premissas fáticas do caso, de forma que não há que se falar em uma hierarquização *in abstracto*, absoluta e permanente entre princípios de mesma estatura (precedência condicionada).

Para finalizar o primeiro capítulo, buscamos compreender o contexto e os principais elementos argumentativos dos AC 2463/08 e 3381/13, de modo a fixar os limites que serviram de parâmetros para selecionar as decisões analisadas e avaliadas no

último capítulo. Dessa forma, das vinte e nove decisões capturadas na primeira etapa, selecionamos quatro para serem analisadas e avaliadas, além dos cinco precedentes citados pelas decisões selecionadas, que também precisaram ser analisados. A compilação das três etapas de seleção pode ser verificada na Relação das Decisões Capturadas (Ver Lista de Tabelas).

No segundo capítulo, vimos alguns tipos de argumentos passíveis de utilização para problematizar ou imunizar as premissas do processo silogístico. Destacou-se que os argumentos de exceção (*defeasibility*) ocupam papel preponderante das lides dos “casos de excessivo rigor”. Foi visto que esses argumentos podem ser expressos ou implícitos. O primeiro se dá, quando a arguição evoca uma exceção disposta na própria regra (legislada ou jurisprudencial). A intenção dessas exceções expressas nas regras é evitar a ocorrência de circunstâncias que violem os princípios subjacentes à própria regra. O esforço argumentativo, nesse caso, será no sentido de justificar que os fatos concretos se enquadram na hipótese de exceção da regra. No caso de regra legislada, temos o exemplo da parte final do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93, que excepciona a realização de diligências, quando ela ensejar a inclusão de informações ou documentos que deveriam constar originalmente da proposta.

O argumento de exceção implícito é aquele que busca justificar que a aplicação de determinado sentido da regra - legislada ou jurisprudencial - gera um resultado que não satisfaz o princípio subjacente a regra ou afeta outro princípio do sistema (ainda que potencialmente). Neste caso, o esforço argumentativo se concentrará em justificar que os fatos concretos não correspondem aos fatos normativos, estabelecidos como condições para aplicação da regra (FO). Normalmente, as decisões que se justificam, valendo-se desse tipo de argumento, provocam uma ressignificação dos fatos descritos na regra, como condição para o reconhecimento do direito.

Ainda no segundo capítulo, vimos que na dinâmica de ataque e defesa, de problematização e imunização de premissas, que anima as disputas jurídicas, o papel do decisor contemporâneo é buscar o equilíbrio entre o manejo dos argumentos e a previsibilidade do Direito, como exigência do Estado Constitucional. Vimos que esse equilíbrio pode ser alcançado pela racionalidade dos fundamentos do decisor, no sentido de dar inteligibilidade às razões utilizadas para justificar suas escolhas interpretativas, permitindo que seja combatida em seu mérito e que, a partir dela, seja possível prever o resultado de futuros julgamentos.

Neste caminho, os requisitos de universalidade, consistência, coerência e adequação das consequências funcionam como guias para que julgadores decidam racionalmente e encontrem o mencionado equilíbrio. Visto sob outra perspectiva, estes mesmos requisitos funcionam como critérios para avaliar o comprometimento da autoridade julgadora em atender às exigências do paradigma do Estado Constitucional, materializadas, no Brasil, nos Inc IX e X, do Art 93, da Constituição de 1988 (Brasil, 2019a), e em normas infraconstitucionais, como os Art 489 e Art 1.022, do CPC (Brasil, 2019m), Inc VIII, do Art 2º, e Art 50, da Lei 9784/99 (Brasil, 2019h), Art 20 e 21, da LINB (Brasil, 2019c)¹²³.

Mostramos que a universalidade exige que a conduta aprovada ou reprovada em decisões anteriores, seja julgada da mesma forma no caso presente (universalidade retrospectiva) e que a autoridade julgadora, ao fundamentar sua decisão, seja precisa, ao definir as condições fáticas e normativas que levaram à aprovação ou reprovação da conduta, de modo que os indivíduos possam saber, antecipadamente, aquilo que, em julgamentos futuros, poderá ser considerado permitido, proibido ou obrigado (universalidade prospectiva).

Com isso, firmou-se o entendimento de que, uma vez atendidas as exigências da universalidade, a decisão funcionará como um “conector universal”, na medida em que permitiria a derivação de regra geral, a partir dos casos particulares do passado e do presente. Vimos que a universalidade é exigível até mesmo – e principalmente – nos casos em que se excepciona a aplicação do sentido ordinário de uma regra, em face de princípios. Em situações como essas, o argumento de exceção implícito utilizado deverá ser universalizado prospectivamente, de modo a constituir uma “exceção universal”. Neste ponto, a universalidade prospectiva se conecta ao critério da adequação das consequências, exigindo que as implicações jurídicas da decisão, isto é, as condutas que tiveram seu estado deôntico¹²⁴ alterado com o julgado, sejam claramente apontadas pelo decisor, bem como as condições para que essa alteração ocorra.

Vimos que o critério da consistência exige que o decisor aponte as regras que fundamentam sua decisão e enfrente eventuais conflitos com outras regras, justificando sua escolha. A consistência exige ainda que as premissas da fundamentação estejam articuladas de forma lógica. A coerência, por sua vez, exige que o julgador indique os

¹²³ A partir das alterações promovidas pela Lei 13655 (Brasil, 2019n), daquela mesma data.

¹²⁴ Proibição, permissão e proibição.

princípios que sustentam sua decisão. A coerência se conecta com o critério da adequação das consequências e da universalidade prospectiva, no sentido de que a autoridade decisora deverá indicar as eventuais colisões do princípio escolhido com outros do sistema e as razões da sua preferência.

Por fim, a partir dos pressupostos teóricos mencionados, esse pesquisador conforma um Roteiro de Avaliação de decisões, aplicável não só a decisões do TCU, mas a qualquer decisão jurídica (administrativa ou judicial). A ideia do Roteiro foi contribuir com agentes públicos e seus assessores jurídicos na identificação de falhas nos julgados. O Roteiro, entre outras coisas, permite: a otimização dos esforços argumentativos voltados para defender-se ou subsidiar a defesa contra acusações que se fundamentem em precedentes; a formulação de argumentos de defesa consistentes com base em decisões anteriores; a elaboração de pareceres mais seguros aos agentes públicos assessorados, sobretudo quando se pretender orientá-los a partir de precedentes, afinal o Roteiro dará subsídios para a escolha de pareceres solidamente sustentados, portanto, mais seguros de serem seguidos.

Entretanto, considerando que a avaliação de decisões pressupõe sua análise, como fase anterior, o terceiro capítulo dedicou-se a esse fim. Nesta parte da pesquisa foi desenvolvido um método capaz de identificar os elementos argumentativos presentes no discurso decisório, isolá-los, mapear a relação entre eles e então organizá-los dentro de uma estrutura que viabilize compreender a decisão de forma crítica e comparativa. Tudo isso, considerando os componentes inferenciais, materiais e pragmáticos do discurso decisório. A base para o Método de Análise foi a estrutura utilizada por Atienza e Manero (2000), na Teoria dos Ilícitos Atípicos.

Por fim, no último capítulo da pesquisa, analisamos as decisões selecionadas e os precedentes referidos por elas. Na sequência, avaliamos as quatro decisões selecionadas, individualmente e em conjunto. Foram várias as conclusões a que chegamos e passamos a descrever de forma sucinta.

Nas quatro decisões avaliadas, a discussão orbitou em torno de saber se a equipe encarregada da licitação está obrigada a diligenciar a licitante que descumpriu as regras do certame, dando oportunidade para que repare a desconformidade, ou deverá retirá-la da disputa sem realizar a diligência. Duas decisões entenderam pela obrigatoriedade da diligência e duas que a licitante deveria ser retirada da disputa, sem que fosse lhe dada oportunidade de reparar suas falhas.

Nas quatro decisões os elementos argumentativos determinantes para a decisão foram: a “perda da proposta mais vantajosa” (consequência “E”); a falha da licitante, caracterizada pelo descumprimento das regras do certame (fato “F”); e as qualificações que as autoridades decisoras deram para esses elementos (classificações “Q”), e.g. falha “irrelevante”, perda “irrisória”.

