

PREFÁCIO:
Min. Benjamin Zylber

A ATIVIDADE DE
**Planejamento e
Análise de Mercado**
nas Contratações Governamentais

LUIZ CLAUDIO DE AZEVEDO CHAVES

*Estudo prático sobre a atividade de
pesquisa de preços nas licitações,
dispensa e inexigibilidade da
Administração Pública e do Sistema 'S'.*

 **JML**
— EDITORA —

LUIZ CLAUDIO DE AZEVEDO CHAVES

A ATIVIDADE DE

Planejamento e Análise de Mercado

nas Contratações Governamentais

*Estudo prático sobre a atividade de
pesquisa de preços nas licitações,
dispensa e inexigibilidade da
Administração Pública e do
Sistema 'S'.*

Curitiba
2018



EDITORA JML

Rua Mandaguaçu, 534 - Sobre Loja, Bairro Emiliano Pernetá,
Pinhais - PR.

CEP: 83324-430

Central de Relacionamento JML: (41) 3595.9999

Fax: (41) 3595.9998

Portal: www.jmleventos.com.br

REVISÃO

Ana Rapha Nunes

Mônica Scherr

PROJETO GRÁFICO & DIAGRAMAÇÃO

Studio Bild Design & Fotografia

Marcela Grassi Mendes de Faria

Prefixo Editorial: 93826

Número ISBN: 978-85-93826-01-6

Título: A atividade de planejamento e análise de mercado nas contratações governamentais: estudo prático sobre a atividade de pesquisa de preços nas licitações, dispensa e inexigibilidade da Administração Pública e do Sistema "S"

Tipo de Suporte: E-book

Formato Ebook: PDF

Copyright© Luiz Claudio de Azevedo Chaves

Luiz Cláudio de Azevedo Chaves
é especialista em Direito
Administrativo, professor da
Escola Nacional de Serviços
Urbanos-ENSUR e da Escola de
Administração Judiciária-ESAJ/
TJRJ; professor convidado da
Fundação Getúlio Vargas e da
PUC-Rio. Autor das obras Curso
Prático de Licitações – Os Segredos
da Lei nº 8.666/93, Lumen Juris;
e Licitação Pública – Compra
e Venda Governamental para
Leigos, Alta Books. Ministra
regularmente, em âmbito
nacional, o curso Análise de
mercado para planejamento das
contratações públicas – Pesquisa
de preços nas licitações, dispensa e
inexigibilidade.

*Dedico o esforço e o resultado
deste trabalho à Keila, esposa
dedicada e companheira de
todas as horas, pelo carinho,
compreensão e apoio que me
permitiram ter tranquilidade
para desenvolver esta obra;*

*Às minhas, Mariana, Luiza
(in memoriam), Laura e
Luana, filhas maravilhosas, e
Paulo Victor, meu primeiro
netinho, que me servem
de inspiração para que eu
permaneça em constante
aprimoramento e lhes sirva
de bom exemplo para sua
formação.*

Agradecimento Especial

Ao Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres, Presidente da 27ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a quem tive a honra de assessorá-lo e o grande privilégio de, dele, torna-me um amigo pessoal, pelo exemplo de profissional íntegro e magistrado justo, bem como pelo incentivo e compreensão por minhas eventuais ausências para quer esta obra pudesse ser desenvolvida.

■ PREFÁCIO

Min. Benjamin Zymler

É sempre um prazer tecer comentários sobre uma obra que nos fala tão proximamente. É este o caso, em que o autor Luiz Cláudio Chaves convida-nos a refletir sobre um tema fundamental no contexto que envolve os contratos celebrados no âmbito da administração pública.

Com efeito, a análise de mercado para planejamento das contratações públicas ocupa posição estratégica e de enorme importância no ciclo da contratação, uma vez que uma adequada pesquisa de preços em um processo de licitação está diretamente relacionada à observância do princípio da eficiência. A atuação eficiente passou a ser um dever do gestor público constitucionalmente atribuído. Imbuído desse desiderato, o gestor deve promover um bom nível de governança em sua organização, inclusive e especialmente no que concerne ao planejamento de suas ações, maximizando resultados e minimizando deficiências.

No caso brasileiro, a relevância do planejamento foi ressaltada pelo art. 6º, inciso I, do Decreto-Lei 200/1967, que o elegeu como um dos princípios fundamentais das atividades da administração. Posteriormente, o dever de o administrador público planejar suas ações foi realçado pela Emenda Constitucional 19/1998, que constitucionalizou o princípio da eficiência.

Por outro lado, há muito tempo, o Tribunal de Contas da União tem apontado que uma das causas mais frequentes dos problemas verificados na execução dos contratos administrativos, que respondem por uma parcela significativa dos gastos públicos, reside na ausência de um planejamento eficaz.

Na esteira desse raciocínio, ganha destaque a expressão “governança das aquisições”, que corresponde à administração dos recursos com vistas à consecução do interesse público no bojo das aquisições feitas pela administração.

Visando reduzir o desperdício de recursos, a administração pública tem editado normas, dentre as quais se destaca a Instrução Normativa 5/2017, que registra um conjunto de boas práticas que, caso sejam implementadas, devem propiciar o aumento da eficiência e da eficácia das contratações realizadas pelo poder

público. A relevância do planejamento para o sucesso das contratações públicas ensejou, aliás, a inserção na norma em tela de um capítulo dedicado a esse tema.

A presente obra, cuidadosamente produzida como fruto da experiência profissional e do estudo do autor, colabora para esse entendimento ao demonstrar a importância das atividades de planejar e de pesquisar preços em licitações públicas, bem como de justificar o valor das contratações governamentais.

Os capítulos que integram o trabalho ora apresentado dedicam-se ao exame de diversos aspectos que envolvem a pesquisa e a justificativa de preço, atividades que constituem uma importante etapa da chamada fase interna da contratação.

Ao abordar de forma pragmática os cuidados de que o gestor público deve cercar-se para obter valores que, efetivamente, correspondam aos preços que reflitam as condições de compra que a administração pretende, o autor revela sua preocupação em evitar falhas usualmente praticadas na fixação de preços referenciais nos processos de contratação.

O trabalho se destaca também por conjugar lições doutrinárias à legislação e à jurisprudência, método que privilegia a abrangência de conteúdo e a apreensão da matéria.

É com alegria, portanto, que prefacio uma obra que, com excelência técnica e, ao mesmo tempo, com perfil didático, caracteriza-se como referência para todos que vivenciam o universo das contratações. Mais ainda porque constitui novo e relevante acréscimo ao substancial trabalho acadêmico do professor Luiz Cláudio Chaves, administrativista de destaque no cenário jurídico nacional.

Benjamin Zymler

Ministro do Tribunal de Contas da União

■ Nota do Autor

Nos últimos anos, a Administração Pública vem passando por um processo de modernização bastante significativo, no qual as práticas autoritárias e desprovidas de fundamentação começam a ser questionadas pelos órgãos de controle. Aliás, o próprio controle — para falar do Tribunal de Contas da União — também abriu seus olhos para uma forma que permite antecipar e prevenir as falhas que usualmente os gestores públicos cometem no campo das contratações governamentais. Tem-se procurado incentivar os órgãos e entidades submetidas ao seu controle a implementar sistemas de controles internos, de gerenciamento de riscos e de Governança e *compliance*.

Atento a isso, e tendo em vista a recente entrada em vigor da Instrução Normativa 05/2017/MPDG, que inaugurou um novo marco para o planejamento das contratações de serviços, me vi forçado a apresentar um estudo um pouco mais detalhado sobre essa fase da contratação, com enfoque especial na atividade que considero a mais estratégica do ciclo da contratação: a pesquisa de preços.

Desde a entrada em vigor da Lei no. 8.666/93 se discute a etapa da fase interna do processo de contratação relativa à pesquisa de preços. Por absoluta falta de normativos, permaneceu ao alvedrio dos agentes públicos (Gestores, agentes de compras e até Assessores Jurídicos), a escolha da metodologia a ser seguida para a obtenção do valor de referência da contratação. Consequência disso é que ante

à falta de uniformização de procedimentos, não raro esta atividade era desenvolvida com deficiência que atraía preços referenciais afastados da realidade do mercado, tanto para mais, como para menos. Se o valor referencial era estabelecido acima do mercado, o prejuízo se revelava pela obtenção de propostas não vantajosas; se abaixo, provocava o resultado deserto ou fracassado da licitação.

Importante reconhecer que tal atividade guarda enorme relevância estratégica na administração orçamentária do órgão, pois, uma pesquisa de preços deficiente abrirá espaço para contratações superfaturadas, ou mesmo inviabilizará o projeto, caso o valor encontrado esteja aquém da realidade do mercado. É preciso reconhecer que essa atividade é altamente complexa a exigir preparo adequado dos agentes públicos. Mesmo agora, diante das disposições da Instrução Normativa, 04/2014/MP, ainda carece de orientação o aplicador da norma, quanto aos métodos que podem ser adotados para o fim de obter o correto planejamento financeiro da contratação.

No Capítulo 22, contei com o precuciente auxílio do Prof. Joandyr Pintas, estatístico de formação e com enorme experiência nas esferas pública e privada, a quem tenho o privilégio de chamar de amigo. Seu conhecimento técnico e clareza didática permitiu que pudéssemos tratar do método matemático para aplicação de critérios de dispersão no tratamento dos vários preços coletados, a fim de evitar que o resultado da estimativa de preços seja contaminado por valores muito acima ou muito abaixo da concentração da

média. A despeito da aridez do tema, o Prof. Joandyr Pintas traz esclarecimentos com extrema simplicidade e didatismo, contribuindo enormemente para o fechamento desta obra.

Espero que estas linhas possam caracterizar mais uma boa contribuição para o dia a dia dos setores de compras e licitações.

O AUTOR

■ SUMÁRIO

TÍTULO I – GENERALIDADES ACERCA DO PROCEDIMENTO DA CONTRATAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 19

| | |
|--|----|
| Capítulo 1 – Dever constitucional de licitar | 19 |
| Capítulo 2 – As exceções ao dever geral de licitar..... | 21 |
| 2.1 Licitação Dispensável..... | 22 |
| 2.1.1 A influência da atividade de pesquisa de preços nos principais casos de licitação dispensável..... | 24 |
| 2.2. Licitação Inexigível | 30 |
| 2.2.1 A influência da atividade de pesquisa de preços nos principais casos de licitação inexigível..... | 31 |
| Capítulo 3 - O planejamento da contratação | 34 |
| 3.1 - Cultura organizacional e visão sistêmica do processo de contratação | 38 |
| 3.2 - Boas práticas de contratação..... | 43 |
| 3.3 - Principais fases e atividades do processo de contratação..... | 46 |
| Capítulo 4 - Documentos de Planejamento da Contratação..... | 54 |
| 4.1 - Do Projeto Básico | 56 |
| 4.2 - Do Termo de Referência | 59 |
| 4.3 - Do documento de referência nas contratações diretas..... | 61 |
| 4.4 - Do sistema instituído na Lei 12.462/2011 - RDC.. | 64 |
| 4.5 - Do Projeto Executivo | 65 |

| | |
|---|-----|
| 4.5.1 – Características do Projeto Executivo | 68 |
| 4.6 - Competência para elaborar os documentos de referência e as minutas de edital de licitação | 72 |
| Capítulo 5 – As orientações da IN 05/2017/MPDG para procedimentos e distribuição das competências na fase de planejamento da licitação..... | 74 |
| 5.1 – Dos estudos preliminares segundo a IN 05/2017/MPDG | 80 |
| 5.2 - Do Gerenciamento de Riscos | 88 |
| Capítulo 6 – Princípios aplicáveis ao planejamento das contratações | 97 |
| 6.1 – Legalidade..... | 100 |
| 6.2 – Eficiência..... | 102 |
| 6.3 – Razoabilidade | 108 |
| 6.4 – Economicidade..... | 110 |
| 6.5 – Indisponibilidade do Interesse Público..... | 113 |

TÍTULO II – A ATIVIDADE DE ANÁLISE DE MERCADO.....117

| | |
|--|-----|
| Capítulo 7 – Introdução à situação-problema: a cultura equivocada das “três cotações” | 117 |
| Capítulo 8 – Funções da Pesquisa de Preços | 125 |
| Capítulo 9. Consequências para a Administração da ausência da Pesquisa de Preços..... | 154 |
| Capítulo 10 - Valor de Referência e Valor Máximo da Contratação: conceitos e distinção..... | 158 |
| Capítulo 11 - As licitações de outros órgãos como fonte de dados na pesquisa de preços das aquisições públicas ... | 169 |

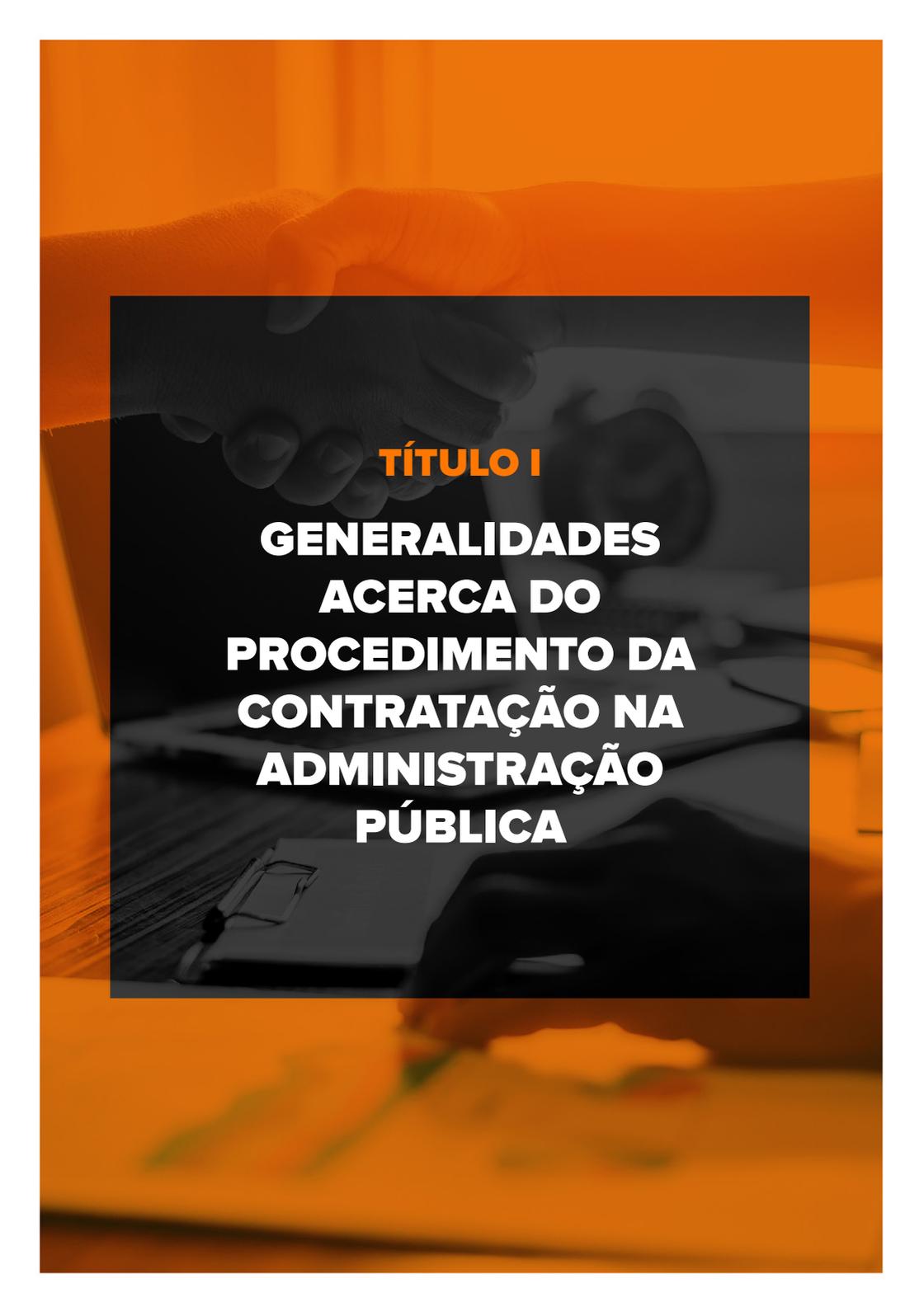
| | |
|--|-----|
| Capítulo 12 – As atas de Registro de Preços como fonte de consulta de dados na pesquisa de preços das aquisições públicas | 176 |
| Capítulo 13 – Preços Obtidos em consulta a sítios na Internet | 182 |
| Capítulo 14 – A pesquisa de preços nos serviços terceirizados | 187 |
| Capítulo 15 – A fixação dos salários a serem pagos aos empregados terceirizados como critério de aceitabilidade de propostas nas licitações para serviços continuados | 196 |
| Capítulo 16 – A pesquisa de preços na prorrogação de contratos de natureza continuada, com mão de obra dedicada e com pisos salariais fixados acima do piso mínimo da categoria..... | 212 |
| Capítulo 17 – A justificativa de preços na contratação com fundamento na exclusividade de fornecimento..... | 222 |
| 17.1 – A justificativa de preços na inexigibilidade por exclusividade absoluta..... | 231 |
| 17.2 – A justificativa de preços na inexigibilidade por exclusividade relativa..... | 233 |
| Capítulo 18 – A justificativa de preços na inexigibilidade de licitação para contratação de serviços singulares e profissionais do setor artístico..... | 235 |
| Capítulo 19 – A justificativa de preços nas hipóteses de dispensa de licitação..... | 243 |
| Capítulo 20 – A consulta de balcão (in loco) e por meio telefônico | 246 |
| Capítulo 21 – A consulta formal realizada junto ao fornecedor | 249 |

Capítulo 22 – Cuidados na instrução do processo e competência para realizar a Análise de Mercado..... 255

Capítulo 23 – As modificações introduzidas pela IN MPOG nº 3, de 20/4/2017 258

Capítulo 24 – O tratamento crítico dos dados coletados: uma proposta de método de cálculo de dispersão dos preços obtidos para afastamento de valores discrepantes..... 273

BIBLIOGRAFIA..... 282

The image features a warm orange background with a blurred photograph of a hand holding a pen over a document. A dark, semi-transparent rectangular overlay is centered on the image, containing the title text. The text is arranged in a hierarchy: 'TÍTULO I' is at the top in orange, followed by 'GENERALIDADES ACERCA DO PROCEDIMENTO DA CONTRATAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA' in white, all in a bold, sans-serif font.