Vimos que as *ratio* possíveis de serem extraídas dessas decisões continham expressões indeterminadas que não foram suficientes para indicar, de forma, segura, quando a diligência seria obrigatória ou proibida. A que mais se aproximou foi a Decisão nº 7 (AC 2239/18) que tentou condicionar a obrigatoriedade da diligência à não alteração dos preços das propostas. Em outras palavras, se houvesse necessidade de modificar a proposta de preços para reparar as falhas, a diligência não seria obrigatória. O problema é que, além dessa condição, essa Decisão incluiu ainda a exigência de que a diferença entre a proposta mais baixa e a próxima a ser adjudicada fosse considerada “relevante”, ou seja, uma condição indeterminada.

Tentamos buscar parâmetros para preencher essas indeterminações, valendo-se da analogia com os fatos concretos das decisões, mas sem sucesso, pois conflitam entre si. O que mais chamou atenção foi o percentual de diferença entre a proposta de valor mais baixo e a próxima a ser adjudicada. Tivemos decisão considerando que 4% era uma diferença relevante, portanto obrigatória a diligência, outra entendendo que 7% era irrelevante, portanto, a diligência seria proibida.

Isso sem mencionar alguns precedentes evocados que, na verdade, não serviram para sustentar as premissas que as autoridades diziam sustentar

O que se pode depreender dos precedentes e decisões analisadas/avaliadas de “casos de excessivo rigor” é que elas só aumentam a insegurança dos agentes públicos, militares e civis, com a atribuição de conduzir certames. Não definem quais as condições que tornam a diligência obrigatória ou proibida. A Corte excepcionou a aplicação de regras peremptórias, como a do *caput* do Art 41 e parte final do §3º, do Art 43, ambos da Lei 8666/93, para colocar em seus lugares regras jurisprudenciais lacônicas e desencontradas.

Não se está a fazer apologia à legalidade estrita. Não é disso que se trata. Sabemos que a dimensão argumentativa é mecanismo de materialização dos anseios mais fundantes do Estado de Direito. Entretanto, a previsibilidade também é. Ambas são garantidoras da liberdade e da igualdade. Têm a mesma importância no Estado Constitucional, por isso a necessidade de equilíbrio. Não há que se falar na subserviência

perene da previsibilidade perante a dimensão argumentativa do Direito. Trazendo para o campo valorativo do Direito Administrativo, vale dizer que não há uma precedência *in abstracto* e permanente dos princípios da vantajosidade, economicidade, competitividade e qualquer um outro que se possa evocar sobre o princípio da legalidade. A preferência ou submissão de princípios de igual estatura se dão diante das premissas fáticas e normativas presentes em cada caso concreto. Portanto, o que se pretende com essas palavras, é destacar que as exceções feitas a regras de mandato, como as citadas, exigem um esforço argumentativo cuidadoso da autoridade decisora, à altura da sensação de segurança que a regra excepcionada ofertava. E foi justamente o que não se viu nas decisões avaliadas.

As consequências para a qualidade dos serviços públicos podem ser inúmeras e devem compor a agenda de pesquisa deste postulante. É possível especular que o risco constante de sanções e a insegurança de decisões conflitantes como essas têm potencial para transformar o gestor eficiente e proativo em um agente público moroso e esquivo. A área de licitações das entidades públicas poderá ter dificuldades de encontrar agentes legitimamente interessados em conduzir um trabalho sério e capaz de corresponder às demandas da Administração e, por conseguinte, da sociedade. A incerteza gera o medo e o agente público temeroso no exercício da sua função significa prestação de serviço público sem qualidade. Enfim, todos saem perdendo.

Por fim, ainda que a nova lei de licitações em contratos, atualmente em trâmite no Parlamento, mude o cenário em que se desenvolveu essa pesquisa, sua importância não será abalada por várias razões. Uma porque este trabalho mantém sua utilidade reflexiva sobre o cuidado que decisores devem ter, sobretudo, em relação à universalidade e à adequação das consequências das deliberações que venham a excepcionar regras peremptórias ou práticas consagradas. O alerta trazido aos agentes públicos, assessores jurídicos, auditores e encarregados de apurações também tem sua utilidade preservada, afinal se o TCU negligenciou às sobreditas exigências nos “casos de excessivo rigor” selecionados, é possível que esteja indo nesse mesmo caminho em outras situações envolvendo regras do mesmo nível de peremptoriedade que as tratadas neste trabalho. Portanto, é algo que os mencionados profissionais devem estar atentos. Tem-se ainda o Método de Análise e o Roteiro de Avaliação, apresentados nesta pesquisa, a partir dos quais, assessores jurídicos terão condições de aprimorar mais ainda a qualidade de seus pareceres e peças de defesa, exordiais, recursos e outros. Por fim, acredita-se que, por meio dessa investigação, auditores e encarregados de apuração de

irregularidades possam ter uma noção real do terreno pantanoso por onde caminham os agentes públicos envolvidos em processos licitatórios. Esses agentes do controle não de refletir um pouco mais, antes de exigir que os profissionais envolvidos em certames tivessem tido essa ou aquela atitude, com base nesse ou naquele acórdão do TCU. Há de se analisar e avaliar a qualidade das decisões utilizadas como parâmetros e, nesse aspecto, a presente pesquisa deu contribuições importantes e perenes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**, Oxford, UK, v. 21, n. 3, p. 281-299, ago. 2008.

_____, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 1. ed. São Paulo: Landy, 2001.

_____, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2017.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad. de Maria Cristina Guimarães Copertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

_____, Manuel. *A vueltas con la ponderación*. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez Revista de Filosofía Jurídica y Política**. Universidad de Granada, n. 44 p. 43-59, 2010a.

_____, Manuel. *Argumentación y constitucionalismo*. In: REGLA, Josep Aguiló; ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. **Fragmentos para una teoría de la constitución**. 1. ed. Madrid: Iustel, 2007.

_____, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. Trad. Claudia Roesler. 1. ed. Curitiba: Alteridade, v.1, 2017.

_____, Manuel. *Crítica de la crítica. Contra Enrique Haba y consortes*. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, n. 33. p. 361-367, 2010b. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc6x136>. Acesso em: 02 fev 18.

_____, Manuel. *Entre calar y no calar. Decirlo justo*. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, n. 33. p. 399-408, 2010c. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc6x136>. Acesso em: 02 fev 18.

ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. *Para uma teoria postpositivista del Derecho*. 1. ed. Lima-Bogotá: Palestra e Temis, 2009.

_____, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. 1. ed. Barcelona: Ariel, 1996.

_____, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1998**. 2019a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituição_compilado.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005**. 2019b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, 04 de setembro de 1942**. 2019c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 6.353, 20 de março de 1944**. 2019d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del6353.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. 2019e. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. 2019f. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em: 22 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 2019g. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. 2019h. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.180, de 06 de fevereiro de 2001**. 2019i. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10180.htm>. Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 2019j. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. 2019k. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.462, 04 de agosto de 2011**. 2019l. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, 16 de março de 2015**. 2019m. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.655, 25 de abril de 2018**. 2019n. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1>. Acesso em: 02 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2463/2008, de 05 de novembro de 2008**. Relator: Ministro Valmir Campelo. Plenário . 2016a. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2463%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=911b6f30-8bb0-11e9-afaa-c93758bc47b9>. Acesso em: 22 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3381/2013, de 04 de dezembro de 2013**. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Plenário . 2016b. Disponível em: < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3381%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=911b6f30-8bb0-11e9-afaa-c93758bc47b9>. Acesso em: 25 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011**. Regimento Interno do TCU. 2019o. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho/4. **Recurso Ordinário (RO) nº 0000750-08.2011.5.04.0025, de 20 de novembro de 2011**. 1ª Turma. Redator: Marcelo José Ferlin Ambroso. 2019p. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/ejus2/ePvP0F4INIXOLPRaAN2psw?>>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. Secretária de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão (MPOG/SLTI). **Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, atualizada pela Instrução Normativa nº 4 de 19 de março de 2015**. 2019q. Disponível em: < <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/417-instrucao-normativa-n-02-de-30-de-abril-de-2008>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

CIRNE, Mariana Barbosa. **Desvelando um poder executivo desenvolvimentista e avesso à constituição verde um estudo dos argumentos jurídicos e políticos nos vetos presidenciais em projetos de lei ambientais de 1988 a 2016**. 412 f., il. Tese (Doutorado em Direito)— Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

CRUZ, Paulo Márcio e ROESLER, Claudia Rosane (org). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumens, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, trad. Nelson Moreira. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FILHO, Roberto Freitas. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais**. Porto Alegre: SAFE, 2009.

HABA, Enrique P. *Callar o no calar...That is the question !* In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, n. 33. p. 369-398, 2010b. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc6x136>. Acesso em: 02 fev 18.

_____, Enrique P. *Razones para no creer em la actual teoria (ilusionista) de la argumentacion. Papel que tales teorizaciones cumplen como más nueva ideologia de legitimación com respecto, especialmente, al discurso jurídico profesional*. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, n. 33. p. 321-360, 2010a. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc6x136>. Acesso em: 02 fev 18.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy**. trad. Willian Rehg. 2 ed. Massachusetts: MIT Press, 1996.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. trad. de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. trad. de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **Teoria da legislação e argumentação legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher**. 2018. 699 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidad de Alicante, Universidade de Brasília, Alicante – Brasília, 2018.

PORTALTCU. **Pesquisa de Jurisprudência do TCU**, 2019. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 03 jan. 2019.

REGLA, Josep Aguiló. **La constitución del estado constitucional**. Lima-Bogotá: Palestra e Temis, 2004.

ROESLER, Claudia. **Theodor Viehweg e a ciência do direito. Tópica, discurso, racionalidade**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

SADDY, André. **Apreciatividade e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____, André. **Limites à tomada de Decisões e Controle Judicial da Administração Pública**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SBDP, Grupo Público da FGV Direito SP. **Observatório do TCU: julgamentos de maio e junho de 2018**. São Paulo, SP, 2019a. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/grupos/grupo-publico>. Consultado em: 16 de maio de 2019.

_____, Grupo Público da FGV Direito SP. **Observatório do TCU: julgamentos de março e abril de 2018**. São Paulo, SP, 2019b. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/grupos/grupo-publico>. Consultado em: 16 de maio de 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. MONTEIRO, Vera. ROSILHO, André. O valor das decisões do tribunal de contas da união sobre irregularidades em contratos. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 13, n. 3, p. 866-890, Set-Dez, 2017.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica. Metodica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

APÊNDICES

FICHAMENTO DECISÃO Nº 4

ACÓRDÃO 2498/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação

Data da Sessão: 31 de outubro de 2018

Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (SEFTI).

Relator: José Múcio Monteiro

Quórum: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, José Múcio Monteiro (Relator), Bruno Dantas e Vital do Rêgo. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e André Luís de Carvalho.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU sobre possíveis irregularidades em Pregão Eletrônico, conduzido pela Caixa Econômica Federal (CEF), com vistas a contratação de serviços de tecnologia da informação em regime de fábrica de software. A Representante, responsável pelo menor preço, foi desclassificada por sua proposta prever produtividade diferente da exigida pelo Edital. O Relator, em seu voto (inteiramente acolhido pela Corte), entendeu que a “formulação da proposta em dissonância com o edital decorreu de dúvida razoável na interpretação dos termos do instrumento convocatório” (Voto do Relator, p. 13). Ademais, concluiu que a proposta, da maneira como foi apresentada pela Representante, revelaria que a empresa faria os serviços licitados com um número menor de profissionais do que o exigido pela CEF (cento e dez, ao invés de cento e vinte e quatro profissionais). Sendo assim - continua o Relator (Voto do Relator, p. 13) - a Caixa, em obediência a Súmula 262, do TCU, e em observância a um “formalismo moderado”, deveria, antes de desclassificar, ter dado à Representante a oportunidade de comprovar a exequibilidade de sua proposta. Por fim, o Relator, em seu voto, ressalta ainda que ao “impedir a apresentação de propostas que contenham equipes com menos de 124 profissionais, a Caixa acaba, em tese, por tolher a

apresentação de preços mais reduzidos, em afronta ao princípio da escolha da proposta mais vantajosa” (Voto do Relator, p. 14). A Corte acompanhou inteiramente as razões do Relator e determinou “à Caixa Econômica Federal que não renove o contrato celebrado com a empresa [licitante vencedora do certame]” (Acórdão, p. 16). Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

(original sem destaques).

FICHAMENTO DECISÃO Nº 5

ACÓRDÃO 2293/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 02 de outubro de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no estado da Bahia (Secex/BA).

Relator: José Múcio Monteiro.

Quórum: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU sobre possíveis irregularidades em Pregão Eletrônico, conduzido pelo Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TRE/BA), com vistas a contratação de serviços de tecnologia da informação relativo à *Service Desk*. A Representante havia apresentado a proposta de menor preço, mas foi inabilitada por duas razões. A primeira foi a não apresentação de cópia dos termos de abertura e encerramento do livro diário, com indicação dos números das páginas onde estava inscrito o balanço patrimonial do exercício 2017. O Relator, em seu voto, entendeu que esta exigência não constava em Edital, não seria algo que o licitante deveria saber previamente, pois, sequer, era uma prática, nem contava com previsão legal. A segunda razão da inabilitação foi o fato de a Representante não ter apresentado o balanço patrimonial do último exercício social exigível, que, conforme a regra do Edital, deveria ser o de 2017. O pregoeiro a diligenciou a empresa sobre esta falta, determinado que providenciasse. A Representante entregou a documentação exigida, mas sem que estivesse publicada na Imprensa Oficial e ainda com registro na Junta Comercial e divulgação em jornal de grande circulação, posterior 30 ABR 18, o que, aos olhos do pregoeiro, descumpriria regra do Acórdão

1.999/2014 – Plenário TCU, reproduzida no Edital. O Relator, em seu voto, inteiramente acolhido pela Corte, disse que

“a documentação apresentada pela [Representante] se submetia à legislação pertinente, bem como às demandas do edital [...] De fato, o item 10.1.6.b do edital do pregão faz referência expressa à apresentação do balanço patrimonial na forma da lei e de acordo com o Acórdão 1.999/2014 – Plenário. Essa decisão do Tribunal, com base no art. 1.078, caput e inciso I, do Código Civil, orienta que, a partir de 30/4 do exercício corrente, o balanço a ser exigido deve ser do exercício anterior. Tal requisito foi cumprido pela CTIS, pois apresentou seu demonstrativo de 2017 aprovado naquela data”. E complementa, afirmando que a Lei 6.404/1976 não impõe que as publicações no diário oficial e jornal de grande circulação, bem como o registro na junta comercial, mencionados no art. 289, caput e § 5º, do Código Civil, ocorram naquela mesma data limite [...] seria de rigor excessivo considerar 30 de abril como termo final para as publicações e registro dos demonstrativos contábeis”. (Voto do Relator, p. 9).

O Relator diz ainda que “o fato de terem se efetivado após a abertura do certame não deve obstar a habilitação da empresa, pois o art. 31, inciso I, da Lei 8.666/1993 não impõe essa condição” (Voto do Relator, p. 10). Por fim, parecendo afastar possibilidade de penalização do pregoeiro, o Relator ressalta “não haver qualquer indício de inidoneidade na conduta do pregoeiro, sendo a questão fruto de controvérsia sobre os prazos legais aplicáveis ao registro e publicação do balanço patrimonial de 2017 pela empresa licitante”. (Voto do Relator, p. 10). A Corte acompanhou inteiramente as razões do Relator e determinou ao Tribunal Regional Eleitoral da Bahia que anulasse o ato administrativo referente à inabilitação da Representante e retomasse o certame. Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

(original sem destaques).

FICHAMENTO DA DECISÃO Nº 7

ACÓRDÃO 2239/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 21 de setembro de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no estado do Pará (Secex/PA).

Relatora: Ana Arraes.

Quórum: Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, José Múcio Monteiro, Ana Arraes (Relatora) e Bruno Dantas. Ministros- Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU sobre possíveis irregularidades em Concorrência, do tipo menor preço, conduzida pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas no Estado do Pará (Sebrae/PA), visando a contratação de obra de reforma de seu edifício-sede. A empresa afirma ter sido desclassificada por falha irrelevante no preenchimento da proposta de preços, em que pese tivesse oferecido o menor valor entre seus concorrentes (Unidade Técnica e Relatora, em despacho anterior à decisão, informam que a diferença seria pouco mais de “4%” a menor que a proposta contratada. Ver Relatório, p. 11, 12, 14 e Voto da Relatora, p. 27). Segundo a Relatora (Voto da Relatora, p. 24), a falha consistiu no descumprimento dos subitens 6.6 e 8.1.1.4, do edital, que estabelecem, como elemento obrigatório da proposta, a composição de preço unitário do item ofertado. A área jurídica do Sebrae/PA rebate, afirmando que a falha não era irrelevante e que uma eventual permissão para sua reparação violaria a vedação do Art 43, §3º, da Lei 8666/93 e o princípio da isonomia. O Relator, em seu voto, inteiramente acolhido pela Corte, rebate o posicionamento da área jurídico do Sebrae/PA, afirmando que o “apego exagerado às formalidades, (...) contribuiu para o comprometimento do caráter competitivo do certame” (Voto da Relatora, p. 25). O Plenário da Corte deu razão à licitante e: determinou que fosse dada “ciência ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Pará que a desclassificação de

proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência afronta o interesse público e contraria a ampla jurisprudência deste Tribunal de Contas da União” (Acórdão, p. 29); fixou “prazo de 15 (quinze) dias, para que o Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Pará anule o contrato celebrado em 4/1/2018 com a [empresa que sagrou-se vencedora], decorrente da concorrência 04/2017-CC” (Acórdão, p. 29). Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

(original sem destaques).