TÍTULO I

**GENERALIDADES
ACERCA DO
PROCEDIMENTO DA
CONTRATAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

■ TÍTULO I – GENERALIDADES ACERCA DO PROCEDIMENTO DA CONTRATAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Capítulo 1 – Dever constitucional de licitar

Na esfera privada, o indivíduo dispõe de total liberdade para gerir seus bens, podendo alienar ou adquirir o que bem entender e da forma como melhor lhe convir. O empresário, por exemplo, pode escolher seus parceiros comerciais segundo critérios que ele mesmo se impõe ao seu próprio nuto. Entre um fornecedor e outro do insumo de que necessita para sua linha de produção, poderá optar por adquirir daquele que, muito embora tenha o preço mais alto, tenha a seu favor o fato de que recolhe tal insumo com atenção a critérios de sustentabilidade. Assim, o fabricante o faz pensando que dessa forma atrairá maior valor agregado a seu produto o que o tornaria mais respeitado e competitivo no mercado. Mas, se sua escolha for equivocada, os reflexos e desdobramentos negativos serão suportados apenas sobre ele mesmo. Por essa razão, em princípio, o Direito não se incomoda com seu atuar.

Ao contrário dos particulares que dispõem dessa ampla liberdade para escolher aqueles com quem irão negociar, o Administrador Público, para fazê-lo, necessita obedecer a um rigoroso procedimento preliminar preestabelecido

por lei. Isto porquanto, na hipótese de sua escolha vir a ser equivocada, os prejuízos da má gestão serão sentidos por toda a sociedade. Daí porque a lei predetermina que critérios deverão ser por ele utilizados a fim de garantir que a seleção dos parceiros da Administração seja adequada a favor da coletividade, ou, pelo menos, minimizar os riscos de uma má contratação. Assim, o art. 37, XXI¹ da Constituição Federal, fixa o que chamamos de *Princípio do Dever Geral de Licitar*.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES², “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Na prática, é uma sucessão preordenada de atos administrativos, vinculantes para a Administração e para os licitantes, que tem por finalidade primordial a oferta de igual oportunidade aos interessados. Deve ser encarado como fator de transparência e moralidade na gestão da coisa pública, assim como meio de exercício da democracia, na medida em que põe à disposição da sociedade a possibilidade de participar dos negócios públicos.

O instituto da Licitação Pública é regido por princípios e normas gerais de Direito Constitucional e Administrativo e por legislação própria, tendo como principais instrumentos normativos a **Lei Federal nº 8.666/93**, a **Lei Federal nº 10.520/02**, **Lei Complementar n. 123/2006**, e **Lei Federal**

1 CF, art. 37, XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

2 *Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1989.

n. 13.303/2016. A primeira fixa normas gerais de licitação e contratos em obediência ao comando de competência do art. 22, XXVII, da C.F., atribuído à União; a segunda cuida exclusivamente da criação e da extensão aos Estados e Municípios a modalidade de licitação denominada *pregão*; a terceira estabelece regras de preferência de contratação pelo Poder Público de microempresas e empresas de pequeno porte; a última, e mais recente, fixa o novo marco regulatório para as empresas públicas e sociedades de economia mista, estabelecendo normas específicas de licitação e contratos para tais entidades.

Capítulo 2 – As exceções ao dever geral de licitar

A licitação, já sabemos, é regra geral na Administração Pública. Mas a própria Constituição Federal aponta que a lei poderá excetuar o dever geral de licitar nos casos que mencionar. Nesse sentido, a Lei Geral de Licitações e Contratos instituiu e regulou tais hipóteses nos institutos **da licitação dispensável** e **da licitação inexigível**. Tais hipóteses são chamadas de *contratação direta*.

No primeiro caso, a norma reconhece que, em algumas situações, a realização do torneio licitatório poderá não atrair o resultado mais adequado para o caso concreto, como o seria nos casos em que se precisar dar atendimento emergencial a uma dada situação fática, pois o tempo que naturalmente decorre do desenvolvimento do processo de licitação poderá tornar inútil a contratação, por ser tardia; ou ainda, quando

o valor envolvido na contratação não for significativo a exigir maiores meios de controle, ou seja, para evitar que o ato (da contratação) a ser controlado seja menos oneroso do que o custo do controle. No segundo caso, a norma enxerga que haverá casos em que a licitação não será possível de ser realizada e, reconhecendo sua inviabilidade, autoriza o Gestor a contratar sem o processo licitatório.

Cumpre, desde já, esclarecer que a pesquisa de preços não é atividade restrita aos processos licitatórios. Nas contratações diretas, a despeito de não ser realizada a licitação, ainda assim haverá despesas e, como se verá mais adiante, tal despesa prescinde de planejamento econômico. Por isso, pertine adentrar um pouco mais sobre as situações que caracterizam a contratação direta, pois a forma de se investigar o mercado e seus desdobramentos para o processo será peculiarmente distinta em relação aos processos de contratação por licitação pública.

2.1 Licitação Dispensável³

São as hipóteses em que, muito embora possa ser realizada, a licitação poderá ser dispensada se melhor convier à Administração. Em dadas situações, a realização da licitação poderá, ao contrário de sua finalidade principal, provocar maior prejuízo para a Administração ou mesmo tornar inócua a própria contratação. Também foi arrolado no art. 24 situações em que a pessoa do contratado é determinante para tal escolha.

3 art. 24 da Lei 8.666/1993 e art. 9º do Regulamento do sistema 'S'.

São características da licitação dispensável:

- a) **possibilidade de realização da licitação** - a licitação admite ser normalmente realizada. Há, portanto, uma faculdade, uma discricção a favor do Gestor que poderá optar pela realização ou não da licitação.
- b) **hipóteses limitadas aos casos especificados na legislação** - significa que o Gestor não poderá dispensar a licitação por motivo que não esteja devidamente relacionado em uma das específicas situações nomeadas na legislação (vide nota de rodapé 3).
- c) **necessidade de demonstração de razoabilidade e proporcionalidade** - mesmo tratando-se de uma faculdade — daí o nome “dispensável” — a contratação com dispensa de licitação deve ser promovida respeitando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (vide Capítulo 4 adiante). Quer dizer que fará parte da justificativa da dispensa a indicação de que esta solução é melhor, no caso prático, do que a promoção da licitação, assim como demonstração de que as quantidades contratadas serão suficientes para o atendimento das necessidades da Administração.

2.1.1 A influência da atividade de pesquisa de preços nos principais casos de licitação dispensável

Dispensa em razão do valor

A finalidade precípua na licitação pública é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Mas, se a contratação for de pequena monta, é bem provável que a vantagem econômica da disputa não compense o custo administrativo do processo licitatório. Para essas situações, o legislador pôs à disposição do gestor a possibilidade de dispensar a licitação, fixando os limites para aquisição direta sob esse fundamento, conforme quadro a seguir:

| LIMITES | |
|---|-------------------|
| ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, FUNDAÇÕES PÚBLICAS E AUTARQUIAS (Lei no. 8.666/1993, art. 24, I e II) | |
| Compras e serviços em geral | até R\$ 8.000,00 |
| Obras e serviços de engenharia | até R\$ 15.000,00 |

| CONSÓRCIOS PÚBLICOS E AUTARQUIA OU FUNDAÇÃO QUALIFICADAS, NA FORMA DA LEI, COMO AGÊNCIAS EXECUTIVAS (Lei no. 8.666/1993, art. 24, § 1º) | |
|---|-------------------|
| Compras e serviços em geral | até R\$ 16.000,00 |
| Obras e serviços de engenharia | até R\$ 30.000,00 |

| SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA e EMPRESA PÚBLICA (Lei no. 13.303/2016, art. 29, I e II) | |
|--|-------------------|
| Compras e serviços em geral | até R\$ 16.000,00 |
| Obras e serviços de engenharia | até R\$ 30.000,00 |

SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO – Sistema “S” (Regulamento,
art. 6º, I, a e II, a

| | |
|--------------------------------|-------------------|
| Compras e serviços em geral | até R\$ 44.000,00 |
| Obras e serviços de engenharia | até R\$ 79.000,00 |

O maior problema encontrado pelas Cortes de Contas do País é a famosa e perniciosa prática do **fracionamento ilegal de despesa**, ou seja, a utilização de diversas e pequenas contratações a fim de tornar dispensáveis as licitações que, caso reunidas em um único processo, caracterizaria dever de licitar. É considerado fracionamento ilegal de despesa as contratações de objetos que, mesmo distintos, poderiam ter sido contratados em conjunto ou concomitantemente (art. 23, § 5º, da L. 8.666/93). Nesses casos, não será o valor de cada contratação a ser considerado para o fim de enquadramento dos limites de dispensa, mas sim seu somatório.

Contratação emergencial

É uma das mais utilizadas e das que mais apresentam problemas, segundo as estatísticas dos órgãos de controle.

Nas situações em que ficar caracterizada emergência ou calamidade pública, em que a urgência da providência da contratação tenha por finalidade resguardar a integridade de bens públicos ou particulares, pessoas, obras, serviços ou equipamentos, públicos ou particulares, o Gestor poderá afastar o procedimento licitatório, realizando a adjudicação do objeto diretamente a quem ele dirigir a escolha.

O cerne dessa contratação está na imprevisibilidade do fato que deu causa à contratação e na iminência de dano relevante a ser afastado pela contratação. O raciocínio lógico seria no sentido de que, caso o gestor tivesse de promover o procedimento licitatório, o dano não seria afastado pela demora natural do processo administrativo ordinário.

Constituem requisitos para fundamentar adequadamente a contratação com base nessa hipótese:

- a) se estiver baseada em situação calamitosa, a contratação deve ser declarada pela autoridade competente;
- b) demonstração de que a contratação afastará o risco de dano;
- c) nos casos de serviços, limitação de 180 dias de prazo de vigência dos respectivos contratos e impossibilidade de prorrogação dos mesmos;
- d) contratação dependente de pesquisa prévia de mercado;

Muito embora a situação emergencial a ser atendida exija a dispensa do uso de maiores burocracias, a fim de que seja evitada a ocorrência de dano irreversível, não significa que a atividade interna de pesquisa de preços esteja também dispensada. Pelo contrário, o art. 26, § 1º, da Lei 8.666/1993, exige que o processo de dispensa, em qualquer caso, seja instruído com a devida justificativa de preços.

Licitação deserta

O fato de a Administração processar regularmente a licitação não é garantia de que irá contratar os serviços ou adquirir os produtos desejados. Não raro, o edital vai à rua e, no dia marcado para o recebimento das propostas, nenhum licitante comparece. A esse resultado designa-se a expressão **Licitação deserta**, ou seja, aquela que não atrai qualquer interessado. Nessas situações, o legislador ofertou a alternativa de realizar a contratação pretendida por meio de adjudicação direta.

Constituem condições indispensáveis à regularidade da contratação com dispensa em razão de licitação deserta:

- a) licitação anterior regular – se houver alguma irregularidade que possa ter provocado a situação de deserção, a repetição da licitação será obrigatória;
- b) ausência de interessados – se ao menos um licitante compareceu, não será cabível a contratação com este fundamento;
- c) contratação em condições idênticas às estabelecidas na licitação – se porventura uma licitação não atraiu interessados e a Administração verifica que uma das exigências do edital foi o motivador para o desinteresse geral (por exemplo, ter criado uma restrição que impediu a participação), não se poderá contratar direto desconsiderando dita exigência; e,
- d) demonstração de prejuízo para a Administração com a repetição da licitação – imagine que a

Administração planeje inaugurar um posto de saúde, cuja obra de edificação estará pronta em 120 dias. Para a inauguração (e operação) do posto, será necessário, por exemplo, contratar serviços de vigilância patrimonial. Com o prazo da obra no início, a Administração faz realizar procedimento ordinário de contratação dos serviços de vigilância por meio da regular licitação. Com a deserção, provavelmente não sobrá tempo hábil para realização de nova licitação antes da data marcada para a inauguração. Eis aí uma situação de fato que caracteriza o prejuízo para a Administração com a repetição da disputa.

A pesquisa de preços realizada em desacordo com a realidade do mercado pode provocar esse resultado, caso o valor de referência acabe permanecendo fixado abaixo da média, inviabilizando a formulação das propostas. Nesses casos, a contratação direta não seria autorizada, pois o motivo provocador da deserção seria uma falha na fase interna da contratação, logo, provocada pelo próprio Gestor.

Aquisição ou locação de imóvel

Quando a Administração precisa adquirir ou alugar um imóvel para abrigar setores ou serviços específicos, poderá dispensar a licitação, adjudicando de forma direta ao vendedor ou locador, caso o dito imóvel tenha por destinação a sua utilização em finalidade principal da Administração. Por finalidade principal entenda-se aquela que representa uma

atividade-fim da Administração contratante ou atividade-meio essencial à consecução das atividades-fins. Além disso, o imóvel deve ser escolhido em razão de sua localização ou condições (características) físicas.

Para esse caso, a pesquisa de preços será determinante para a regularidade da contratação, pois o dispositivo que permite a dispensa de licitação para essa finalidade exige que o preço contratado esteja de acordo com o mercado. E, nesse particular, deverá ser realizada uma avaliação profissional, pois cada imóvel tem seu preço determinado por variáveis que tornam difícil sua comparação, tais como, estado do imóvel, localização, tamanho etc.

Contratação de instituição sem fins lucrativos

Trata-se de hipótese de afastamento do dever geral de licitar por meio do instituto da dispensa em razão da atividade do contratado que, não tendo fins lucrativos e possuindo inquestionável reputação ético-profissional, execute tarefas ligadas à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional; ou ainda, instituição que se dedique à recuperação social do preso.

As condições para validade da contratação passam pela demonstração de que a finalidade institucional da escolhida é correlata ao ensino, à pesquisa (leia-se: pesquisa científica) ou ao desenvolvimento institucional, até a demonstração de economicidade, ou seja, de que os preços praticados são coerentes com o mercado, não sendo exigível que seja o menor preço encontrado, mas apenas que esteja dentro da curva de mercado.

2.2. Licitação Inexigível⁴

Ao contrário das hipóteses de dispensa, em que será possível desenvolver o procedimento licitatório, se este atender superiormente ao interesse da Administração, haverá casos que, mesmo pretendendo realizar a licitação, esta restará inviável ou impossível. Em tais hipóteses, estar-se-á diante de uma situação caracterizada como licitação inexigível.