FICHAMENTO DECISÃO Nº 8

ACÓRDÃO 2127/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação

Data da Sessão: 12 de setembro de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (SEFTI)

Relator: Walton Alencar Rodrigues

Quórum: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU sobre possíveis irregularidades em Pregão Eletrônico, conduzido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), com vistas contratação de serviços especializados de desenvolvimento e manutenção de sistemas. Segundo o parecer da Unidade Técnica, reproduzido no relatório da decisão, a representante foi inabilitada no referido processo, entre outras razões, por apresentar comprovantes de capacidade técnica que, aos olhos do pregoeiro, não atendiam às exigências do Edital. A empresa alegou que a conduta seria de excessiva, já que, antes da inabilitação, caberia diligenciar. O relator, em seu voto, informa que, estando o processo em seu gabinete, “em 12/7/2018, a Procuradoria Federal junto ao Inep encaminhou expediente (peça 51), noticiando a revogação do Pregão Eletrônico 3/2018 e a posterior publicação do edital do Pregão Eletrônico 23/2018, em substituição ao anterior” (Voto do Relator, p. 27). Segundo o Relator, o procurador-Chefe substituto teria lhe informado que “no novo edital, teriam sido observadas ‘todas as recomendações’ constantes da proposta de encaminhamento da unidade técnica” (Voto do Relator, p. 27). A Corte considerou prejudicada, por perda de objeto, a matéria objeto da representação, tendo em vista a revogação pregão e determinou arquivar os autos. Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

Original sem destaques

FICHAMENTO DECISÃO N° 9

ACÓRDÃO 2104/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Relatório de Auditoria.

Data da Sessão: 05 de setembro de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrbana)

Relator: André Luís Carvalho.

Quórum: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho (Relator).

RESUMO: trata-se do julgamento de relatório de auditoria, cujo o escopo foi avaliar a construção do Hospital Universitário da Universidade Federal do Amapá (Unifap). A matéria auditada compreendeu as diversas etapas do empreendimento, desde a previsão orçamentária, com os estudos de viabilidade e o projeto, passando pelo procedimento licitatório e pela formalização do contrato, até a análise do orçamento e da compatibilidade dos preços dos itens de serviço. Dentre seus achados, a equipe de auditoria apontou irregularidade em um processo licitatório, na modalidade técnica e preço, conduzido no Regime Diferenciado de Contratação (RDC), pela Fundação Universidade Federal do Amapá. Os auditores constataram que uma das licitantes havia sido inabilitada por ter apresentado Certidão de Acervo Técnico (CAT), desacompanhada das Anotações de Responsabilidades Técnicas (ART), exigência estabelecida em edital. A equipe de auditoria entendeu pela irregularidade da inabilitação pois, conforme resolução do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea),

“a apresentação da ART é condicionante para emissão da Certidão de Acervo Técnico, sendo inclusive informado seu número na CAT. Assim, a própria CAT supre a necessidade de apresentação da ART, pois, a partir do número do atestado, pode-se consultar publicamente

o documento nos sites dos Conselhos Regionais de Engenharia”
(Relatório, p. 13).

Continua a equipe de auditoria dizendo que

“é certo que o art. 41 da Lei 8.666/1993 dispõe que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, porém, tal dispositivo deve ser aplicado mediante a consideração da verdade real, do formalismo moderado e dos princípios que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa, conforme determina o Acórdão 3381/2013-TCU-Plenário. Nesse sentido, o art. 24, V, da Lei 12.462/2011 (RDC) dispõe que as propostas que apresentem desconformidade com exigências do instrumento convocatório devem ser desclassificadas, desde que a desconformidade seja insanável.
(Relatório, p. 13).

Portanto, para os auditores, a inabilitação da licitante “por ausência de ART, caracteriza um formalismo exagerado por parte da comissão julgadora da licitação e contraria jurisprudência deste Tribunal:

‘É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, por representar *formalismo* exagerado, com prejuízo à competitividade do certame’ (Acórdão 1795/2015-TCU-Plenário). (Relatório, p. 13).

Os auditores concluem dizendo que, apesar da inabilitação, “a princípio, o resultado da licitação não seria modificado. (Relatório, p. 14). Todas essas conclusões da equipe de auditoria foram inteiramente acompanhadas tanto pelo Relator, como pelo Plenário da Corte (ver p. 18 a 21, da Proposta de Deliberação do Relator; e p. 23 e 24, do Acórdão). Com relação à possibilidade de penalização, o Relator, em sua proposta de deliberação, seguida pela Corte, diz que as

“falhas até poderiam ensejar à audiência dos responsáveis com vistas à eventual aplicação da multa legal, mas, no presente caso concreto, essa medida não se mostraria razoável, em face das atenuantes detectadas nos autos, a exemplo da incapacidade de as falhas produzirem o resultado diverso do obtido no certame e da ausência de superfaturamento com o desconto na contratação, além

da boa prática na elaboração do projeto executivo em conjunto com a Ebserh, minimizando, com isso, a necessidade de posteriores aditivos por erros no projeto”. (Proposta de Deliberação do Relator; p. 21).

Por fim, a Corte (Acórdão, p. 23) acompanhou inteiramente o entendimento do Relator e, dentre outras medidas, recomendou à entidade auditada (Fundação Universidade Federal do Amapá) que “aplique o princípio do formalismo moderado no julgamento das propostas, quando a desconformidade possa ser sanável, nos termos do art. 24, V, da Lei nº 12.462 (RDC), de 2011”.

(original sem destaques).

FICHAMENTO DECISÃO Nº 13

ACÓRDÃO 1910/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Denúncia.

Data da Sessão: 15 de agosto de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação).

Relator: Weder de Oliveira.

Quórum: Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira (Relator).

RESUMO: trata-se do julgamento de Denúncia de irregularidades ocorridas no âmbito do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), relacionadas à certame, conduzido no Regime Diferenciado de Contratação (RDC), na sua forma eletrônica, cujo objeto é a contratação integrada de empresa para o desenvolvimento dos projetos básico e executivo e execução das obras e demais operações necessárias e suficientes para a construção de ponte sobre o Rio Xingu, na rodovia BR-230/PA. O Denunciante aponta a existências de cláusulas no Edital que poderiam, a seu ver, restringir o caráter competitivo do certame, por conter “requisitos de habilitação excessivamente rigorosos e específicos, tendentes a limitar o número de participantes e comprometer a vantajosidade” (Proposta de Deliberação do Relator, p. 19). A Unidade Técnica concordou coma excessividade das exigências do Edital, todavia, o Ministro-Relator discordou em todos os pontos, entendendo que as exigências não afetaram os princípios da competitividade e vantajosidade (Proposta de Deliberação do Relator, p. 23 a 26). O Plenário da Corte acompanhou o entendimento do Relator. Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

(original sem destaques).

FICHAMENTO DA DECISÃO Nº 14

ACÓRDÃO 1635/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Pedido de Reexame de julgamento de Representação.

Data da Sessão: 18 de julho de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Recursos - Serur.

Relatora: Weder de Oliveira.