Quatro situações provocarão a chamada inviabilidade de competição:

- a) quando não houver outro competidor que possa apresentar proposta para o objeto pretendido pela Administração (exclusividade de fornecimento);
- b) quando, mesmo havendo mais de um possível contratado, for impossível a fixação de parâmetros objetivos de julgamento para seleção da proposta mais vantajosa (serviços singulares e profissionais do setor artístico);
- c) quando a licitação se mostrar desnecessária para demonstrar qual a proposta mais vantajosa (contratação do autor do projeto para auxiliar a fiscalização da obra⁵); e,
- d) quando a licitação se mostrar impertinente ao atendimento da finalidade da contratação (credenciamento de serviços).

4 art. 25 da Lei 8.666/1993 e art. 10 do Regulamento do sistema 'S'.

5 TCU, Ac. 085/1997, Plenário.

2.2.1 A influência da atividade de pesquisa de preços nos principais casos de licitação inexigível

Contratação de fornecedor ou prestador de serviço exclusivo.

A inexistência de uma pluralidade de indivíduos aptos a se candidatarem ao contrato pretendido pela Administração faz surgir a mais pura forma de inviabilidade de competição. Percebe-se a olhos vistos que a hipótese é de impossibilidade fática de haver competição. Se a administração pretende adquirir um determinado produto que só se encontra nas mãos de uma empresa, não seria caso de se falar em disputa, ainda que assim o desejasse.

A exclusividade geralmente está associada a contratos de representação comercial em que o fabricante (ou distribuidor) do produto ou detentor dos direitos de distribuição (caso das editoras de livros e periódicos ou donos de patentes industriais) entrega à determinada empresa de seu círculo comercial (franqueados, empresas credenciadas ou da sua rede autorizada) a exclusividade de fornecimento.

Imaginemos que uma editora, detentora dos direitos de edição, distribuição e comercialização das obras de seu cardápio de publicações⁶, venha a confiar a uma única empresa — uma livraria local — o direito de comercializar um determinado livro cuja distribuição lhe pertence naquela

6 É padrão nos contratos de edição que o autor da obra ceda tais direitos à editora.

região. Se por acaso a Secretaria Municipal de Educação desejar adquirir o livro, de nada adiantaria promover a licitação (que em princípio seria obrigatória), pois nenhuma outra livraria, senão aquela cuja exclusividade lhe foi confiada pela editora, poderia apresentar proposta. Afinal, a editora (dona dos direitos de edição, distribuição e venda) autorizou apenas uma certa empresa a comercializá-los. Seria, pois, a hipótese de inexigibilidade relativa, na qual, em princípio, mesmo havendo vários indivíduos de outras localidades com disponibilidade do mesmo produto, em caráter circunstancial decorrente da existência de contrato de representação comercial exclusiva, somente uma empresa estaria autorizada pela detentora dos direitos de distribuição a comercializar tais obras naquele Município.⁷

A atividade de investigação de mercado, nesses casos, é crucial para que se dê guarida legal à contratação, pois deverá restar demonstrado nos autos que o preço cobrado pelo executor é coerente com os preços que o mesmo vem praticando, a fim de que não fique caracterizado que o fornecedor ou distribuidor exclusivo, se valendo de ser único no mercado, não alvitre ganhos que não seriam admissíveis em um cenário de mercado normal, com concorrência em decorrência da pluralidade de fornecedores.

⁷ Para maior aprofundamento, vide www.jmleventos.com.br, em coluna jurídica.

Contratação de serviço singular com notório especialista e profissional do setor artístico

Outra circunstância que pode tornar a licitação inviável é a contratação de serviços predominantemente intelectuais, quando prestados por profissionais considerados notórios especialistas. Como é impossível comparar de forma objetiva talento e capacidade profissional, a escolha do executor do serviço não tem como ser feita por via da licitação. São assim considerados alguns serviços como os de auditorias, consultorias, elaboração de projetos, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, entre outros.

O notório especialista é aquele profissional ou empresa que detém, dentro do seu segmento, elevado conceito decorrente de seus trabalhos anteriores, experiências, equipe técnica e aparelhamento. O órgão que pretender contratar este profissional deverá justificar no processo de modo a apontar tais atributos, com base em seu currículo, publicações, atestados por serviços anteriormente executados.

Aqui, a pesquisa de preços terá por finalidade verificar se o escolhido está cobrando valores aproximados e coerentes com aqueles cobrados por seus pares, pois não estamos falando de unicidade ou exclusividade, logo, é crível que haja no mercado vários possíveis executores aptos a executar o serviço pretendido. O que tornou a licitação impossível é que, dada a singularidade do objeto, se tornou impossível a comparação entre as várias possíveis propostas sob o aspecto objetivo.⁸ O mesmo se dirá da contratação de profissional

⁸ Para maior aprofundamento, vide www.jmleventos.com.br, em coluna jurídica.

do setor artístico, pois o que torna inviável a realização do torneio é a impossibilidade de se comparar objetivamente o talento artístico dos vários possíveis executores.

Capítulo 3 - O planejamento da contratação

O planejamento de ações é requisito básico em qualquer processo de administração. Administrar é estabelecer uma direção de governabilidade na qual dela são componentes intrínsecos: o planejamento, organização, direção e o controle. Para Montana e Charnov⁹, “o ato de administrar é trabalhar com e por intermédio de outras pessoas na busca de realizar objetivos da organização bem como de seus membros.” O ato de planejamento consiste na definição de objetivos e metas, em momento anterior à implementação de uma ação de governança. Envolve processos cognitivos que visam estudar as variáveis de um projeto ou ação estratégica; avaliar se tal projeto corresponde a um interesse estratégico da organização e qual nível de interesse ele ocupa no contexto organizacional; identificar possíveis entraves e problemas que podem ocorrer com a sua implementação; verificar a adequabilidade financeira, entre outras ações. Um projeto ou uma ação bem planejada tenderá a apresentar um resultado muito mais eficiente, evitando desperdício de tempo bem como de recursos físicos e financeiros.

Ocorre que, numa empresa, numa associação, num condomínio, ou seja, em um organismo privado qualquer, como os interesses são restritos aos seus participantes, isto

9 MONTANA, Patrick J. e CHARNOV, Bruce H. *Administração*. São Paulo: Saraiva, 2003.

é, possui público-alvo determinado, que participam daquela gestão por vontade própria, o dever de planejamento se insere em um campo da ética profissional daquele que foi investido na função de administrador. Em caso de este administrador optar por escolhas arriscadas ou mesmo cujo resultado se mostre danoso, contrário aos interesses do grupo a que pertence, seus desdobramentos negativos não ultrapassarão as fronteiras dessa organização. O mesmo não se dirá da atividade da Administração Pública. Neste caso, o gestor público defende interesse difuso, dirigido a toda a sociedade, o que passa a dele se exigir um cuidado superior àquele que normalmente se exigiria de um administrador privado, pois, em caso de escolha ruim, seus efeitos negativos serão suportados por toda a coletividade.

Tema bastante debatido hodiernamente é a questão da modernização da administração pública. Os tempos do Estado soberano, que comanda a máquina como se ele fosse o seu próprio e único cliente, tratando a sociedade como mera observadora obediente, já estão próximos do fim, notadamente, nos Países mais desenvolvidos, inclusive aqueles antes considerados do segundo mundo. No Brasil, não é diferente.

A noção a partir da qual a sociedade é a dona do interesse primário nas ações do Estado; de que os governantes só se legitimam quando agem no interesse dessa sociedade, fez aproximar os mecanismos da administração pública daqueles encontrados na esfera privada, tudo movido pelo avanço tecnológico e pelo fenômeno da globalização.

O vetusto Direito Administrativo era extremamente verticalizado e dava abrigo a extensas margens de discricionariedade aos gestores públicos e quase nenhum controle jurisdicional e nenhum controle da sociedade. Via de consequência, anotava-se enorme concentração de prerrogativas no Executivo e Legislativo em detrimento do Judiciário, autoritarismo decisório, clientelismo e ausência de mecanismos de controles.

A verdade é que os gestores contemporâneos devem priorizar a técnica e os métodos científicos para solução das demandas de interesse social. Não há mais espaço para práticas e decisões marcadas pelo arbítrio ou por arranjos ocultos e desprovidos de fundamentação. A transparência é a regra geral; a boa governança, um caminho sem volta. Os parâmetros da eficiência exigem conexão com meritocracia, produtividade, objetividade e impessoalidade. Nesse contexto, o planejamento e a gestão de riscos ganham *status* não mais de coadjuvantes nos processos de contratação, visto que se consolidaram como principais ferramentas de gestão para implementação e manutenção de políticas públicas em todos os setores e alcance dos objetivos estratégicos da organização.

O planejamento, na qualidade de instituto do Direito Administrativo, é tarefa estatal essencial e decorre do princípio da *indisponibilidade do interesse coletivo* e da *eficiência*. Ao administrar bens, recursos e interesses da sociedade (coisa coletiva), o gestor deve se armar de todos os cuidados e meios necessários para o fim de atingir o melhor resultado possível. Nisso se insere o dever de bem

planejar suas ações, a fim de evitar medidas equivocadas, desnecessariamente dispendiosas ou inócuas. Como a gestão envolve, em um certo sentido, atos que são tomados no campo do prognóstico, deve o gestor probo preferir, entre duas ou mais soluções, aquela que melhor se apresenta, a que mais provavelmente fará surtir o efeito desejável para atendimento à sociedade. É nesse contexto que se insere o dever de planejar na Administração Pública, figurando como corolário da boa administração.

Em que pese não se cuidar de um fenômeno novo na Administração Pública, somente com a promulgação da Emenda Constitucional 19/1998, que inseriu o princípio da *eficiência* na cabeça do art. 37 da Carta Política de 1988, e mais precisamente com a entrada em vigor da Lei de Responsabilidade fiscal (Lei Complementar 101/2000), é que o planejamento se torna peça fundamental na gestão pública no País. Antes desses instrumentos jurídicos, era comum o gestor público realizar contratações que ao final se mostravam desnecessárias, não raro, sem nem mesmo recursos financeiros suficientes para suportar a despesa dela decorrente. Hodiernamente não mais se admite que o gestor público dê andamento a projetos e ações governamentais sem que tenha como fundamento de validade o planejamento de ações. Não que tal tenha deixado de ocorrer, mas com os instrumentos disponíveis, é possível não só identificar o ato viciado de falta de planejamento, como também punir o gestor improbo. Daí ser missão fundamental do Gestor evitar que ações não planejadas ou deficientemente planejadas possam ganhar corpo, atraindo prejuízos para a sociedade.

3.1 – Cultura organizacional e visão sistêmica do processo de contratação

No mundo em que hoje vivemos, mesmo diante das maravilhosas implicações que a modernidade traz, percebemos com bastante nitidez uma exagerada compartimentalização do conhecimento, ou seja, excessiva especialização de áreas do conhecimento humano, que se tornam cada vez mais específicas, dividindo e subdividindo o conhecimento, bem como os processos cognitivos em uma catarse que parece não ter fim. Essa característica do mundo moderno acarreta um sério problema que se resume no afastamento da noção de indivisibilidade humana. Em uma visão peculiarmente pragmática, Getúlio Silva Lemos¹⁰ anota que, como consequência do que há pouco foi exposto, vem “surgindo os estudiosos que sabem quase tudo de quase nada.” Com isso, os processos cognitivos complexos, isto é, aqueles que envolvem, necessariamente, várias áreas do saber humano, acabam limitados justamente por não ultrapassar os limites científicos daquele específico tema, quando, em verdade, é intrinsecamente dependente dessa liberdade. Já nos idos da década de 1970, Hilton Japiassu¹¹, um dos maiores estudiosos do fenômeno da interdisciplinaridade no Brasil, era enfático ao afirmar que “cativado pelo detalhe, o especialista perde o sentido do conjunto, não sabendo mais situar-se em relação a ele.” O autor acrescenta ainda que:

10 Interdisciplinaridade e pensamento complexo: dois caminhos em busca da totalidade perdida. Disponível em <http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/035e3.pdf>.

11 Interdisciplinaridade e patologia do saber. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

“Há problemas que para serem resolvidos pressupõem o diálogo entre saberes, conhecimentos e disciplinas. No entanto, ainda trabalhamos por disciplinas. Cada disciplina através de seu enfoque específico desenvolve instrumentos para conhecer a realidade e os problemas a partir de um determinado ponto de vista, ou seja, é capaz de revelar uma dimensão do humano. Mas essa visão unidisciplinar necessariamente fragmenta o objeto e o reduz (de acordo com os próprios limites da disciplina).”

Trazendo esse fenômeno para o campo do processo de contratação, podemos verificar que esse excesso de compartimentalização também se mostra prejudicial ao seu desiderato precípuo, que é o atendimento às demandas de interesse público a que servem. O desenvolvimento sistêmico da instrução do processo de contratação, desde a fase interna até a execução completa do contrato com o recebimento definitivo do objeto, envolve, necessariamente, a intervenção de vários especialistas e de vários setores administrativos do órgão. Estes setores congregam seus esforços, acervos, conhecimentos e técnicas para atingir a finalidade pretendida. Entretanto, o que se observa na imensa maioria dos órgãos e entidades é que cada um desses agentes, atuando dentro da sua especialidade, se comporta de forma desconectada das demais atividades, concentrando-se especificamente no seu mister. Pode-se dizer que o processo de trabalho sofre uma abordagem meramente multidisciplinar, ou seja, a soma da atividade de profissionais de diversas áreas, não implicando necessariamente em integração destes para atingir o nível de entendimento mais amplo do processo.

Desprovido, portanto, de visão de conjunto, cada profissional se restringe a atuar de modo a somar com a atividade inerente à sua especialidade para o andamento do processo. O seu fim é a sua própria e restrita atribuição funcional e não o resultado do processo. Com isso, anotamos uma série de problemas que atravancam a marcha processual, adiando a providência e, o mais das vezes, com prejuízos técnicos para o projeto. A lentidão do processo causada, por essa abordagem estabelecida de forma cultural, invariavelmente provoca a demora no atendimento da necessidade, e, não raro, a inviabilização da execução dos projetos a que serviriam. Um exemplo prático (e muito frequente) ilustrará bem a presente situação. Alertamos que qualquer semelhança *não* terá sido mera coincidência.

O setor de TI elabora um Termo de Referência para contratação de um determinado serviço. Este documento de referência irá balizar a elaboração do edital e da minuta do contrato. Uma vez que as respectivas minutas estejam finalizadas, segue-se, por força do comando inculcado no art. 38, par. Único da L. 8.666/93, para aprovação da Assessoria Jurídica. Lá chegando, o parecerista vislumbra cláusulas que entende restritivas ao caráter competitivo do torneio e o devolve ao Setor de TI, responsável pela elaboração do Termo de Referência, para readequação. A área de TI, desejando insistir na cláusula refutada pelo Jurídico, elabora uma justificativa técnica e a apresenta ao Jurídico, que mantém a discordância. Para aqueles que já possuem experiência na Administração Pública, já é até possível visualizar esse processo fictício. O mesmo estará recheado de despachos de encaminhamento do tipo: “Ao Setor de TI....para.....”; e, “Retorno o presente processo ao Jurídico...”.

Considerando o nosso exemplo acima, e também o fato de que a movimentação de processos administrativos, mesmo nos órgãos de estrutura mais moderna e organizada (ainda uma pequena minoria, diga-se), sempre será rebuscada de burocracia. Cada despacho de encaminhamento levará alguns dias para ser cumprido. E isso se reflete **diretamente** no tempo de atendimento da demanda. Políticas públicas que dependiam daquela contratação levarão maior tempo para serem implementadas; os estoques de materiais não serão repostos, o que prejudica imediatamente a prestação dos serviços públicos, obras vão ver seus cronogramas físico-financeiros sendo adiados, causando prejuízos com o perecimento daquilo que já fora executado. Essas e outras mazelas são anotadas diariamente nas repartições públicas. Há (muitos) relatos de processos licitatórios que levam quase um ano para serem concluídos, desde a deflagração até a data da licitação.

Isso ocorre justamente porque a modelagem de trabalho, por não haver compartilhamento de conhecimento, e, conseqüentemente, comprometimento entre o setor de TI e o órgão jurídico, pois cada um realiza a sua tarefa, apenas somando-a ao conjunto de atos já desenvolvidos, não como se fossem atividades complementares, mas autônomas. Como a atuação do Jurídico depende da correta instrução dos setores que lhe antecederam, ele só poderá executar positivamente a sua atividade (dando prosseguimento ao processo com parecer favorável, aprovando a minuta) se a atividade anterior chegar a ele já saneada. Mas, por que razão ambos os setores — TI e Jurídico — não “conversaram” antes para que o processo já fosse encaminhado devidamente alinhado? Por que esse desperdício de tempo?

Essa abordagem multidisciplinar encarada de forma simplista pelos respectivos atores acarreta um grave problema de comunicação entre os diversos setores envolvidos no processo de comunicação, o que contribui decisivamente para a excessiva e desnecessária demora no atendimento à demanda de interesse coletivo. Se tomarmos o exemplo acima, é bem provável que tanto o setor de TI como o Jurídico passem a se enxergar com antipatia, causando maior ruído no canal de comunicação entre eles.

Com uma abordagem *interdisciplinar* a tendência é que esses problemas deixem de ocorrer ou, pelo menos, sejam minimizados, pois essa pressupõe trabalho e estudo de profissionais das diversas áreas do conhecimento ou especialidades sobre uma determinada tema ou área de atuação, implicando necessariamente na integração dos mesmos para uma compreensão mais ampla do assunto.

Diante disso, embora tratado quase à unanimidade pelos órgãos públicos como um processo multidisciplinar, o mais adequado é deferir ao mesmo um tratamento *interdisciplinar*, a fim de provocar a interação e integração dos vários profissionais e setores (disciplinas) para atuarem de forma complementar ao outro, desenvolvendo a sua atividade já de acordo com os problemas inerentes à atividade dos demais, empregando ao processo visão e tratamento sistêmico.

A Instrução Normativa nº. 05/2017/MPDG cria condições para esse avanço, estabelecendo que a fase de planejamento da contratação deva ser entregue a uma equipe multidisciplinar, que deverá ser composta por um

representante do setor requisitante e outros especialistas no objeto da contratação, em licitações, contratos e outros em que a autoridade competente entenda ser pertinente a sua participação.

3.2 - Boas práticas de contratação

Historicamente, no Brasil, a Administração Pública é sinônimo de burocracia e ineficiência. Ainda é presente a ideia geral (com alguma dose de razão) segundo a qual o funcionário público pendura seu paletó na cadeira e nunca está presente. Também a percepção da sociedade sobre o que é uma “repartição pública” chega a ser deprimente, pois se imagina logo uma sala repleta de papéis e processos para todos os lados e servidores mal remunerados (isso é bem a realidade ainda hoje, se tomarmos o contexto nacional) e mal-humorados, desprovidos mesmo de um mínimo de compromisso para com aqueles a quem servem (a sociedade). E isso tudo é alimentado por uma cultura organizacional que se preza pela pseudoautonomia dos diversos setores. Quantos cidadãos, ao procurar uma repartição para resolver um problema qualquer, não ouviram as célebres respostas: “Isso não é comigo” ou “Esse não é o setor competente”? Quantos empresários e representantes comerciais já não ficaram perdidos dentro de um órgão público sem saber com quem ou em qual setor se encontra o seu processo de pagamento? É preciso romper os modelos antigos de se administrar a coisa pública.

O entendimento sobre a nova concepção da Administração Pública oferece cada vez menos espaço para

esse pensamento retrógrado e exige mudanças. E elas estão vindo rapidamente. Basta notar que hoje há muito mais meios de controle da eficiência da Administração Pública do que há 10 anos. E a tendência é que cada vez mais os gestores sejam controlados pela sociedade. A chamada *New Public Mangement* (NPM), que teve origem nos anos 70 no Reino Unido e nos EUA, é centrada na aplicação de técnicas de administrar concebidas para o setor privado, adaptadas ao setor público. Suas principais características são na delegação da gestão financeira e novas formas de prestação de serviços.¹²

E faz todo o sentido trazer para o setor público tais conceitos, considerando a óbvia necessidade de as empresas se tornarem cada vez mais competitivas e com menor custo possível para atingir sua finalidade precípua: o lucro. Ora, se as empresas utilizam técnicas gerenciais e modelos corporativos que lhes permitem aumento de ganho de eficiência e lucratividade, claro está que no setor público essas técnicas possibilitam melhoria dos serviços públicos prestados à sociedade com economia de custo, que é o fim primeiro e último do Estado. Daí se instala o conceito de Governança Pública, no qual passa a tratar o cidadão não a partir de uma relação de dominação, mas como seu cliente em um movimento, a partir da Constitucionalização do Direito, que se denominou de Estado pós-moderno, conforme bem explica Jessé Torres e Marinês Restellato¹³:

12 Nesse sentido: MATIAS-PEREIRA, José. *A Aplicada Governança Corporativa no Setor Público brasileiro*. Revista APGS: Administração Pública e Gestão Social, Viçosa, v 2, n. 1, p. 110-135, janeiro/março 2010. Disponível em: <www.apgs.ufv.br/artigos/241_80.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2015.

13 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restellato. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 27-28.

“O movimento jurídico que então se inicia, e se expande no século XXI, almeja a reconstrução de outro modelo de Estado, chamado de pós-moderno, em que se soleniza o compromisso da gestão pública com resultados que assegurem a concretização daqueles direitos, sem exclusões, nem discriminações, pelo só fato de serem direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, e não favores ou liberalidades do Estado. A gestão de resultados, por oposição à gestão patrimonialista do Estado, desenvolve métodos e formas de atuação, articulação e intervenção dos poderes públicos, que, passados 40 anos de formulações — com avanços e recuos — podem ser traduzidos através de quatro paradigmas essenciais para a operação dos sistemas jurídico: a) efetividade dos princípios; b) motivação necessária; c) controle da discricionariedade; e, d) supremacia da Constituição, de que fui o caráter cogente das políticas públicas nela traçadas.”

Nesse sentido, adotar medidas que possibilitem maior agilidade e eficiência nos processos de contratação é pedra fundamental para a concretização dos ideais do Estado e realização a contento do dever de servir à coletividade. Pois, como já aqui enfatizado, a atividade contratual da Administração Pública constitui uma das principais ferramentas para realização das políticas públicas, conforme Bresser Pereira¹⁴ quando abordava a reforma administrativa do Estado brasileiro, em especial ao analisar a gestão no setor público como estratégia e estrutura para um novo Estado:

“O objetivo é construir um Estado que responda às necessidades de seus cidadãos; um Estado democrático, no

14 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, SPINK, Peter Kevin. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 36.

qual seja possível aos políticos fiscalizar o desempenho dos burocratas e estes sejam obrigados por lei a lhes prestar contas, e onde os eleitores possam fiscalizar o desempenho dos políticos e estes sejam obrigados por lei a lhes prestar contas. Para tanto, são essenciais uma reforma política que dê maior legitimidade aos governos, o ajuste fiscal, a privatização, a desregulamentação – que reduz o —tamanho do Estado – e uma reforma administrativa que crie os meios de se obter uma boa *governança*”.

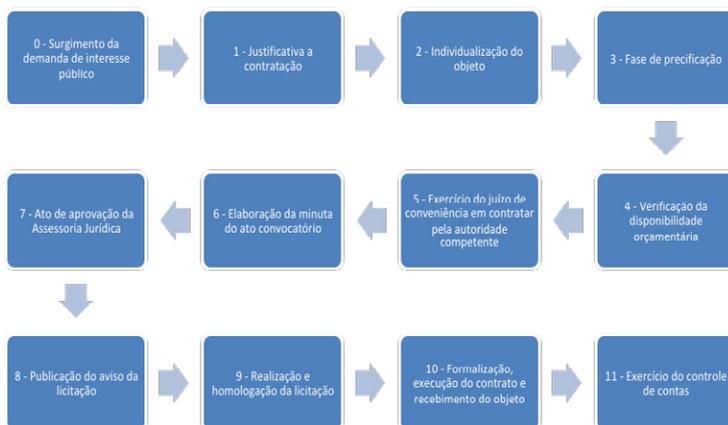
Diante desse contexto, se mostra absolutamente necessário que todos os atores envolvidos no processo de contratação se posicionem como parte de uma equipe (ainda que não formalmente constituída) e, com isso, adotar postura colaborativa em relação aos demais atores envolvidos no curso do processo. Essa atitude não só tende a reduzir, em muito, o tempo de tramitação dos processos e dar maior confiabilidade ao projeto, como também contribui positivamente para a melhoria no clima organizacional. Setores e funcionários que se relacionam bem tendem a exercer suas atribuições de forma mais produtiva. A mudança de cultura ora proposta, se promovida, se assenta de forma permanente na unidade e todos os que nela chegarem passarão a vivenciá-la, mantendo a linha de conduta estável.

3.3 – Principais fases e atividades do processo de contratação

Dito isto, para uma melhor compreensão sobre a instrução do processo de contratação, impõe-se identificar as

principais fases e atividades que compõem o que passaremos a chamar de ciclo da Contratação, desde o surgimento da demanda de interesse público até a prestação de contas, passando pela execução contratual e recebimento definitivo do objeto.

No quadro a seguir, definimos as principais fases e atividades do processo licitatório propriamente dito, ou seja, o ciclo da contratação a ser realizado por via da licitação. Cumpre desde já esclarecer que tais atividades independem da modalidade licitatória a que irá se submeter o objeto da contratação. Vejamos:



Claro que, dependendo da estrutura administrativa e cultura organizacional, o ciclo da contratação pode variar (e certamente varia) de órgão para órgão. Assim, entre as fases acima indicadas, é possível que alguns órgãos estabeleçam ritos administrativos diversos. Entretanto, o encadeamento

acima indicado, longe de pretender esgotar o tema ou apresentar uma fórmula modelar, representa a espinha dorsal do processo licitatório. Quer dizer que, tais fases, e na ordem tal qual apresentada, estarão presentes em cem por cento dos processos.

O processo de contratação somente nasce após o surgimento de uma demanda de um interesse público que exija a contratação de um bem, serviço ou obra para que a mesma seja atendida (Marco “0”). Sem isso, quer dizer, sem que o objeto do futuro contrato venha a atender a um interesse coletivo, a contratação seria nula por desvio de finalidade.

Por demanda de interesse público entenda-se toda e qualquer situação fática que exija do Gestor a providência de contratar algo para ser satisfeita e sem a qual a Administração não pode prescindir sem prejuízo de atividades-fim, atividade auxiliar ou programa de governo ou política pública a ser implantada, ampliada ou mantida. Digo isso para afastar a falsa noção de que a demanda de interesse público, a qual se refere neste tópico, se constitua apenas de situações emergenciais. A aproximação do fim de um contrato de natureza continuada de que não caiba mais prorrogação é uma situação fática que faz surgir a necessidade (de interesse público) de se providenciar regular licitação para celebração do novo ajuste, o que não significa fato emergencial em si.

Portanto, sem que tenha surgido uma demanda de interesse coletivo, não haverá motivo para a deflagração de um processo licitatório. Uma vez ela identificada, o agente competente (via de regra, aquele que identificou a tal

demanda) justificará a contratação(**Passo 1**), apontando as razões de fato e de direito que dão suporte fático ao processo.

Identificada a demanda e justificada a contratação, passo seguinte, invariavelmente, será o de se identificar e individualizar o objeto (**Passo 2**) que se prestará ao atendimento da dita situação. Nessa fase, o agente responsável irá verificar, diante das suas necessidades e das opções que o mercado oferece, qual o objeto adequado à satisfação do interesse público, suas características técnicas e pormenores. Desse estudo resultará na especificação que balizará a formulação das propostas dos futuros licitantes. A individualização do objeto não representa apenas a descrição técnica do mesmo. O nível de detalhamento descerá até às questões de ordem contratual, tais como, prazos de execução/ entrega; metodologias; periodicidades; obrigações acessórias (manutenção em garantia, transporte, instalação etc.). Disso decorre que se trata de uma das atividades mais importantes e mais complexas de todo o ciclo da contratação.

Uma vez identificado e adequadamente individualizado o objeto, a etapa seguinte será a precificação (**Passo 3**). Nesta etapa, o agente encarregado dessa tarefa investigará o mercado para a verificação do preço em torno do qual deverá girar a despesa da Administração para a consecução desse objetivo. É a chamada *pesquisa de preços*. Nem poderia ser diferente. Não se pode verificar o preço de um determinado produto ou serviço sem, antes, saber exatamente o que se pretende contratar.

De notar que a realização das três etapas anteriores será consolidada na elaboração do documento de referência (Termo de Referência ou Projeto Básico, conforme o caso).

Estimada a despesa, naturalmente o processo deve seguir para verificação da disponibilidade orçamentária (**Passo 4**) e, caso haja dotação suficiente, o consequente compromissamento da despesa, cristalizando a etapa do planejamento da contratação. Essa informação é crucial para a formação do juízo de conveniência e oportunidade da autoridade competente. Caso o órgão não disponha de recursos orçamentários, o processo sequer lhe será apresentado.

Com os estudos preliminares concluídos, os autos do processo já se encontram em condições de ser submetido à autoridade competente a fim de que esta profira seu juízo de conveniência e oportunidade em contratar o objeto (**Passo 5**). Dita autoridade poderá dar seguimento ao processo, deflagrando o processo licitatório; determinar o arquivamento do processo, caso entenda inoportuno ou inconveniente; ou ainda, determinar o retorno dos autos para refazimento ou reanálise de algum ato anterior. Por exemplo, a autoridade poderá concordar com a necessidade, mas entender que, mesmo havendo recursos orçamentários, a contratação sairia muito dispendiosa e, nesse sentido, fazer retornar os autos à unidade técnica responsável para rever as especificações de modo que o objeto fique mais em conta.

Deflagrado o processo licitatório por ato da autoridade competente, o processo se encontra em condições de ser encaminhado ao setor a quem competirá a elaboração da

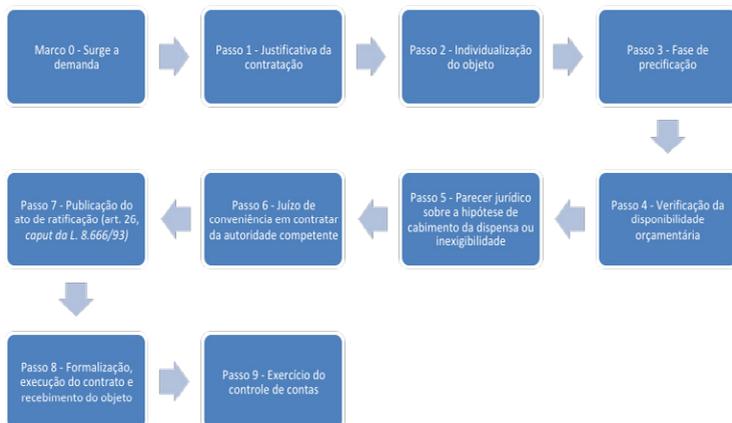
minuta do ato convocatório (**Passo 6**) e, ato contínuo, ser apresentada à Assessoria Jurídica para elaboração do parecer de aprovação, nos termos do art. 38, parágrafo único, da L. 8.666/93 (**Passo 7**).

Todos os atos anteriores compõem o que se convencionou na doutrina chamar de Fase Interna ou Fase Instrutória da contratação. Pessoalmente, prefiro chamar de Fase de Planejamento da contratação. Isto porque as denominações costumemente utilizadas não retratam corretamente a que desiderato tais atos servem. E, sem sombra de dúvidas, todos se prestam a instruir o planejamento da contratação.

Durante a realização de tais atos, o processo ainda não ganhou repercussão externa, tendo tramitado apenas entre os setores administrativos. Aprovada a minuta pela Assessoria Jurídica, o próximo ato é o da publicação do aviso da licitação, no meio eletrônico e/ou na imprensa oficial e imprensa privada nos casos em que ela é exigida (**Passo 8**), inaugurando a Fase Externa ou Fase Executória da contratação.

Daí, seguir-se-á a realização e homologação do torneio (**Passo 9**), a celebração e execução do contrato (**Passo 10**) e, finalmente, o controle de contas (**Passo 11**).

O próximo quadro sinótico apresenta as fases e atividades do processo de contratação que se dará sem licitação, quer dizer, aquele cujo objeto recaia numa das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação.



É de notar que, a despeito de não havendo realização de licitação, a fase preliminar é exatamente a mesma daquela vista no processo licitatório. Assim como naquele, neste, surge a demanda a ser atendida pela contratação, há a justificativa da contratação, a individualização do objeto e a precificação.

A despeito disso, constantemente os órgãos de controle verificam que muitos dos processos de contratação sem licitação foram instruídos eivados de vícios, notadamente, o do afastamento ilegítimo do dever geral de licitar. Em outras palavras, quando o órgão “força a barra” para não realizar a licitação.