Quórum: Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, José Múcio Monteiro, Ana Arraes (Relatora) e Vital do Rêgo. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

RESUMO: trata-se de Pedido de Reexame, interposto pelo Serviço Social da Indústria - Departamento Regional do Amazonas (Sesi/AM) e empresa vencedora de Concorrência, conduzida por aquela entidade - doravante denominada de Empresa “A” - contra decisão consignada no AC 1414/2017-Plenário (ver na Lista de Anexos). O Acórdão recorrido determinou a anulação do contrato celebrado entre a Empresa “A” e o Sesi/AM, ao julgar Representação, formulada por outra empresa licitante (doravante denominada de Representante). A Representação acusava a Comissão de Licitação de ter desclassificado a proposta da Representante do sobredito certame, por entendê-la inexecutável, sem que fosse dada oportunidade para que a empresa demonstrasse sua viabilidade. A proposta da Representante foi a melhor oferta da Concorrência. O Relator do Acórdão recorrido, em seu voto, afirmou que

“a jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que, antes de ser declarada a inexecutabilidade dos preços ofertados pelos licitantes, deve lhes ser facultada a possibilidade de comprovarem a executabilidade de suas propostas (v. g.: Acórdãos 3.092/2014 e 1.161/2014, do Plenário). [...] Na mesma linha, a Súmula nº 262 do TCU destaca que: ‘O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º,

alíneas 'a' e 'b', da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. Por essa linha, os gestores do Sesi/AM não deveriam ter promovido a desclassificação da respectiva proposta, diante da suposta inexequibilidade do referido item, já que deveria ter sido promovida a devida diligência junto à licitante para a eventual correção das falhas, desde que, obviamente, não fosse alterado o valor global proposto (Acórdão 1414/2017, p. 12, p. 10);

A Corte, ao decidir a Representação, acolheu inteiramente as razões do Relator e determinou que

determinar que, nas futuras licitações, o Sesi/AM faculte aos licitantes a oportunidade de apresentarem as suas justificativas em relação à possível desclassificação por proposta de preços considerada inexequível, em respeito aos princípios da indisponibilidade do interesse público, da competitividade na licitação, da economicidade, da razoabilidade e da busca pela proposta mais vantajosa para a administração e à jurisprudência do TCU (v. g.: Súmula nº 262 do TCU)” (Acórdão 1414/2017, p. 12).

Diante do fato da contratação com a Empresa “A” já estar em curso, a Corte determinou, no Acórdão recorrido

“a conversão da presente representação em processo de tomada de contas especial (TCE) [...] com o intuito de promover a reparação do erário em função dos danos já perpetrados na contratação [...] com valores acima da melhor proposta indevidamente desclassificada no certame” (Acórdão 1414/2017, p. 12). Além disso, o Plenário autorizou “a citação de todos os responsáveis pela prática da aludida irregularidade”. (Acórdão 1414/2017, p. 12).

A Corte do AC 1695/2018 (Decisão nº 14), ao julgar o Pedido de Reexame, decidiu manter a decisão do Acórdão recorrido.

(original sem destaques).

FICHAMENTO DA DECISÃO N° 15

ACÓRDÃO 1451/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 26 de junho de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no estado de Santa Catarina (Secex/SC).

Relator: Walton Alencar Rodrigues.

Quórum: Ministros presentes: Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Bruno Dantas e Vital do Rêgo. Ministros-Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU a respeito de irregularidades na condução do Pregão Eletrônico, realizado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), cujo objeto é o fornecimento de cadernos de provas e de cartões-respostas para ser utilizado em vestibulares, concursos, processos seletivos, bem como para atender, em caráter de urgência, o vestibular para o primeiro curso de medicina do Campus UFSC Araranguá. A Representante afirma ter sido desclassificada por não ter respondido, dentro de prazo exíguo, a questionamento feito pela pregoeira, via chat, durante sessão do certame, perguntando se a empresa licitante atendia aos requisitos de habilitação exigidos em Edital. A Representante destaca que a resposta a essa indagação já constava da declaração preenchida por todos os licitantes, por determinação do Decreto 5450/05 (Brasil, 2019b), na ocasião do cadastramento da proposta, feito antes da sessão pública, como condição de participação do certame. A desclassificação da Representante e outras licitantes, por essa mesma razão, ensejou a contratação de empresa (doravante denominada de Licitante B), cuja proposta era 127% maior que a da Representante. A discussão gira em torno de saber se as cláusulas do Edital que parecem sustentar a conduta da pregoeira teriam extrapolado os limites dos fins pretendidos pelas normas do

Decreto 5450/05 (Brasil, 2019b), que atribuem poderes ao pregoeiro para conduzir o certame¹²⁵. O Relator consigna que a Corte de Contas repudia “o excesso de formalismo e a falta de razoabilidade de decisões que, em nome da suposta celeridade do procedimento licitatório, atentam contra o dever de o agente público zelar para a seleção da proposta mais vantajosa para a administração”. (Voto do Relator, p. 19). A Corte decidiu concordar provisoriamente com os entendimentos da Representante e, como o pregão já havia sido homologado, determinou a suspensão cautelar de qualquer aquisição ou contratação decorrente dele, até o julgamento do mérito. O mérito deste caso foi julgado pelo Plenário do TCU, em 05 de setembro de 2018, por meio do Acórdão 2076/2018 (ver Decisão nº10), onde confirmou o entendimento consignado na presente decisão. Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

(original sem destaques).

¹²⁵ A exemplo do Art. 11, que estabelece:

Art. 11 Caberá ao pregoeiro, em especial:

I - coordenar o processo licitatório;

II - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração;

III - conduzir a sessão pública na internet;

FICHAMENTO DA DECISÃO N° 16

ACÓRDÃO 1287/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 06 de junho de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

Relator: Aroldo Cedraz.

Quórum: Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (na Presidência), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU, com proposta de medida cautelar, a respeito de supostas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico, promovido pelo TJDF, cujo objeto era a aquisição de sistema de circuito fechado de monitoramento de ambientes. Diversos pontos foram consignados pela Representante, mas o que interessa a esta pesquisa foi o que arguiu o “excessivo rigor” (Voto do Relator, p.8) do pregoeiro ao desclassificar sua proposta da disputa, apesar de ter apresentado a oferta mais vantajosa. A Administração afirma que a proposta da Representante trazia algumas especificações técnicas que divergiam das disponibilizadas pelo fabricante por meio de sítio da *web* informado pela própria empresa. Por isso a teria desclassificado. A Representante consigna que, ao encontrar informações divergentes, a Administração deveria “ter efetuado diligências, com supedâneo no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, até porque o edital do certame previa uma fase de avaliação técnica dos equipamentos propostos, na qual quaisquer dúvidas acerca do atendimento das especificações técnicas poderiam ser solucionadas (peça 1, p. 6)”. (Relatório, p. 3). O parecer da Unidade Técnica, acolhido pelo Relator, da conta de que de fato a proposta da Representante era de valor mais baixo, no entanto seria “irrisória a diferença entre a proposta da Representante – R\$ 6.018.143,00 – e a proposta negociada da empresa provisoriamente

classificada – R\$ 6.060.350,00 –, no montante de R\$ 42.207,00, correspondentes a, aproximadamente, 0,7% do valor daquela primeira proposta” (Relatório, p.5). O Relator entendeu que a conduta da Administração não caracterizaria “excessivo rigor”, pois, “considerando consistentes os elementos trazidos aos autos pela Selog, cumpre esclarecer que o desatendimento às regras do certame, às quais a Administração encontra-se estritamente vinculada, autorizou a desclassificação da representante, na forma promovida no caso concreto, restando improcedente a representação”. (Voto do Relator, p. 8/9. O TCU não atendeu o pleito da Representante e manteve o resultado da disputa. Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

(original sem destaques).

FICHAMENTO DA DECISÃO N° 17

ACÓRDÃO 1275/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 06 de junho de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria do Controle Externo no estado do Amazonas (Secex/AM).

Relator: Walton Alencar Rodrigues.

Quórum: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Ana Arraes e Bruno Dantas. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU, com proposta de medida cautelar, a respeito de supostas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico, da Fundação Universidade do Amazonas (FUA), para a prestação de serviços de vigilância armada. Diversos pontos foram arguidos pela representante, mas o que interessa a esta pesquisa foi o argumento relacionado ao fato de ter sido inabilitada a prosseguir na disputa, por falhas na documentação exigida no Edital, apesar de ter apresentado a proposta mais vantajosa. Em seu relatório, o Ministro Relator dá conta de que “na análise de mérito, a Secex/AM entendeu que a desclassificação da [Representante] não foi razoável, apesar das falhas em sua proposta, uma vez que o valor ofertado pela empresa foi 9,24% menor do que o valor proposto pela empresa declarada vencedora. Em homenagem ao princípio do formalismo moderado, a comissão de licitação deveria ter realizado a diligência prevista na Lei 8.666/1993”. (Voto do Relator, p. 9). Em seu voto, o Relator consigna que, “de fato, a [Representante] cometeu equívocos, passíveis de serem sanados mediante diligência, sendo injustificada sua desclassificação para contratação de proposta menos vantajosa. A realização da diligência prevista no §3º do art. 43 da Lei 8.666/1993 era dever da comissão de licitação, conforme remansosa jurisprudência deste Tribunal”. (Voto do Relator, p. 10). A Corte concordou com o pleito e determinou que o processo

licitatório retornasse a fase de habilitação para que a representante, após reparar suas falhas, fosse reinsertada na disputa. Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

(original sem destaques).