O ponto de observação que se faz é que, independentemente de haver ou não licitação, o processo deve iniciar da mesma forma e pelas mesmas atividades. Com isso, o enquadramento na hipótese de contratação direta será, invariavelmente, fruto dos estudos preliminares. Uma dispensa em razão do valor deve ser aventada após a

definição acurada das quantidades que serão necessárias para atendimento da necessidade e investigação do mercado para definição do volume da despesa. A eventual natureza singular do objeto decorre exclusivamente da individualização do objeto, permitindo que seu enquadramento legal não decorra de uma preferência ou eleição do gestor neste ou naquele executor notório especialista.

Também é importante frisar que o enquadramento do objeto numa das hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação compete, primariamente, ao órgão técnico. Sim, é dele mesmo essa competência. Mesmo reconhecendo em grande parte das entidades e órgãos do Poder Público tal atividade não estar afetada àqueles, se formos analisar mais cuidadosamente, todas, sem exceção, as situações descritas no art. 24 e no art. 25, da Lei 8.666/93 dependem de exame técnico do objeto ou da demanda em si. Se uma contratação é emergencial (art. 24, IV), será a unidade técnica interessada no objeto a única que terá condições de assim determinar no caso concreto; se o serviço é singular (art. 25, II), como decorrente da própria natureza do objeto, é a unidade especializada neste objeto que terá os meios técnicos de demonstrar tal característica; na dispensa em razão do valor (art. 24, I e II), aquele que quantifica e precifica é o agente competente para indicar tal hipótese de afastamento da licitação.

O ciclo da contratação sem licitação, além de não haver a realização do ato licitatório, se diferencia quanto ao exame jurídico e ao juízo de conveniência e oportunidade da autoridade competente. É que o momento adequado

para o exame prévio de legalidade do órgão jurídico deve ser antecedente ao ato de ratificação da hipótese (art. 26, *caput* da Lei no. 8.666/1993). Isso porque o processo já conterà todos os elementos necessários à comprovação de que se trata realmente de um caso de dispensa ou de inexigibilidade de licitação. E se não for ainda suficiente, o órgão jurídico devolverá os autos para o setor técnico a fim de aparar as arestas ainda existentes. O processo somente deve chegar à autoridade competente tendo encerrada a fase de estudos preliminares. Haveria retrabalho caso o processo chegasse nas mãos da dita autoridade e, após aprovar a contratação, o setor jurídico discordasse do afastamento da licitação. E mesmo que concorde com o enquadramento legal, ainda assim haveria retrabalho, pois o processo teria que retornar à autoridade competente para expedição do ato de ratificação da dispensa ou da inexigibilidade.

Capítulo 4 - Documentos de Planejamento da Contratação

Se bem entendida a necessidade de planejar a contratação, é igualmente necessário reconhecer que este planejamento deverá vir consolidado no processo, pois haverá reunião de um conjunto de informações, estudos e análises, que precisam estar reunidas em um documento, o qual servirá de base para a produção do edital de licitações e da minuta do contrato. Constituem instrumentos do planejamento da contratação o “*Documento de Referência*” e o *Projeto Executivo*.

Por documento de referência entende-se aquele documento produzido pela Administração que reúne e consolida todas as informações técnicas relativas ao objeto e à contratação. *Documento de referência* é gênero do qual extraímos duas espécies, a saber: **Projeto Básico** e **Termo de Referência**. Ambos os documentos possuem as mesmas finalidades e caracteres. O documento de referência serve às finalidades de informar a individualização do objeto e dar subsídios para montagem do plano da licitação.

Desde já é bom que se esclareça que, do ponto de vista formal, não há qualquer distinção entre Projeto Básico e Termo de Referência. Ambos terão as mesmas funções e tratarão dos mesmos assuntos, variando apenas em relação à especificidade de cada objeto.

Quanto ao plano da licitação, o documento de referência tratará das informações técnicas necessárias à elaboração das minutas do edital de licitações e do contrato. Em relação ao primeiro, se ocupará de discorrer sobre os critérios de habilitação técnica e dos critérios de aceitabilidade de proposta (características técnicas, documentos relativos ao objeto tais como certificados, registros do produto nos órgãos competentes etc.). Quanto à minuta do contrato, trará as informações e cláusulas de execução operacional do ajuste (prazos de execução e vigência, metodologias, periodicidades, obrigações acessórias como garantias, instalação, montagem etc).

4.1 - Do Projeto Básico

A Lei 8. 666/93 traz um único dispositivo que cuida de definir que documento servirá à Administração para dar base técnica ao plano da licitação, assim dispondo em seu art. 6º, IX:

IX- Projeto Básico- conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços **objeto da licitação**, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

O texto normativo é confuso e impreciso. Faz parecer que tal documento consolidador do objeto somente é necessário nos casos de obras e serviços, deixando de fora as compras. Quanto a esse aspecto, Jessé Torres vai mais além, considerando que o dispositivo se refere apenas às obras e *serviços de engenharia*. Em seu sentir, essa limitação decorre do fato de que em “todos os incisos que identificam o conteúdo necessário do instrumento, há expressa referência à obra”¹⁵.

Mas o fato é que assim considerando, e ante a ausência de outro dispositivo do mesmo gênero para as compras e demais serviços, tal entendimento conduziria a uma interpretação, no mínimo, temerosa, segundo a qual, nestas hipóteses, não seria obrigatória a elaboração de um documento consolidador das características técnicas e condições operacionais de

15 *Comentários...*, p. 120. A despeito desse entendimento, o doutrinador destaca que o TCU reconhece ser o dispositivo aplicável aos demais serviços.

execução do contrato, o que acarretaria enorme fragilidade no processo no que tange ao exame pelo controle (interno e externo) acerca dos elementos do planejamento da despesa.

Por tratar-se do **único** dispositivo com essa definição, outra não deve ser a interpretação do mesmo senão a de que, mesmo não tratando expressamente sobre as compras e serviços que não sejam de engenharia, a elas a expressão também servirá naquilo que couber. Afinal, não seria razoável admitir que a obrigação da Administração em elaborar um documento que reúna “...*elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado...para caracterizar...o objeto da licitação...*” não viria a recair em objeto a serem adquiridos. Claro que a estes também é, e sempre foi, obrigatório que a Administração reunisse em um documento todas as informações técnicas necessárias à consecução do fim da contratação. Tal entendimento, além de consectário lógico dado a finalidade do preceito, é inteiramente compatível com a leitura dos arts. 14 e 15, § 7º da L. 8;666/93:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 15. *Omissis*

(...)

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.

Por assim dizer, todas as contratações realizadas com base na L. 8.666/93 devem ser balizadas por meio do Projeto Básico, seja ela uma obra, um serviço ou uma compra. Naturalmente, as alíneas do inciso em tela somente serão aplicáveis naquilo que couber em cada caso concreto.

4.2 - Do Termo de Referência

A edição da Medida Provisória 2.026, de 04 de maio de 2000, que instituiu a modalidade Pregão no âmbito da União, posteriormente convertida na Lei 10.520/2002, estendendo tal modalidade a todos os órgãos da Administração Pública, trouxe alguma confusão sobre esse tema, em razão do surgimento de uma nova terminologia, qual seja, a do Termo de Referência.

Muitos passaram a entender, diga-se, desde já, equivocadamente, que essa expressão seria o documento de referência para compras e que Projeto Básico seria aquele destinado a balizar as obras e serviços. Segue a redação que foi conferida pelo Decreto nº. 3.555/2000:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

(...)

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

Posteriormente, essa redação ganhou um pouco mais de detalhes no Decreto nº. 5.450/2005, que regulamentou o pregão eletrônico:

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

(...)

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

Se bem olharmos os textos regulamentares acima transcritos, vamos observar que eles não se afastam muito do que a Lei 8.666/93 dispôs para o Projeto Básico. Nenhuma dessas normas se dirige especificamente a uma espécie de contratação.

Como não houve uma determinação específica e os Decretos citados destinam-se a regular as licitações na modalidade Pregão/Pregão Eletrônico, a interpretação consentânea com o sistema normativo instituído é no sentido de que será cabível o termo de referência nas contratações que envolverem objetos que sejam afetos a essa especial modalidade licitatória, ou seja, será cabível sempre que o objeto da contratação puder ser classificado como de natureza comum.

4.3 - Do documento de referência nas contratações diretas

Há quem diga que nas contratações em licitação (dispensa e inexigibilidade), não haveria obrigatoriedade de desenvolver Projeto Básico ou termo de Referência. Isso não é verdade.

Em primeiro lugar, não existe previsão legal no sentido dessa liberalidade. Em segundo, as normas já aqui transcritas obrigam a Administração em todos os casos de contratação. E em terceiro, por uma questão de coerência lógica, não seria razoável admitir que o dever de a Administração em bem definir o objeto e individualizando-o em seus pormenores, não subsistira em uma dada contratação apenas porque não seria licitável seu objeto. Ora, é sabido que em muitos casos, a contratação envolverá grande soma de recursos e consulta a vários possíveis executores (que é perfeitamente desejável). A elaboração do Projeto Básico/Termo de Referência é um dever ligado ao princípio da eficiência, que vem a exigir do

gestor, ações planejadas e muito bem medidas quando o assunto é realização de despesa.

Confira-se o seguinte excerto de julgado do TCU, que expõe justamente esse raciocínio:

“(…) “a atualidade do projeto básico é, antes de qualquer exigência legal, uma questão de lógica, porque, se a entidade se propõe a realizar determinado procedimento licitatório, tem dever de assegurar aos participantes que o que se busca está balizado em parâmetros e elementos que traduzem fielmente o objeto almejado, na sua adequação, composição e atualidade. Caso contrário, induz os participantes a erro na apresentação da proposta baseada em realidade que não mais existe, o que acarreta, como ocorreu nestes autos, a celebração de uma série de termos aditivos, que descaracterizaram totalmente o objeto licitado, uma vez que foram feitas alterações substanciais em serviços necessários à execução da obra”. Além de se amparar na jurisprudência consolidada do Tribunal, inclusive na Súmula TCU 261, a relatora acrescentou: “não merece prosperar a tentativa de defender que alterações posteriores do contrato tiveram respaldo no art. 65 da Lei 8.666/1993, posto que aquele normativo legal regula alterações que possam vir a ocorrer na execução do contrato em razão de certas circunstâncias que devem ser justificadas. Não é o caso que agora se examina, eis que, desde a contratação do projeto básico, já se sabia de sua defasagem e de sua incompatibilidade com o objeto a ser licitado”. O Tribunal negou provimento aos recursos. *Acórdão 1169/2013-Plenário*, TC 007.286/2008-3, relatora Ministra Ana Arraes, 15.5.2013. (TCU, Informativo de Licitações e Contratos, no. 151)

Portanto, mesmo nas contratações por dispensa ou por inexigibilidade de licitação, é dever do gestor elaborar o competente documento de referência. Caso o objeto do contrato seja de natureza comum, aquele será definido como Termo de Referência; do contrário, chamar-se-á Projeto Básico.

Por exemplo, se a contratação é uma aquisição de material de papelaria cujo valor total fique abaixo do limite fixado para a dispensa de licitação do art. 24, II, por tratar-se de material de natureza comum, o documento de referência será o Termo de Referência; se o contrato for um serviço singular, por óbvio que este não poderá ser considerado *comum*, e, portanto, o documento de referência será o Projeto Básico.

Ainda persistem debates sobre essa questão. Alguns defendem que, em homenagem ao princípio da celeridade, nos casos de dispensa de licitação em razão do valor (art. 24, I e II) não seria necessária a elaboração do documento de referência. Discordamos.

Em qualquer caso, não se exime da obrigatoriedade de bem definir o objeto o gestor público. Ora, se o objeto for complexo, o documento de referência será igualmente complexo, com várias laudas, planilhas, desenhos técnicos e outros anexos; se o objeto for simples, o documento de referência será também menos rebuscado. A simplicidade do objeto, facilita, por óbvio, a elaboração do documento, mas não o torna dispensável. Esta é, inclusive, a lição de Justen Filho, para quem: “o conteúdo do Projeto Básico dependerá da natureza do objeto a ser licitado. Deverá ser tanto mais

complexo e minucioso na medida em que assim o exija o objeto da futura contratação.”

4.4 - Do sistema instituído na Lei 12.462/2011 - RDC

No Regime diferenciado de contratação, o tratamento quanto ao tema foi diverso, ficando assim definido:

Lei 12.462/2011

Art. 2º Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:

(...)

IV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no parágrafo único deste artigo:

a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares;

Decreto no. 7.581/2011

Art. 4º Na fase interna, a administração pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame, tais como:

(...)

VII - termo de referência que contenha conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado,

para caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos;

VIII - projeto básico ou executivo para a contratação de obras e serviços de engenharia;

Como se vê, para o caso das contratações realizadas no RDC, o Projeto Básico será o documento de referência destinado à definição do objeto quando este se tratar de obras ou serviços de engenharia. Para compras e serviços que não sejam de engenharia, será o Termo de Referência.

4.5 - Do Projeto Executivo

Vimos que o Projeto Básico/Termo de Referência é o documento por meio do qual a Administração individualiza o objeto, com todos os seus elementos característicos, inclusive, no que concerne à execução operacional do respectivo contrato.

Além deste, poderá ainda ser elaborado o Projeto Executivo, que terá função complementar ao documento de referência. Contudo, a despeito de consistir em uma terminologia afeta à engenharia, a Lei geral de licitações buscou conceituar o que seria Projeto Executivo com a seguinte definição:

Lei no. 8.666/93

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

X - Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;

Essa mesma definição é repetida na Lei do Regime Diferenciado de Contratações, a saber:

Lei no. 12.462/2011

Art. 2º Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:

(...)

V - projeto executivo: conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes; e

Como se viu, as definições legais pouco informam sobre o que seria tal documento, e nada sobre o seu conteúdo. Para espanto nosso, o próprio CONFEA manteve a imprecisão dos dispositivos já mencionados, por meio da Decisão normativa no. 106/2015, senão vejamos:

Decisão Normativa no. 106/2015, do CONFEA

Art. 2º Para efeito desta decisão normativa, considera-se o termo genérico “Projeto” como:

II - o Projeto Executivo, que consiste no conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra ou do serviço, conforme disciplinamento da Lei nº8.666, de 1993, e das normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.

Um pouco melhor andou o Instituto de Engenharia, cuja cartilha de normas técnicas assim definiu:

NORMA TÉCNICA IE – Nº 01/2011

“6.4. PROJETO EXECUTIVO

E o conjunto de elementos necessários e suficientes à realização completa da obra, num nível de detalhamento adequado à execução, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT. (Lei Federal no 8.666, Art. 6º, Inciso X). Deve ser considerado o detalhamento do Projeto Básico. O projeto completo deve conter os desenhos de todos os projetos específicos, especificações, caderno de encargos, memoriais descritivos, metodologias e todos os detalhes necessários à execução da obra.”

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, na sua obra de referência para obras de edificações públicas,¹⁶ adotou a seguinte definição:

“Após a elaboração do projeto básico, a Administração deve providenciar o projeto executivo, que apresentará os elementos necessários à realização do empreendimento com nível máximo de detalhamento de todas as suas etapas. Para a execução desse projeto, deve-se ter pleno conhecimento da área em que a obra será executada e de todos os fatores específicos necessários à atividade de execução.

16 *Obras Públicas – recomendações básicas para contratação e fiscalização de obras de edificações públicas*, 4ª ed. Brasília: TCU, 2014. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/obras-publicas-recomendacoes-basicas-para-a-contratacao-e-fiscalizacao-de-obras-e-edificacoes-publicas.htm>

A Lei nº 8.666/1993 estabelece que o projeto executivo seja elaborado após a conclusão do projeto básico e previamente à execução da obra 26, mas, excepcionalmente, permite que ele seja desenvolvido concomitantemente à realização do empreendimento. Nesse caso, deve haver a autorização expressa da Administração.

É importante salientar, entretanto, que, caso a Administração decida licitar com utilização do projeto básico, esse deve corresponder exatamente ao que determina o art. 6º, inciso IX, da Lei das Licitações. Deve ser, portanto, completo, adequado e suficiente para permitir a elaboração das propostas das empresas interessadas no certame licitatório e a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração.”

Parece socorrer melhor tais definições quando a hipótese da contratação é obra ou mesmo um serviço de engenharia. Mas, conforme visto acima, as normas licitatórias não cuidam apenas desses objetos. Portanto, a definição do art. 6º, X da Lei no. 8.666/93 se presta também a serviços que não sejam de engenharia, sendo que, para estes, a elaboração do Projeto Executivo é obrigatória; para os demais serviços, facultativo. Por óbvio que não haverá que se falar em Projeto Executivo nas compras, por tratar-se de modalidade de ajuste cuja obrigação principal é de *dar*.

4.5.1 – Características do Projeto Executivo

De tudo que vimos acima, pode-se concluir que o Projeto Executivo será complementar ao projeto Básico/

Termo de Referência, quer dizer, deverá entrar em nível de detalhamento mais aprofundado do que esses documentos. Segundo Marçal Justen Filho¹⁷, “o projeto executivo exaure todas as cogitações abstratas e genéricas atinentes à obra, de modo a permitir uma atividade de pura execução do referido objeto.”

Para melhor definição do que seria o conteúdo do Projeto executivo, pode-se dizer que o Projeto Básico/ Termo de Referência seria o “que” se pretende contratar (individualização do objeto); o Projeto Executivo seria o “como” este objeto será aperfeiçoado e executado. Um exemplo simples será suficiente para ilustrar bem essa distinção.

Imaginando o preparo de uma licitação para serviços de limpeza, higiene e conservação, o Termo de Referência (trata-se de serviço *comum*) traria, dentre as suas cláusulas, a seguinte:

“Item ___ - Na execução dos serviços nos ambientes internos, a contratada deverá submeter à limpeza diária:

Pisos e carpetes;

Mobiliários;

Esquadrias, cortinas e persianas”

O Projeto Executivo, em relação ao item do Termo de Referência acima exemplificado, teria a seguinte redação:

“Item ___ - A limpeza diária dos ambientes internos será executada da seguinte forma:

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2012, pág. 135.

Serão iniciados os trabalhos pelos ambientes nos quais são recebidos servidores no primeiro horário de expediente, conforme informação a ser fornecida pelo Fiscal do contrato. Tal procedimento visa aproveitar os ambientes internos sem o trânsito de pessoas, possibilitando maior agilidade na execução dos serviços.

Dentro dos escritórios, a limpeza será executada com a retirada de pó das cortinas, das persianas e do mobiliário. Em seguida, será submetida à limpeza a face interna da fachada envidraçada. Por fim, serão realizados os procedimentos de limpeza e aplicação de cera líquida nos pisos ou, conforme o caso, limpeza dos carpetes.”

Como se viu, o Projeto Executivo cuida de minudenciar a metodologia por meio da qual o serviço será executado. Sua finalidade é a de possibilitar a antecipação da forma de execução de maneira que o Fiscal do contrato possa verificar se a mesma se amolda às necessidades e características específicas do serviço.

O Projeto Executivo pode ser elaborado pela própria Administração ou esta poderá determinar que o contratado o faça, podendo ser estabelecida tal obrigação como condicionante da assinatura do contrato, como uma espécie de encargo de mobilização (art. 9º, § 2º, da L. 8.666/93). Nada impede, entretanto, que o Projeto Executivo seja elaborado durante a execução do serviço.

A exigência de elaboração do Projeto Executivo, no entanto, para o caso de serviços que não sejam típicos de engenharia (já sabemos que este documento não é pertinente nas compras), requer alguns cuidados.

De um modo geral, não é muito adequado o procedimento em que a própria Administração elabora o Projeto Executivo. Isto porque ao fazê-lo, o órgão estaria retirando do especialista (a empresa) a possibilidade de pensar em uma metodologia mais eficiente e de menor custo para a execução. Outro problema decorrente é que o Projeto Executivo “engessaria” a execução, pois como foi traçado e lançado junto com o edital de licitação, como um de seus anexos, o mesmo ganha foro de cláusula de contrato. Se durante a execução for necessário alterar a sua metodologia para o fim de melhor adaptá-la às circunstâncias específicas (que muitas vezes só são descobertas ao longo da execução), será necessário aditar o contrato (com toda a burocracia que é peculiar a esse procedimento), o que não seria necessário caso o Projeto Executivo fosse de autoria da própria empresa, apenas com o “de acordo” da autoridade fiscal.

Também considero inadequado que o Projeto Executivo seja elaborado ao longo da execução. Apesar de ser procedimento corriqueiro nas obras e serviços de engenharia, nos demais serviços a elaboração desse documento concomitante com a execução esvazia a sua principal característica, que é a de prevenir eventuais dissonâncias entre a execução e as características específicas do contrato.

Portanto, é possível consignar que a previsão de elaboração do Projeto Executivo, nos casos de serviços que não sejam de engenharia, é excepcional, devendo ser opção apenas quando a unidade técnica responsável justificar nos autos sua necessidade.

4.6 - Competência para elaborar os documentos de referência e as minutas de edital de licitação

Uma das tarefas mais árduas em termos de governança corporativa no serviço público é atribuir “quem” deve fazer “o quê”. Como a atividade administrativa é habituada a estabelecer rotinas e processos de forma burocrática, a atividade para a qual não se tem norma regulamentar acaba sendo dirigida de forma imprecisa e pouco profissional.

Nas entidades da Administração Pública, raramente encontramos normas ou regulamentos internos que associem processos de trabalho com estabelecimento de competências bem definidas. E quando tal ocorre, a tarefa de elaborar o documento de referência acaba sendo encaminhada para os setores que tratam das licitações, que recebem as demandas dos setores técnicos as informações sobre o produto que necessitam contratar, não raro desprovidos de maior detalhamento que possibilite uma adequada especificação técnica.

É óbvio que, por mais estudiosos e dedicados sejam os servidores da área de licitações, não é possível crer que teriam plenas condições de especificar e individualizar objetos de todos os segmentos.

Esse *modus operandi* acarreta uma série de problemas que poderão conduzir a uma contratação desastrosa. Em primeiro lugar, os setores técnicos acabam não se envolvendo no processo, atuando como se fossem simples consultores.

Entendem que não é deles a responsabilidade pela elaboração do documento de referência por se tratar de um setor operacional. Conseqüentemente, ao não assumirem qualquer responsabilidade, os servidores técnicos da área interessada na contratação, não se capacitam adequadamente, e formulam especificações que muitas vezes direcionam sua contratação a uma empresa ou marca específica.

Em segundo, o documento tende a ser frágil, com especificações imprecisas e dissociadas das melhores soluções do mercado. Logo, o contrato tende a não ser o mais adequado e/ou de preço bem mais elevado do que poderia ser, se pensado de acordo com a boa técnica.

Sendo assim, visto que o documento de referência é aquele que consolida as informações sobre a individualização do objeto, claro está que o mesmo deve ser elaborado pelo setor técnico especialista do objeto. Não faria qualquer sentido um profissional ou setor de outra área responsabilizar-se por esse encargo. E para esse desiderato, será de suma importância que os profissionais estejam devidamente capacitados, devendo conhecer os limites impostos pela legislação acerca das contratações públicas.

O setor especialista nem sempre coincide com o setor demandante, sendo importante diferenciá-los. Muitas vezes o órgão estabelece internamente que aquele que solicitar a contratação deverá especificar o objeto. Ora, especificar o objeto nada mais é senão elaborar o respectivo documento de referência. Mas nem sempre o setor demandante é o especialista no objeto. Digamos que a Assessoria Jurídica necessite de um *scanner* de alta resolução, que servirá para

digitalizar documentos e processos. Mas o órgão consultivo não é especialista em equipamentos de TI. É mero usuário. Caso fique com a responsabilidade de elaborar um documento que individualize o objeto, certamente o fará sem a técnica adequada, pois não conhece tecnologias e nem mesmo o mercado relativo a esse segmento.

Portanto, deve-se buscar, sempre, encaminhar o processo ao setor especializado para que ele seja o responsável por essa importante atividade da fase interna da contratação.

Haverá ainda casos em que a responsabilidade será compartilhada. Isso ocorre quando o objeto é afeto a duas áreas técnicas distintas, caso típico das contratações de serviços de treinamentos. Normalmente, o setor que centraliza e instrui o processo de contratação de cursos é o de Gestão de Pessoas, Setor de Treinamento ou ainda a Escola de Governo. Mas, se o tema do curso pretendido é, por exemplo, relativo à área de TI, ambos os setores deverão construir, em conjunto, o documento de referência, pois haverá circunstâncias específicas de cada especialidade, que deverão ser tratadas pelo respectivo especialista.

Capítulo 5 – As orientações da IN 05/2017/MPDG para procedimentos e distribuição das competências na fase de planejamento da licitação

Considerando a necessidade de se dar maior fluidez e homogeneidade ao processamento das contratações, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão

editou a Instrução Normativa 05/2017/MPDG, construída a partir de uma opção metodológica bastante útil no sentido da sistematização do processo de contratação. Nela se percebe a identificação de fases, subfases e etapas bem distintas e distribuídas com coerência, cada qual com estabelecimento das suas e atividades correlatas. Segundo o art. 19 do citado normativo, o processo se divide em três grandes fases, a saber:

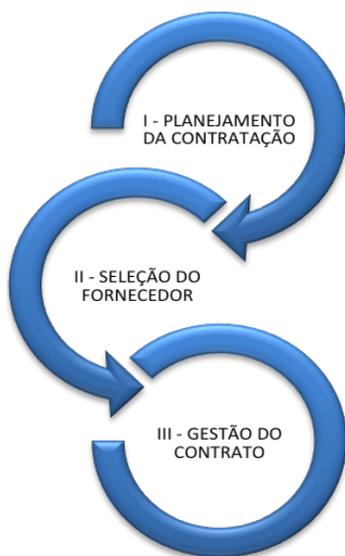


Figura 1

Pela clássica divisão do processo em Fase Interna (ou preparatória) e Fase Externa (ou executória), adotada quase à unanimidade pelos autores, a primeira conteria o *Planejamento da Contratação* e a segunda englobaria a *Seleção o Fornecedor* e *Gestão do Contrato*. Para a fase do planejamento, o art. 20 apresenta três etapas:

- I. estudos preliminares;
- II. gerenciamento de riscos
- III. Termo de Referência ou Projeto Básico

Conquanto a redação do art. 20 anotar três produtos para a fase de planejamento (cada etapa gerará um documento próprio), dando como ponto de partida o desenvolvimento dos *Estudos Preliminares*, o art. 21 cria uma etapa prévia chamada de *Procedimentos Iniciais*, que deverá ser desenvolvida a partir da elaboração do *Documento de Formalização da Demanda*, a ser preenchido com base no modelo proposto no ANEXO II da Instrução Normativa.

A produção de tal documento, pelo que se depreende dos dispositivos seguintes, deverá ficar a cargo do setor requisitante. Nele, deverão ser apontadas a justificativa da contratação, a quantidade do serviço a ser contratado e a previsão para o início da execução. O documento deverá ainda indicar o servidor que integrará a equipe que irá conduzir o processo de contratação, podendo ser indicado mais de um servidor, sendo que, desde já, poderá ser indicado o agente que cumprirá a função de fiscal do contrato.

Uma vez elaborado o *Documento de Formalização da Demanda*, o mesmo deverá ser encaminhado ao setor de licitações para designação formal da equipe de planejamento, tudo conforme o fluxograma a seguir:

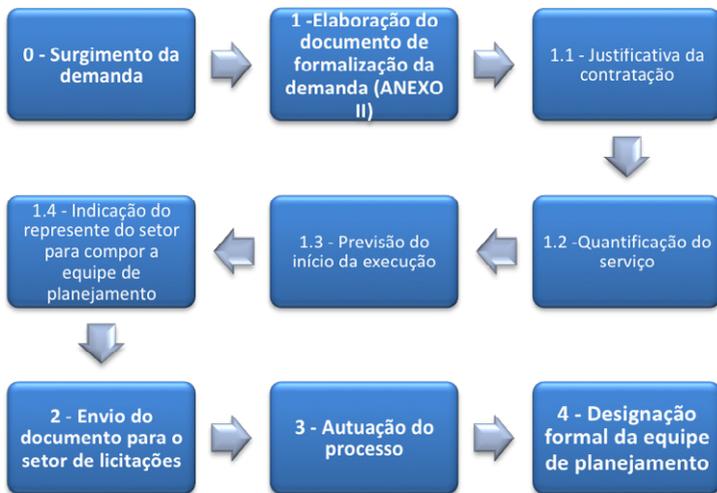


Figura 2

O processo de contratação somente nasce após o surgimento de uma necessidade de interesse público que exija a contratação do serviço para que a mesma seja satisfeita. É o marco ‘0’ da contratação. Sem isso, quer dizer, sem que o objeto do futuro contrato venha a atender a um interesse coletivo, a contratação seria nula por desvio de finalidade.

Por demanda de interesse público entenda-se toda e qualquer situação fática que exija do Gestor a providência de contratar algo para ser satisfeita e sem a qual a Administração não pode prescindir sem prejuízo de atividades-fim, atividade auxiliar ou programa de governo ou política pública a ser implantada, ampliada ou mantida. Digo isso para afastar a falsa noção de que a demanda de interesse público a qual se faz referência se constitua apenas de situações emergenciais. A aproximação do fim de um contrato de natureza continuada

de que não caiba mais prorrogação é uma situação fática que faz surgir a necessidade (de interesse público) de se providenciar regular licitação para celebração do novo ajuste, o que não significa que esse fato, em si, seja presumidamente emergencial.

Portanto, sem que tenha surgido uma demanda de interesse coletivo, não haverá motivo para a deflagração de um processo licitatório. Uma vez que tenha sido identificada, o setor competente, via de regra, aquele que identificou a tal demanda, deverá iniciar o procedimento de elaboração do *Documento de Formalização de Demanda*. Dele, o item mais crítico é a justificativa da contratação (**Passo 1.1**), que deverá apontar as razões que dão suporte fático ao processo. Dada a relevância desse elemento, vamos a ele nos estender com um pouco mais de dedicação

Uma vez que o *Documento de Formalização da Demanda* tenha sido elaborado encerrar-se-á a fase de procedimentos iniciais com o encaminhamento do dito documento ao “setor de licitações”, cuja autoridade responsável terá a competência de promover a designação formal da equipe de planejamento da contratação. Por “setor de licitações” deve ser entendido o setor organizacional que tem competência para instruir e conduzir o procedimento licitatório.

Claro que a IN não teria competência para normatizar a estrutura interna dos órgãos e entidades que a ela se submetem por tratar-se de matéria administrativa, afeta ao próprio órgão ou entidade. Diante disso, caberá a cada órgão/entidade a definição de qual setor ficará encarregado de presidir a instrução do processo licitatório. Quanto à

autoridade competente, o ANEXO I da IN nº. 05/2017 assim define:

I - AUTORIDADE COMPETENTE DO SETOR DE LICITAÇÕES: A referida autoridade, para fins do disposto nesta Instrução Normativa, é aquela que possui poder de decisão indicada na lei ou regimento interno do órgão ou entidade como responsável pelas licitações, contratos, ou ordenação de despesas, podendo haver mais de uma designação a depender da estrutura regimental.

Uma dúvida de ordem administrativa pode saltar da redação dos artigos 21 a 23 da IN nº. 05/2017, no que tange à abertura do processo. Penso que o *Documento de Formalização da Demanda* cumpriria o papel da solicitação da contratação do serviço, tendo caráter de comunicação interna. Como a IN define que o responsável pelo “setor de licitações” é a autoridade competente para designar a equipe de planejamento, penso que a este também incumbirá a abertura do processo administrativo no qual serão entranhados, à medida que forem sendo produzidos, os documentos da etapa de planejamento da contratação. Somente após concluído o Termo de Referência/Projeto Básico, é que o processo seguirá à autoridade competente para exercer o juízo de conveniência e oportunidade quanto à contratação pretendida, deflagrando o processo licitatório ou determinando o arquivamento dos autos.

No que se refere à equipe de planejamento, segundo o já transcrito art. 22, § 1º da IN nº. 05/2017 orienta no sentido de que a mesma deverá ser composta por servidores

que detenham conhecimentos técnicos de uso do objeto e também de servidores que tenham conhecimento sobre as normas de licitações e contratos.

Não se trata de órgão colegiado, ou seja, não terá a característica de decisão por votos. A equipe terá que atuar de forma colaborativa e, cada um dos membros, dentro da sua especialidade, deverá oferecer a sua contribuição técnica para que, somadas, resultem em um trabalho harmonioso e preciso. Todavia, o fato de não ser um colegiado não quer significar que não deva haver uma coordenação. A despeito do silêncio da IN quanto a esse aspecto, competirá à autoridade competente não só a escolha e designação da equipe de planejamento, mas também a indicação de seu coordenador.

Ultimadas essas providências, ou seja, elaborado e encaminhado o *Documento de Formalização da Demanda*, o setor competente designará a equipe de planejamento. Sim, a IN 05/2017 resolve o problema crônico de distribuição de competências do qual falamos acima, pois todos os atos de planejamento da contratação serão entregues a uma equipe multidisciplinar, a qual ficará responsável até a entrega do Termo de Referência/Projeto Básico, ou seja, tais produtos não ficarão mais a cargo de um setor, acabando com o jogo do *empurra* que é muito frequente nas repartições.