FICHAMENTO DECISÃO N° 18

ACÓRDÃO 1095/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 16 de maio de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná (Secex/PR).

Relatora: Augusto Nardes.

Quórum: Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes (Relator), Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU, apontando irregularidades em Concorrência, conduzida pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), cujo objeto era a contratação de serviços das obras de implantação e pavimentação na Rodovia BR-376/PR - Contorno Sul Metropolitano de Maringá/PR, com extensão de 32,3 km. A Representante foi inabilitada no certame, por não atender aos requisitos técnicos-operacionais. Ocorre que, na visão da Corte, a cláusula do Edital que teria sustentado a inabilitação da Representante é ambígua e a interpretação escolhida pelo DNIT é ilegal (vedação ao somatório de atestados de capacidade técnico-operacional), não justificando, portanto, a inabilitação da Representante. Apesar de já ter-se passado o prazo legal de impugnação da cláusula do Edital, a Unidade Técnica conclui que, diante da ambiguidade da regra editalícia, “não poderia a empresa inabilitada adivinhar qual interpretação seria dada pela comissão a ponto de se antecipar, impugnando ou pedindo esclarecimentos, portanto não há que se falar em preclusão” (Relatório, p. 15). A Unidade Técnica reforça seu entendimento transcrevendo trecho de julgado do STJ que diz que

“Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao Edital não é absoluto, de tal forma que impeça o Judiciário de

interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse pública em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração. (MS nº 5.418/DF, 1º S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998)” (Relatório, p. 15)

Os entendimentos da Unidade Técnica foram inteiramente acolhidos pelo Relator e Plenário (ver Voto do Relator, p. 21; e Acórdão p.23 e 24). A Corte determinou a anulação da inabilitação e retomada do certame, a partir da fase anterior aos referidos atos. Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

(original sem destaques).

FICHAMENTO DA DECISÃO N° 19

ACÓRDÃO 1086/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 16 de maio de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria do Controle Externo no estado do Mato Grosso (Secex/MT).

Relator: Augusto Sherman Cavalcanti.

Quórum: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator) e Marcos Bemquerer Costa. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU sobre possíveis irregularidades ocorridas no Conselho Regional de Medicina Veterinária de Mato Grosso (CRMV-MT), relacionadas a Pregão Presencial, cujo objeto eram serviços de administração de benefícios de vale-alimentação aos servidores do Conselho. Entre as irregularidades arguidas pela Representante está sua inabilitação, promovida pelo pregoeiro. A autora da representação sagrou-se vencedora após sorteio, que visou solucionar desempate com outra licitante. A licitante derrotada no sorteio (doravante denominada de Licitante B) alertou ao pregoeiro que a certidão do Registro no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) da Representante não estava autenticada. O pregoeiro constatou que, de fato, a mencionada certidão não estava autenticada. Entretanto, buscando atender à regra jurisprudencial que entende como obrigatória a diligência da parte inicial do §3º, do Art 43, da Lei 8666/93 (Brasil, 2019g), o pregoeiro realizou diligências no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho (MTb), com a intenção de verificar a autenticidade da certidão do PAT. Entretanto, por dificuldades na conexão, não obteve sucesso. O pregoeiro então inabilitou a Representante prosseguiu com certame, convocando a empresa perdedora do

sorteio, a Licitante B. A Representante pediu prazo de recurso, mas lhe foi negado. Entretanto, o Pregão foi anulado pela CRMV-MT, por razões que não foram explicadas no acórdão. A Unidade Técnica afirmou que a anulação do certame poderia “até impedir a consumação dos efeitos negativos do pregão, mas não descaracteriza irregularidade cometida pelo pregoeiro” (Relatório, p. 6). Neste sentido, aquela unidade entendeu que o pregoeiro deveria ter buscado outros meios para reparar a falha da licitante, antes de inabilitá-la, e propôs multa como medida sancionatória – “O [pregoeiro] não conseguiu justificar o excesso de formalismo no tocante à apresentação da certidão do PAT pela empresa Representante. Diante disso, propõe-se [a Secex/MT propõe] rejeitar as razões de justificativa apresentadas por esse gestor sobre a inabilitação da [Representante] durante a execução do Pregão Presencial 3/2017/CRMV-MT e aplicar-lhe a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992”. (Relatório, p.6)”. A respeito da proposta de penalização, o Relator (Voto do Relator, p. 16) consigna que o prazo do recurso – negado pelo pregoeiro - “não poderia ter sido usado para emitir nova certidão” por conta “da previsão constante do § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993, a qual veda expressamente a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. Por outro [lado], seria possível que o recorrente [a Representante] utilizasse o prazo do recurso para validar no site do MTb a certidão apresentada” (Voto do Relator,

p. 16). O Relator afirma “que as falhas existiram. No entanto, cotejando os argumentos da justificativa do [pregoeiro] (peça 46), tenho dúvidas sobre o grau de reprovabilidade de sua conduta, tendo em vista as tentativas do pregoeiro em confirmar a informação da proposta da [Representante] no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho, possivelmente infrutíferas em decorrência dos problemas de acesso à internet, mencionados em outros trechos dos autos”. (Voto, p.16). Por fim, a Corte decide “rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo [pregoeiro], e, excepcionalmente, deixar de aplicar a multa cominada no art. 58 da Lei 8.443/1992” (Acórdão, p.17). (original sem destaques)

FICHAMENTO DECISÃO Nº 20

ACÓRDÃO 897/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação com pedido de cautelar.

Data da Sessão: 25 de abril de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (SEFTI).

Relatora: Augusto Sherman Cavalcanti.

Quórum: Raimundo Carreiro (Presidente), Aroldo Cedraz e José Múcio Monteiro. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator), Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU, apontando irregularidades na Seleção Pública 16/2018, da Fundação de Empreendimentos Científicos e Tecnológicos (Finatec), cujo objeto é a contratação de licenças de software e infraestrutura de TI. A proposta da Representante foi desclassificada por não ter ido acompanhada do código fonte e manuais o que, segundo a Finatec, contrariaria o item 6.2 do Edital. Todavia, no entendimento do Relator, “a leitura do edital conjugada com a do anexo I (Termo de Referência) não permite concluir que código fonte e manuais deveriam ter sido entregues durante o certame”, mas sim na fase da execução contratual. (Voto do Relator, p. 12). Portanto, injustificada a desclassificação da Representante, no entendimento do Relator. Entretanto, ainda que estivesse correto o entendimento da Finatec, quanto à exigência do item 6.2, isso não justificaria a desclassificação da Representante sem que lhe fosse dada a oportunidade de reparação das falhas, nas palavras do Relator,

“ao contrário do afirmado pela comissão, a diligência para sanear dúvidas sobre as propostas apresentadas não é uma mera faculdade. Segundo remansosa jurisprudência deste Tribunal, não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes”. (Voto do Relator, p. 12)

Diante do exposto e verificando a presença dos pressupostos legais, o Relator determinou a suspensão cautelar dos atos decorrentes do certame, até a deliberação definitiva da Corte. O Plenário referendou a decisão do Relator. Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

(original sem destaques).

Observações:

1) A Expressão de Busca (EB) que levou a detecção da presente Decisão foi “formalismo moderado”, com ocorrência no Parecer da Unidade Técnica – reproduzido no Relatório, da Decisão. Entretanto, como as colocações da Unidade Técnica não foram acolhidas, de maneira expressa, como “razões de decidir”, nem pelo Relator, nem pelo Plenário, as referidas passagens não foram acima mencionadas. No entanto, para conhecimento, seguem:

“51. Ainda que comandos legais (como ocorre no caso do § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993) ou editalícios (como ocorre nos itens 6.4, 8.12 e 15.6 do edital do certame em análise) pudessem conduzir ao entendimento de que exista apenas a possibilidade ou faculdade de realização de diligência pela Administração, para o esclarecimento de dúvidas ou omissões em informações prestadas por licitantes ou terceiros, a doutrina e a jurisprudência do TCU têm-se pautado pelo entendimento de que esse é um poder-dever da Administração.

[...]