5.1 – Dos estudos preliminares segundo a IN 05/2017/MPDG

Conforme visto alhures, a etapa de planejamento é composta por três grandes atividades: os *estudos preliminares*;

o *gerenciamento de riscos*; e o *Termo de Referência/Projeto Básico*.

Podemos definir que *Estudos Preliminares* é o conjunto de ações a serem empreendidas na fase interna da contratação que tem por finalidade gerar as informações necessárias para o balizamento da decisão da autoridade. Compõem o rol de atividades relativas a esta etapa do ciclo da contratação:

- a) a verificação da necessidade da contratação;
- b) a identificação dos principais requisitos da contratação, bem como a estimativa das quantidades a serem contratadas;
- c) demonstrativo das alternativas do mercado e parâmetros que servirão de base para a escolha da solução técnica a ser contratada;
- d) o levantamento do valor de referência (análise de mercado); e,
- e) o ato da autoridade competente que declare a viabilidade ou não da contratação.

Em um primeiro momento, parece haver certa superposição dos *Estudos Preliminares* com aqueles desenvolvidos nos *Procedimentos Iniciais*. E é bem verdade. A necessidade da contratação e a quantidade do serviço constituem informações que já integram o *Documento de Formalização da Demanda*. Mas, segundo se pode notar, a IN 05/2017 parece partir da premissa segundo a qual, os *procedimentos iniciais* serão desencadeados pela unidade ou setor demandante, que nem sempre será a unidade detentora

da expertise sobre o objeto a ser contratado. Mas é bom lembrar que os *procedimentos iniciais* incluem a indicação do servidor da referida unidade que comporá a equipe de planejamento. Assim, os *estudos preliminares* serão tocados pela referida equipe, que aprofundará o exame da necessidade da contratação e das quantidades a serem contratadas, já referida no *Documento de Formalização da Demanda*.

Duas outras atividades assumem especial relevo nesta etapa da contratação: o levantamento das soluções técnicas existentes no mercado (art. 24, § 1º V); e, a estimativa de preços referenciais (art. 24, § 1º VI).

No que se refere ao primeiro, conforme orientação constante no site do TCU¹⁸, trata-se da demonstração de que o tipo de solução escolhida pela Equipe de planejamento é a que melhor atende aos requisitos da contratação. A escolha da solução deverá levar em conta, além dos aspectos técnicos propriamente ditos, outros, tais como a economicidade, eficácia, eficiência e padronização e, notadamente, as práticas do mercado.

Assim, a equipe de planejamento deverá demonstrar nos autos do processo que investigou o mercado quanto às soluções possíveis disponibilizadas, esclarecendo o porquê, dentre elas fez a sua escolha. Claro que esse estudo somente será realizado quando o mercado apresentar variadas soluções para a demanda existente, o que é bastante frequente no ramo de TI. Tanto assim, que o parágrafo se utiliza da expressão “quando couber”. Como sempre, um exemplo ilustrará bem a hipótese.

18 Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/arquivosrca/001.003.009.033.htm>

Imaginemos que a Biblioteca de um Tribunal necessite de um sistema informatizado para gerenciar o empréstimo de livros do seu acervo. Seria a própria Biblioteca a autora do *Documento de Formalização da Demanda*. A Equipe de planejamento, em consulta ao mercado, poderá encontrar variadas soluções para atendimento dessa demanda, que pode ir desde a contratação de um consultor para desenvolver o sistema até a aquisição de um *software* de prateleira. A ideia é que a Equipe avalie as opções encontradas e instrua o processo com as informações relativas a cada solução alvitrada e, ao fazer a sua opção, indicar as razões pelas quais por ela teria se inclinado, levando em conta os aspectos acima referidos.

Para o desenvolvimento dessa atividade, o ANEXO III lista duas diretrizes básicas que deverão orientar os trabalhos da Equipe: a) considerar variadas fontes, inclusive contratações similares realizadas por outros órgãos; e b) a possibilidade de realização de audiência pública, quando o objeto envolver alta complexidade técnica. As contratações de outros órgãos podem ser bastante úteis, tanto no quesito técnico, como na etapa imediatamente posterior, que será a investigação dos preços de mercado.

No que concerne à audiência pública, o órgão, caso opte por essa medida, deverá dimensionar cuidadosamente os prazos de atendimento à demanda, pois com a audiência pública, por óbvio, que o processo demandará maior tempo de tramitação, o que adiará a providência. Por lado outro, nada impede que a audiência pública se dê em ambiente eletrônico (aliás, é preferível, pela questão da celeridade e economicidade). Ao final do recebimento das sugestões, a

equipe deverá consolidar e avaliar as sugestões oferecidas, integrando-as na motivação da escolha da solução.

Uma possível confusão pode ocorrer entre os conteúdos do documento que consolidará os *estudos preliminares* e o Projeto Básico/Termo de Referência. Nota-se que a IN 05/2017 arrola como sendo conteúdo do primeiro, elementos que, em verdade, são típicos do documento de referência (PB/TR), como a descrição da solução como um todo (art. 24, § 1º VII); e a justificativa para o parcelamento ou não da solução (art. 24, § 1º VIII). Considerando que o PB/TR será elaborado pela mesma equipe que desenvolverá e consolidará os estudos preliminares, não vejo óbice que tais conteúdos estejam descritos apenas neste último, desde que atendidos os requisitos da norma.

Nada obstante termos dito que a norma do art. 24, § 1º tenha se utilizado da expressão “no que couber”, o que indicaria que o conteúdo proposto nos incisos do mesmo parágrafo não seria obrigatório, o §2º impõe a obrigatoriedade dos seguintes elementos: a) necessidade da contratação; b) estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte; c) estimativas de preços ou preços referenciais; d) justificativas para o parcelamento ou não da solução, quando necessária para individualização do objeto; e, e) declaração da viabilidade ou não da contratação. O rol apresentado deve ser considerado como a lista de elementos essenciais ao planejamento, cuja ausência impede a continuidade do processo.

A indicação da necessidade da contratação é o item primordial. A realização de despesa que não corresponda

a uma necessidade real de interesse público a ser atendida deve ser considerada como ilegal, podendo o Gestor ser enquadrado no art. 10 da Lei nº. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). A estimativa das quantidades a serem contratadas atende ao disposto no art. 14 e 15, § 7º, II da Lei 8.666/1993. A estimativa de preços¹⁹ constitui elemento imprescindível à decisão da autoridade competente quanto à conveniência e oportunidade da contratação, bem como ao planejamento orçamentário da unidade contratante. A própria Lei Geral de Licitações prevê a impossibilidade da contratação de serviços sem que haja prévio estudo financeiro da contratação:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

II- existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III- houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

19 Sobre a estimativa de preço, veja-se o ensaio publicado nas Orientações Preventivas Especiais, publicada em www.jmleventos.com.br, em coluna jurídica.

A contratação, sempre que possível, deve ser fracionada de modo a atender às peculiaridades do mercado, bem como atender ao desiderato de possibilitar o alcance do maior número possível de interessados na licitação. Caso reunidos em um único contrato vários serviços que, pelo menos em tese, poderiam ser contratados separadamente, a tendência é que haja um número menor de licitações (menor distribuição de oportunidades de negócio), bem como restrição ao caráter competitivo, pois empresas que, eventualmente, teriam condições de executar as parcelas especializadas do serviço, mas sem condições de executar a totalidade dos serviços, estariam liminarmente impedidas de participar do torneio. Assim, a justificativas para o parcelamento ou não da solução encontra amparo no art. 15, IV da L. 8.666/1993 e na Súmula 247 do TCU, pois a reunião de vários serviços em um mesmo contrato é condição excepcional e deve ser justificada nos autos, como já o era ao tempo da IN 02/2008.

Justifica-se a contratação de atividades distintas no mesmo contrato, quando a contratação em separado puder causar prejuízo para o conjunto ou complexo do empreendimento a ser contratado. De novo, vamos a um exemplo prático.

O serviço de controle de pragas urbanas é um serviço especializado, prestado por empresas cuja finalidade social é voltada exclusivamente para esse segmento. Mas também há inúmeras empresas especializadas em limpeza e higiene que também possuem a expertise na atividade de controle de pragas (com as certificações e autorizações próprias desse segmento). Logo, ambos os serviços admitem sejam

contratados separadamente, ou seja, duas licitações e dois contratos distintos, mas também admitem ser reunidos em um único contrato. Caso o órgão ou entidade resolva contratar o serviço de limpeza com controle de pragas urbanas (uma licitação, um contrato), deverá apontar as razões de ordem técnica (ou econômica) que justifiquem a adoção da solução extraordinária.

Por fim, a declaração de viabilidade ou não da contratação é o ato por meio do qual a autoridade superior, a partir das respostas obtidas pela Equipe ao longo do desenvolvimento dos *estudos preliminares*, decidirá pelo prosseguimento do processo.

Em que pese não esteja explícita essa finalidade, ela nos parece a única interpretação possível, pois, se viável, o processo deverá seguir seu curso normal. Afinal, nos *estudos preliminares* teria ficado assentada a necessidade da contratação. Se não viável a contratação, o único caminho seria o arquivamento do feito ou, no máximo, seu sobrestamento (o que não é comum).

Uma importante lacuna provocada pela IN 05/2017 nessa etapa é a verificação de disponibilidade orçamentária, que somente é tratada no dispositivo relativo ao PB/TR (art. 30, XI). Mas é claro que a viabilidade ou não da contratação passa, indubitavelmente, pela verificação de adequação orçamentária, isto é, a verificação da existência de reserva orçamentária no programa de trabalho correspondente ao objeto da contratação. Se não houver orçamento disponível, necessariamente terá de ser declarada a inviabilidade da contratação.

5.2 - Do Gerenciamento de Riscos

Mais uma novidade normativa da mais alta importância vem a ser a obrigatoriedade de, na fase de planejamento e também ao longo de todo o ciclo da contratação, instituir o sistema de gerenciamento de riscos de cada projeto.

Se pretendermos dar uma festa ao ar livre, temos que imaginar que há, em algum nível, a possibilidade de vir a chover. E caso realmente chova, a festa estaria bastante comprometida. Se ignorarmos a probabilidade de chuva durante a festa, caso ela realmente ocorra, os prejuízos certamente serão enormes. Mas, se eu já identifiquei tal possibilidade, já posso pensar em medidas que possam, pelo menos, minimizar os meus prejuízos, por exemplo, contratando tendas.

Segundo Kerzner²⁰, risco é uma medida da probabilidade e da consequência de não se atingir um objetivo de um dado projeto. Já para o Sumário executivo do COSO II²¹ risco “é representado pela possibilidade de que um evento ocorrerá e afetará negativamente a realização dos objetivos”. Para a Norma ISO 31.000, risco é a “incerteza nos objetivos”²²; para o IIA (*International Internal Auditors*)²³, é a “possibilidade de ocorrer um evento que venha a ter impacto no cumprimento

20 Gerenciamento de projetos – uma abordagem sistêmica para planejamento, programação e controle (10a ed.). São Paulo: Blucher.

21 COSO_ERM_ExecutiveSummary_Portuguese (1) – Disponível em :< http://www.coso.org/documents/coso_erm_executivesummary_portuguese.pdf

22 ABNT NBR 31000:2009 p. 01 e ABNT ISO GUIA 73:2009 p. 1.

23 Normas internacionais para a prática profissional de auditoria interna (NORMAS) – Disponível em :<http://www.iiabrasil.org.br/new/2015/downs/IPPF_standards2013_portuguese.pdf

dos objetivos. O risco é medido em termos de impacto e de probabilidade”. No âmbito interno do TCU, o art. 1º, inciso V da Instrução Normativa nº. 63/2010 estabelece que risco é a “possibilidade de algo acontecer e ter impacto nos objetivos, sendo medido em termos de consequências e probabilidade”;

Certo é que o risco envolve a noção de incerteza, constituindo uma falta de conhecimento e domínio de eventos futuros. Normalmente os eventos futuros (ou resultados) favoráveis são chamados de oportunidades, enquanto que os eventos desfavoráveis são chamados de riscos. Quando se conhecem os riscos (eventos incertos e futuros que podem causar danos aos objetivos do projeto), abre-se a possibilidade de criar-se contramedidas aos riscos, ou seja, evitar ou, ao menos, amenizar os danos decorrentes da ocorrência negativa, caso ela se concretize. O risco, portanto, aumenta com o perigo e diminui com a salvaguarda. Daí a importância do gerenciamento de riscos, que representa o ato ou a prática de lidar com o risco.

O gerenciamento de riscos, hodiernamente, não é só uma opção, mas sim uma necessidade. O reconhecimento segundo o qual o planejamento da Administração Pública deva ser mais bem elaborado inclui a preocupação com os riscos que envolvem a busca pela realização dos objetivos institucionais.

Essa nova perspectiva teve origem em levantamento realizado pelo Tribunal de Contas da União, que recomendou ao Ministério do Planejamento a orientar os órgãos sob sua esfera de atuação a melhorarem seus procedimentos de planejamento das contratações e a implantarem sistemas de

controles internos e de gerenciamento de riscos, conforme exteriorizado no Acórdão no. 2.622/2015, Plenário:

“(…) 9.2 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP) que:

9.2.1. oriente as organizações sob sua esfera de atuação a:

(…)

9.2.1.3. avaliar se os normativos internos estabelecem:

9.2.1.3.2. competências, atribuições e responsabilidades, com respeito às aquisições, dos dirigentes, nesses incluídos a responsabilidade pelo estabelecimento de políticas e procedimentos de controles internos necessários para mitigar os riscos nas aquisições;

(…)

9.2.1.5. estabelecer diretrizes para a gestão de riscos nas aquisições;

9.2.1.6. capacitar os gestores da área de aquisições em gestão de riscos;

9.2.1.7. realizar gestão de riscos nas aquisições;

(…);

9.2.1.12. executar processo de planejamento das aquisições, contemplando, pelo menos:

9.2.1.12.1. elaboração, com participação de representantes dos diversos setores da organização, de um documento que materialize o plano de aquisições, contemplando, para

cada contratação pretendida, informações como: descrição do objeto, quantidade estimada para a contratação, valor estimado, identificação do requisitante, justificativa da necessidade, período estimado para executar a aquisição (e.g., mês), programa/ação suportado(a) pela aquisição, e objetivo(s) estratégico(s) apoiado(s) pela aquisição;

9.2.1.12.2. aprovação, pela mais alta autoridade da organização, do plano de aquisições;

(...)

9.2.2. elabore um modelo de processo de aquisições para a Administração Pública, para a contratação de bens e serviços, e a gestão dos contratos decorrentes, considerando as diretrizes constantes dos Acórdãos 786/2006, 1480/2008 e 1.915/2010, todos do Plenário do TCU, adaptando-os à aquisição de objetos de todos os tipos e não apenas aos objetos de tecnologia da informação, em especial:

9.2.2.1. modelagem básica dos processos de trabalho de aquisição, incluindo o planejamento da contratação, a seleção do fornecedor e a gestão dos contratos decorrentes;

9.2.2.2. definição de papéis e responsabilidades dos agentes envolvidos em cada fase;

9.2.2.3. elaboração de modelos de artefatos a serem produzidos;

9.2.2.5. planejamento das contratações, iniciando-se pela oficialização das demandas, o que permitirá o planejamento de soluções completas, que atendam às necessidades expressas nas demandas;

9.2.2.6. definição de conceitos e referências à legislação e à jurisprudência;

9.2.2.7. mensuração da prestação de serviços por bens e serviços efetivamente entregues segundo especificações previamente estabelecidas, evitando-se a mera locação de mão-de-obra e o pagamento por hora-trabalhada ou por posto de serviço, utilizando-se de metodologia expressamente definida no edital;

(...)

9.7. recomendar à Secretaria de Gestão Pública (Segep/MPOG) que, em atenção ao art. 5º, I e §1º, do Decreto 5.707/2006 estabeleça, após consulta à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MPOG), um modelo de competências para os atores da função aquisição, em especial daqueles que desempenham papéis ligados à governança e à gestão das aquisições.(...)”