53. As razões maiores para essa forma de visualizar a questão decorrem dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, da economicidade e do formalismo moderado. Em síntese, o que se verifica na jurisprudência é que, existindo lacunas, omissões ou falhas formais no conjunto das informações prestadas, cabe à Administração realizar as necessárias diligências, mesmo que isso resulte na inclusão de informação complementar às existentes no processo licitatório, tudo com vistas a ampliar a participação e possibilitar a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração”. (Relatório, p. 7). Original sem destaques.

2) A decisão definitiva foi prolatada pelo Acórdão 1745/2018, de 01 AGO 18, que confirmou o posicionamento da presente Decisão. O Acórdão 1745/2018 não foi detectado por não conter nenhuma das Expressões de Buscas (EB) utilizadas.

FICHAMENTO DECISÃO Nº 21

ACÓRDÃO 830/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 18 de abril de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Amazonas (Secex-AM).

Relatora: André Luís de Carvalho.

Quórum: Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Aroldo Cedraz e José Múcio Monteiro. Ministros-Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho (Relator) e Weder de Oliveira.

RESUMO: trata-se do julgamento de mérito (decida cautelarmente por meio do AC 226/2018 - Plenário), relativa à representação formulada pela Secex-AM, a partir de manifestação da Ouvidoria do TCU, sobre possíveis irregularidades no certame conduzido no Regime Diferenciado de Contratação (RDC), na forma eletrônica, pela Fundação Universidade do Amazonas, destinado à construção do Bloco 4 do Instituto de Ciências Sociais, Educação e Zootecnia – ICSEZ/UFAM, no Município de Parintins – AM. A irregularidade estaria configurada pela desclassificação de licitante que ofereceu proposta de menor preço, por conta de “erro em item não essencial, com diminuto valor, representando apenas 0,24% do total da proposta, na referida licitação em regime de empreitada por preço global, desconsiderando o entendimento do TCU no sentido de que a mera existência de erros materiais ou de omissões nas planilhas de custos e de preços das licitantes não ensejaria necessariamente a antecipada desclassificação das respectivas propostas” (Voto do Relator, p. 8). Neste mesmo sentido, a Unidade Técnica consignou entendimentos, reforçados com Decisões anteriores da Corte, que foram expressamente incorporadas às razões de decidir do Ministro-Relator, por sua vez, acolhidas pelo Plenário (ver Voto do Relator, p. 8; e Acórdão, p. 10). A saber:

“23 [...] o valor é tão insignificante que pode ser considerado erro material sanável, desde que o erro fosse suportado pela licitante,

sem majoração do preço global apresentado. Esse é o entendimento do TCU, conforme os Acórdãos:

2546/2015-TCU-Plenário-Rel. Min. André de Carvalho: A existência de erros materiais ou de omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratante realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto. Cabe à licitante suportar o ônus decorrente do seu erro, no caso de a Administração considerar exequível a proposta apresentada.

1811/2014-Plenário-Rel. Min. Augusto Sherman: Não restando configurada a lesão à obtenção da melhor proposta, não se configura a nulidade do ato. Erro no preenchimento da planilha de formação de preço do licitante não constitui motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado.

187/2014-Plenário-Rel. Min. Valmir Campelo: É possível o aproveitamento de propostas com erros materiais sanáveis, que não prejudicam o teor das ofertas, uma vez que isso não se mostra danoso ao interesse público ou aos princípios da isonomia e da razoabilidade.

24. O referido parecer (peça 6) não apresenta outro motivo para a ratificação da desclassificação, assim, houve um excesso de formalismo por parte da comissão de licitação". (Relatório, p. 3 e 4)

O Plenário da Corte acolheu inteiramente as razões do Relator e determinou que a Fundação Universidade do Amazonas “adote as medidas cabíveis para a anulação da suscitada desclassificação” e “a consequente nulidade de todos os atos subsequentes, promovendo o retorno do certame à etapa de julgamento, para a reanálise das propostas de todas as licitantes, em plena sintonia com o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública”. (Acórdão, p. 10). Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes

(original sem destaques).

FICHAMENTO DECISÃO Nº 22

ACÓRDÃO 728/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação com pedido de cautelar.

Data da Sessão: 04 de abril de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Pará (Secex-PA).

Relatora: Augusto Sherman Cavalcanti.

Quórum: Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler e Bruno Dantas. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator), Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU sobre irregularidades no certame conduzido no Regime Diferenciado de Contratação (RDC), na forma presencial, pela Prefeitura Municipal de Curuçá/PA, destinado à contratação de serviços técnicos especializados de engenharia para elaboração de projetos e execução das obras referentes à reconstrução da orla da localidade do Abade, valendo-se de recursos do Ministério da Integração Nacional. A irregularidade estaria configurada pela desclassificação da Representante “apenas em função de haver equivocadamente indicado a expressão engenheiro eletricitista, no lugar de engenheiro civil, quando da elaboração de sua Planilha de Composição de Preços Unitários” (Voto do Relator, p. 7). Sobre esse ponto, a Unidade Técnica, cujo parecer foi incorporado ao relatório e às razões de decidir do Relator que, por sua vez, foi acolhido inteiramente pela Corte (ver p. 8, do Voto do Relator; e p. 9, do Acórdão), concluiu que “em relação à ocorrência de troca de engenheiro ‘civil’ por ‘eletricista’, no entanto, a decisão após o recurso [administrativo, interposto pela Representante, contra o ato de desclassificação] foi de mantê-la como motivo para desclassificação da empresa, desconsiderando, segundo entende a representante, o aspecto de tratar-se de vício sanável, à luz do art. 24, *caput* e inc. I, , da Lei 12.462/2011” (Relatório, p.2). A proposta da Representante, segundo o Relator, era “significativamente

mais vantajosa para a Administração Pública em pouco mais de R\$ 3 milhões” (Voto do Relator, p. 7). O Relator entendeu que a conduta da equipe de licitação – desclassificação da Representante – configurou “excesso de formalismo, deixando-se de atentar para a necessidade de promover diligências para o saneamento de eventuais falhas” (Voto do Relator, p. 7). Neste sentido, o Relator determinou cautelarmente à Prefeitura que se abstinhasse de “dar continuidade aos procedimentos referentes ao RDC Presencial 001/2018-Semout/PMC e dos atos ou contratos dele decorrentes, até que o Tribunal delibere definitivamente sobre a matéria” (Relatório, p. 4). A Corte acompanhou inteiramente as razões do Relator, referendando sua decisão cautelar. Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

(original sem destaques).

Observação:

3) A decisão definitiva foi prolatada pelo Acórdão 2361/2018-Plenário (ver Lista de Anexos), de 10 OUT 18, que confirmou o posicionamento da presente Decisão. O AC 2361/18 não foi detectado pela Expressão de Busca (EB) utilizada nesta pesquisa.

FICHAMENTO DA DECISÃO N° 25

ACÓRDÃO 581/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 21 de março de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraEletrica).

Relator: Aroldo Cedraz.

Quórum: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU sobre irregularidades ocorridas em Concorrência, conduzida, em 2017, pela Eletronorte, cujo objeto é a contratação de serviços técnicos de consultoria, na área de engenharia, em empreendimentos pertencentes ao Sistema de Transmissão de Energia Elétrica do Estado do Pará. Segundo o Relator, a Eletronorte afirma que as Certidões de Acervos Técnicos (CAT), apresentadas pela Representante, não demonstraram a experiência da empresa com a elaboração de especificações técnicas de equipamentos de manobra de subestações, o que não atenderia exigência editalícia, disposta no item “12.2.3 do Edital da Concorrência CC 012-7-0044 (peça 3, p. 23)” (Voto do Relator, p. 22). A não aceitação das relativas CATs faria com que a Representante deixasse de obter quinze pontos, colocando-a em desvantagem em relação aos demais licitantes, perdendo a disputa. “Contudo [continua o Relator], a representante conseguiu a nota máxima no item 12.2.3 B.4 (peça 7, p. 142) do edital da concorrência CC-012-2-0206 (certame realizado em 2012), conforme o relatório de análise da proposta técnica (peça 7, p. 131-147). Note-se que a redação do item 12.2.3, B.4 da CC 012-2-0206 é idêntica à do item 12.2.3, B, d, da CC 012-7-0044 (peça 3, p. 23), objeto da presente representação. Ou seja, os mesmos atestados apresentados

pontuaram em 2012 e não pontuaram em 2017”. (Voto do Relator, p. 23). O Relator conclui seu voto dizendo que

“34. A comprovação do conhecimento do objeto pela empresa diz respeito à sua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível, em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação fundamento deste processo. Uma vez tendo sido admitidos os atestados em situação análoga à atual, para comprovar a capacidade operacional da representante, não pode a comissão, dessa vez, reprová-los a partir de critérios de caráter meramente formal, desconsiderando sua experiência anterior. De outro modo, inalterado o requisito de capacidade técnica exigido em certame anterior, ferre o princípio da isonomia e do julgamento objetivo a recusa, em novo processo licitatório, dos mesmos documentos outrora aceitos para o cumprimento daquele requisito, salvo se acompanhada de adequada motivação”. (Voto do Relator, p. 23).

O Plenário acompanhou inteiramente o posicionamento do Relator, e determinou que fosse anulada a fase de julgamento das propostas técnicas das licitantes, e refeita a contagem dos pontos. Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

(original sem destaques).

Observações:

Este pesquisador esquadrinhou toda a decisão em busca de saber quais teriam sido os “critérios de caráter meramente formal” – referidos pelo Relator - que teriam levado à Eletronorte a não conceder os quinze pontos da Representante, na Concorrência de 2017. Esse ponto chamou a atenção, pois o próprio Relator (no voto) e a Unidade Técnica (no Relatório) afirmam que a Eletronorte não teria concedido os sobreditos pontos à Representante, pois as CATs apresentadas por ela “não demonstraram a experiência da empresa com a elaboração de especificações técnicas de equipamentos de manobra de subestações, o que não atenderia exigência editalícia disposta no item 12.2.3 do Edital da Concorrência CC 012-7-0044 (peça 3, p. 23)”. Onde estaria a tal formalidade? Isso não ficou claro.

FICHAMENO DA DECISÃO N° 26

ACÓRDÃO 416/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 06 de março de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

Relator: José Múcio Monteiro.

Quórum: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, José Múcio Monteiro (Relator) e Ana Arraes. Ministros- Substitutos convocados: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira. Ministro- Substituto presente: Augusto Sherman Cavalcanti.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU, com proposta de medida cautelar, a respeito de supostas irregularidades na condução de Pregão Eletrônico, por parte do Banco do Brasil (BB), cujo objeto é a contratação de serviços de gerenciamento, operação e manutenção da infraestrutura dos prédios administrativos, em São Paulo. A Representante alega rigor excessivo por parte do Centro de Serviços-Licitações, do Banco do Brasil, em São Paulo (Cesup/SP), pois, em que pese ter apresentado a proposta de menor valor, foi desclassificada por descumprimento do Edital em razão de falhas que poderiam ter sido reparadas, à luz da primeira parte do Art 43, §3º, da Lei 8666/93. Foram duas as falhas. Uma constituía-se na apresentação de valores da Lista de Preços Unitários (LPU) acima do que foi estabelecido pelo Edital. Tal lista corresponde aos insumos passíveis de serem utilizados pela empresa, no decorrer da prestação de serviços (lâmpadas, reatores, fiação, componentes de ar-condicionado, etc). A outra falha foi que a proposta da Representante não teria incluído o adicional de periculosidade aos eletricitários (30% sobre a remuneração

dos trabalhadores que se expõe à energia elétrica no seu exercício profissional). A inclusão do sobredito adicional aumentaria o valor global da proposta da Representante, mas, ainda assim, esta seria 7% menor que a empresa que foi declarada vencedora, após sua desclassificação. No entanto, quanto aos

itens majorados da LPU, caso não fossem ajustados para dentro dos limites estabelecidos pelo Edital, haveria o risco de que, na execução contratual, as despesas fossem maiores que as da empresa declarada vencedora, a depender dos itens que viessem a ser utilizados na prestação dos serviços. O Relator entendeu que “foi correta a desclassificação da [Representante], pois os valores constantes da Lista de Preços Unitários (LPU) apresentados pela representante continham variações significativas em relação aos orçados pelo banco. Além disso, haveria a necessidade de efetuar novos ajustes na proposta da empresa para incluir o adicional de periculosidade (30% sobre a remuneração dos profissionais em serviços com eletricidade)” (Voto do Relator, p. 6). Complementa dizendo que “com base no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, aplicável subsidiariamente aos pregões (art. 9º da Lei 10.520/2002), a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de ser possível, em qualquer fase do certame, a realização de diligências para que se esclareça ou complemente a instrução do processo licitatório, vedada a inclusão de documento ou informação que deveria integrar a proposta original. Não se aceita, ademais, que os complementos se prestem à reformulação da proposta (Voto do Relator, p. 6). E conclui dizendo que “a despeito de prevalecer, nesta Corte, o entendimento de que deve ser evitado o formalismo exagerado quanto aos elementos exigidos para a participação em licitações, é necessário ressaltar que isso se aplica às falhas de caráter formal, de fácil correção, ou a esclarecimentos sobre lacunas, incoerências ou obscuridades nas informações presentes nas propostas. Não é o caso destes autos”. (Voto do Relator, p. 6). Complementa afirmando que “as desconformidades existentes na planilha apresentada pela empresa eram bastante relevantes, e faziam com que a proposta da representante ultrapassasse o valor oferecido pela [empresa], ao final vencedora do certame¹²⁶” (Voto do Relator, p. 6). E por fim afirma que “não se tratou, portanto, como aventado quando da expedição da cautelar, de medida (a desclassificação da [representante]) de rigor excessivo. Portanto, agiu corretamente o banco ao excluir a empresa do certame, sendo adequado, por consequência, revogar a cautelar adotada e, no mérito, considerar improcedente a representação”. (Voto do Relator, p. 6). Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes. Original sem destaques.

¹²⁶ Atenção. Tudo indica que neste trecho, a partir das colocações anteriores do seu próprio voto e consignações do relatório, o Relator quis se referir à possibilidade de que, na execução contratual, a depender dos itens da LPU que fossem utilizados, as despesas com a Representante superariam as da empresa declarada vencedora. Todavia, é importante destacar que isso só ocorreria se a contratação ocorresse sem que os preços da LPU fossem ajustados mediante diligências e negociações.

FICHAMENTO DECISÃO Nº 28

ACÓRDÃO 208/2018 – PLENÁRIO

Natureza do Processo: Representação.

Data da Sessão: 07 de fevereiro de 2018.

Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação).

Relator: Bruno Dantas.

Quórum: Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, Bruno Dantas (Relator) e Vital do Rêgo. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e André Luís de Carvalho. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

RESUMO: empresa licitante representa ao TCU sobre irregularidades ocorridas em Pregão Eletrônico, conduzido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), cujo objeto é a contratação de serviços de disponibilização, instalação, operação e manutenção de equipamentos eletrônicos de controle de tráfego nas rodovias federais. A Representante, segundo o Relator, teria apresentado a melhor proposta para os lotes 4 e 16, mas foi desclassificada do certame pelo descumprimento de exigência não prevista nas regras do certame, quanto à documentação a ser enviada ao Pregoeiro. O Edital, em função de limitações do Sistema, limitou o tamanho de cada arquivo a ser enviado em 50 MB. No entanto, segundo o Relator, o edital previa que “caso a licitante convocada tente enviar o arquivo e este supere os 50 MB e não consiga fazer o *upload*, é recomendável que haja a comunicação pelo chat, dentro do prazo de 4 (quatro) horas da convocação, para que o pregoeiro reabra o anexo, quantas vezes necessário, desde que dentro do prazo, para a licitante encaminhar o restante da documentação” (Voto do Relator, p. 10). Ocorre que a Representante, ao comunicar ao pregoeiro, via *chat*, a necessidade de reabrir o anexo, o agente respondeu que a Representante teria “somente uma chance de anexar os documentos” (Voto do Relator, p. 10) e recomendou que fosse

“tudo em um arquivo único, zipado” (Voto do Relator, p. 10). Como isso não foi possível, a Representante foi desclassificada. Isto, posto, o Relator conclui que, “apesar da recomendação do pregoeiro, não havia, formalmente, qualquer vedação a que os documentos de habilitação e proposta fossem encaminhados em vários arquivos” (Voto do Relator, p. 10). E complementa, parecendo afirmar que, ainda que estivesse previsto em edital que o arquivo só pudesse ser remetido uma única vez, isso seria uma “medida de extremo rigor” (Voto do Relator, p. 10), “considerando que a limitação decorre de características técnicas do sistema, e não de uma exigência que poderia influenciar o resultado ou a competitividade do certame” (Voto do Relator, p. 10). O Plenário acolheu inteiramente as conclusões do Relator e determinou que o DNIT anulasse o ato que desclassificou a proposta da Representante. Nenhuma menção à possibilidade de sanção de agentes.

(original sem destaques).