Tais instrumentos de planejamento têm por finalidade precípua evitar os recorrentes e vetustos problemas sentidos em momentos anteriores, tais como contratação de solução obsoleta ou inadequada ao atendimento da demanda surgida; execução imperfeita em virtude da fragilidade das especificações; demora na contratação, em virtude de impugnações e recursos decorrentes de omissões ou fragilidades no instrumento convocatório; incorreções de execução provocadas pela leniência dos instrumentos de fiscalização; demora no atendimento da demanda em virtude de o órgão não estar preparado para as surpresas e

intercorrências que eram perfeitamente previsíveis (que a Gestão de Riscos, tende a resolver), entre outras.

Ao estabelecer que a unidade contratante gerencie os riscos da contratação, o que se pretende é justamente equipar a unidade de elementos que lhe permitam minimizar os danos que podem ocorrer no curso do processo, ou mesmo, evitá-los. Constituem benefícios do gerenciamento de riscos:

- a) previsibilidade das ameaças ao sucesso do projeto;
- b) os planos de contingência e mitigação podem ser desenvolvidos e implementados imediatamente;
- c) criação de *responsabilidades* para fins de monitoramento;
- d) evita incertezas no curso do projeto
- e) garante celeridade na tomada de decisões
- f) encoraja liderança decisiva no lugar de uma gestão de crises.

De acordo com as duas normas internacionais mais utilizadas pelas corporações no mundo inteiro, COSO II e ISO 31.000, o processo de gerenciamento de riscos apresenta as seguintes fases:

- a) planejamento de riscos;
- b) identificação de riscos;
- c) análise quantitativa e qualitativa de riscos; e,
- d) desenvolvimento de estratégias de resposta aos riscos, monitoramento e controle de riscos.

Já o art. 25 da IN 05/2017/MPDG estabelece que o gerenciamento de riscos será composto das seguintes atividades:

- a) identificação dos principais riscos que possam comprometer a efetividade do Planejamento da Contratação, da Seleção do Fornecedor e da Gestão Contratual ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação art. (25, I);
- b) avaliação dos riscos identificados, consistindo da mensuração da probabilidade de ocorrência e do impacto de cada risco(25, II);
- c) tratamento dos riscos considerados inaceitáveis por meio da definição das ações para reduzir a probabilidade de ocorrência dos eventos ou suas consequências (25, III);
- d) para os riscos que persistirem inaceitáveis após o tratamento, definição das ações de contingência para o caso de os eventos correspondentes aos riscos se concretizarem(25, IV); e,
- e) definição dos responsáveis pelas ações de tratamento dos riscos e das ações de contingência(25, V).

Apesar de bem intencionada, a técnica proposta pela norma não é de todo correta. O inciso III induz ao equivocado pensamento segundo o qual, somente necessitam de tratamento os riscos considerados inaceitáveis. Ora, em linhas gerais, inaceitável será o risco identificado com o

elevado grau de probabilidade e impacto. Mas não significa que os riscos que são aceitáveis dispensem tratamento.

Risco aceitável é aquele que, mesmo causando certo dano, quando da sua ocorrência, pode ser suportado pela organização. Mas não se nega que mesmo esse risco deva ser evitado ou mitigado. A tolerância a risco, segundo o COSO II²⁴ “é o nível de variação aceitável quanto à realização de um determinado objetivo. As tolerâncias aos riscos podem ser mensuradas e, frequentemente, com as mesmas unidades de medida aplicadas às metas dos objetivos associados.”

O inciso V leva também à equivocada percepção de que a atribuição de responsabilidades seria a etapa final do processo. Não é verdade. A definição das responsabilidades deve ser feita exatamente no momento da definição das respostas aos riscos identificados. Quer dizer, identificado e avaliado o risco, o tratamento e as medidas de contingência exigem a identificação daquele que será o responsável pelas ações de mitigação e de contingência.

A materialização dessa etapa, ou seja, a consolidação dos estudos envolvendo o gerenciamento de riscos nos processos de contratação fulcrados na IN 05/2017/MPDG, se dará por meio da elaboração do Mapa de Riscos (art. 26). Este deverá ser juntado ao processo ao final da elaboração dos *estudos preliminares* (art. 26, §1º, I), porquanto ser, exatamente nesse momento que a Equipe de Planejamento poderá pensar nos riscos envolvidos no projeto, pois os objetivos do mesmo já estarão amadurecidos. Mas não significa que o Gerenciamento de Riscos somente se

24 *Op.Cit.*

fará ao final. Em verdade, o ciclo desse gerenciamento é concomitante com o próprio desenvolvimento do projeto somente sendo concluído com o encerramento do próprio projeto. Por exemplo, ao ter em mãos as várias soluções técnicas para o atendimento da demanda, a escolha deve levar em consideração os riscos inerentes a cada uma delas. Se a primeira opção da Equipe for uma solução que apresente riscos de elevado grau de probabilidade e impacto, essa circunstância indicará a necessidade de se avaliar outras soluções para que se comparem os níveis de risco a elas também inerentes, optando por aquela que traga maior confiabilidade ao projeto da contratação.

O gerenciamento de riscos é um processo dinâmico e cíclico, exigindo monitoramento e constante reavaliação. Afinal, como estamos tratando de eventos incertos e futuros, é bem possível que aquele evento possivelmente negativo (risco) inicialmente pensado e avaliado, se altere em razão de alguma circunstância interna ou externa ao projeto. Se identificarmos que o atraso na execução por parte do contratado era um risco de baixa probabilidade, considerando que o vencedor da licitação teria passado pelo crivo de uma fase habilitatória bem rigorosa, a ocorrência de um incêndio na sede da empresa contratada eleva significativamente o nível de probabilidade de atraso e até mesmo de inexecução. Daí a necessidade de monitoramento permanente.

Não por outro motivo, o próprio art. 26, §1º da IN 05/2017 impõe o dever de atualização do Mapa de Riscos, também ao final da elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico (inciso II); após a fase de Seleção do

Fornecedor (inciso II); ou ainda, após eventos relevantes, durante a gestão do contrato pelos servidores responsáveis pela fiscalização (inciso IV).

Tão logo concluídas as etapas relativas aos *Estudos Preliminares* e ao *Gerenciamento de Riscos*, a Equipe encaminhará o resultado dessa etapa, com os documentos a elas atinentes, juntamente com o documento que formaliza a demanda, à autoridade competente do setor de licitações, a fim de que seja elaborado o Projeto Básico ou Termo de Referência, conforme o caso.

Capítulo 6 – Princípios aplicáveis ao planejamento das contratações

Como vimos, é a lei e a Constituição que impõem ao Poder Público o dever geral de licitar. Mas a aplicação das regras por elas instituídas não pode afastar-se da observância de outro e importante conjunto normativo: os princípios de direito.

Princípio de uma ciência é o alicerce sob o qual esta mesma ciência se desenvolve. Na Ciência Jurídica, funciona como uma proposição geral e abstrata que orienta um determinado sistema jurídico, de modo a compatibilizar as partes que o integram, conferindo o fundamento de validade às normas que se seguem, atribuindo-lhes clareza e unidade para sua elaboração, interpretação e aplicação, impondo coerência geral ao sistema que serve. Sua inobservância é tão ou mais desastrosa quanto a própria desobediência à lei. A ordem principiológica, portanto, reflete a inteligência

e o espírito da norma, auxiliando o intérprete na integração das lacunas deixadas pelo Direito Positivo. Permite ainda, ao longo da vigência de uma mesma norma, mantê-la eficaz mesmo diante de alterações das situações fáticas que inspiraram sua criação.

Dentre as várias fontes de Direito, destacam-se os princípios e as normas (direito positivo). As normas constituem as proposições de condutas omissivas ou comissivas, objetivamente impostas como forma de orientação a ser tomada em todos os atos jurídicos. São circunscritas a pressupostos de fato. Já os princípios se caracterizam por alcançar e informar as mais variadas e amplas situações, tal qual ocorre com a própria eficiência, a dignidade humana, a justiça social etc²⁵.

No atual cenário jurídico-normativo, é necessário reconhecer a força normativa dos princípios. Deixar de atender ao conteúdo de um princípio representa maior agressão ao ordenamento jurídico do que o descumprimento da própria norma, porquanto o primeiro vem a ser o fundamento de validade à segunda. Nesse diapasão, Paulo Bonavides²⁶ destaca a seguinte noção:

“constitucionalização dos princípios – axioma juspublicístico de nosso tempo – faz líquida e inquestionável a sua dimensão normativa, retirando-os da penumbra jusprivatista dos Códigos, onde na escala normativa estiveram inferiorizados durante mais de um século, como elementos supletivos e

25 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da eficiência: dimensão jurídico-administrativa*. São Paulo, ILC no. 70, dez/1999, p. 955.

26 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

subsidiários, úteis tão-somente ao preenchimento de lacunas legais, para, a partir daí, numa revolução conceitual, os colocar no vértice da pirâmide jurídica, transformados doravante em ponto culminante da hierarquia normativa”.

Deve-se, pois, reconhecer-se ao conjunto dos princípios jurídicos total coercitividade (caractere típico das normas), devendo impor não só direitos como também deveres e obrigações, além de orientar a criação e a interpretação dos demais diplomas normativos. Atender à letra fria da norma, porém, distanciando-se do conteúdo de um princípio, acarretaria, no máximo, aparência de legalidade, mas tornaria o ato administrativo tão nocivo quanto o descumprimento do preceito.

Por isso, o eventual conflito entre o conteúdo de um princípio e o texto normativo se resolve, sempre, a favor do primeiro, justamente por consubstanciar-se fundamento de validade da segunda, conforme já explicitado. Mas, diante das inúmeras situações casuísticas do dia a dia, é possível que haja confronto entre dois ou mais princípios, que deverá ser resolvido, após o exaurimento das tentativas de harmonização, a partir do exame do caso concreto para saber-se qual prepondera sobre o outro. Em lapidar lição, Robert Alexy²⁷ destaca que o confronto entre princípios deve ser solucionado de forma distinta àquela adotada quanto às normas, discorrendo que, quando dois princípios entram em conflito, “um deles tem de ceder perante o outro, o que não significa que aquele seja declarado inválido.”

27 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Assim considerando e afim de não alongar desnecessariamente, o que poderia provocar o afastamento do foco principal desta obra, listamos a seguir os princípios que mais ativamente interferem na conduta do agente responsável pelo planejamento das contratações e do responsável pela pesquisa de preços.

6.1 – Legalidade

No procedimento licitatório, como ensina Marçal Justen Filho²⁸, “desenvolve-se atividade vinculada. Isso significa ausência de liberdade (como regra) para a autoridade administrativa”.

A proposição mais clara em relação ao *princípio da legalidade* é o de que, segundo o saudoso mestre, HELY LOPES MEIRELLES, “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”²⁹. O administrador público não pode praticar atos desvinculando-se das normas que regem sua administração. Ato administrativo, portanto, é, via de regra, *vinculado*, ou seja, somente nasce a partir da existência de uma norma que lhe dê fundamento de validade.

Todavia, há outra categoria de atos administrativos cuja deflagração não ocorre pela mera obediência à Lei (*latu sensu*); constituem atos cuja deflagração leva em consideração um elemento decorrente da vontade pessoal do agente. São os chamados *atos discricionários*³⁰.

28 Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª. ed.

29 Direito..., pp. 82 e 83; seguindo a mesma posição, Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 27ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2010.

30 Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a denominação mais adequada seria

São atos para os quais a lei, e somente a lei, deixa uma margem de escolha na conduta do administrador público. Este agirá de acordo com o seu senso de oportunidade e a noção de conveniência que vislumbra para o caso concreto. Quer dizer: em determinados atos cabe a vontade do administrador, desde que dentro de limites de atuação preestabelecidos na lei e vinculados a motivos de interesse público.

Não se pode, todavia, interpretar de forma estanque o conteúdo do princípio da legalidade, como se fora sinônimo de *princípio da reserva legal*. Isto porque nenhuma lei ou conjunto normativo tem a capacidade de prever, em tese, as infinitas variáveis e casuísmos que a vida humana pode apresentar, porquanto suas relações permanecem em constante evolução. Bem assim, não é possível admitir que ao surgimento de cada nova circunstância das relações provoque atualização normativa, na medida em que isso seria inviável. Eis a razão da existência de lacunas no sistema normativo a serem preenchidas pelo intérprete. E sua melhor ferramenta de integração, são os princípios afetos àquele sistema normativo. Ora, se dissemos que os princípios constituem o espírito da norma, sendo seu próprio fundamento de validade, não se admite que o aplicador da norma se afaste dos princípios aos quais deve obediência e aplique as normas a partir da interpretação da letra fria da lei.

Por tais razões, a melhor definição para o princípio da legalidade é aquela que reconhece ser o dever de o agente público agir na *conformidade do direito*, ou seja, adotar medidas, soluções e tomar decisão que encontrem respaldo nas normas e princípios aplicáveis à espécie.

“atos praticados no exercício de competência discricionária” (Curso de Direito Administrativo, 17ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 389.

6.2 – Eficiência

Até meados da década de 70, o Estado era organizado, tradicionalmente, no modelo burocrático de administração, baseado em organização dirigida por procedimentos inflexíveis, profunda segmentação hierárquica, total separação entre o público e o privado e forte atuação nas atividades-meio. Este modelo, à época, começa a ruir em razão da forte crise fiscal por que passavam vários Países pelo mundo e, com a chegada da globalização, era preciso modernizar a forma de administrar os interesses da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 não oportunizou essa modernização, reforçando o modelo burocrático em vários aspectos. Somente com o advento da Emenda Constitucional nº. 19 de junho de 1998, a Administração Pública iniciou seu processo de real modernização, pois passou a ser orientada pelo princípio da *eficiência*. Tal princípio transformou o próprio Direito Administrativo, pois permitira o abandono da já retrógrada ideia segundo a qual, o mérito administrativo não poderia ser alvo de controle senão pelo próprio Gestor, a quem competiria exarar o ato. Entretanto, para melhor compreensão do que significa ao Agente Público, o dever de observância ao princípio da *eficiência*, cumpre aclarar o seu significado.

Um dos mais festejados autores da ciência da Administração, Idalberto Chiavenato³¹, explica que toda organização deve ser analisada sob o escopo da eficácia e da eficiência, ao mesmo tempo:

31 CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 70.

“eficácia é uma medida normativa do alcance dos resultados, enquanto eficiência é uma medida normativa da utilização dos recursos nesse processo. (...) A eficiência é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível (...)”

Para a ciência da Administração, a eficiência não se preocupa com os fins, ou seja, os resultados, mas apenas com os meios, quer dizer, a forma utilizada para a busca dos resultados pretendidos. Os resultados a serem obtidos é a preocupação da *eficácia*.

Certo, porém, que nem sempre ambos os conceitos aparecem simultaneamente, muito embora, esse fosse o ideal. A toda evidência, para uma organização, ser eficiente (desenvolver meios adequados de se atingir bons resultados) e ser eficaz (atingir os resultados pretendidos) é o ideal a ser alcançado. Ocorre, que, não raro, o administrador usa de meios adequados mais ainda assim não consegue atingir os objetivos que buscava alcançar. O autor acima citado prossegue, aduzindo que:

“À medida que o administrador se preocupa em fazer corretamente as coisas, ele está se voltando para a eficiência (melhor utilização dos recursos disponíveis). Porém, quando ele utiliza estes instrumentos fornecidos por aqueles que executam para avaliar o alcance dos resultados, isto é, para verificar se as coisas bem feitas são as que realmente deveriam

ser feitas, então ele está se voltando para a eficácia (alcance dos objetivos através dos recursos disponíveis).³²

Considerando tratar-se de uma norma jurídica, certo é que devemos buscar na ciência jurídica o significado desse novel orientador. Os mais renomados autores do Direito Administrativo pátrio lançaram muitas dúvidas quanto à efetividade da norma, ou seja, quanto à sua aplicação prática no dia a dia das repartições e como controlar o atendimento a essa norma. Carvalho Filho³³ anota que a grande preocupação dos publicistas é justamente “a questão ao controle da observância do princípio da eficiência”, dada a complexidade que envolve o tema.

Apenas à guisa de exemplo e visando não alongar demasiadamente, veja-se a definição sobre o princípio da eficiência, encontrada na obra de Hely Lopes de Meirelles³⁴:

“...o Princípio da Eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros.”

32 Op. Cit.

33 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, P. 20.

34 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 94.

Como se vê, a definição é pouco pragmática. Tanto assim que Lúcia Valle Figueiredo³⁵ expressa de forma latente a mesma preocupação:

“...é de se perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois, ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência com seus cometimentos. Na verdade, no novo conceito instaurado de Administração Gerencial, de ‘cliente’, em lugar de administrado, o novo ‘clichê’ produzido pelos reformadores, fazia-se importante, até para justificar perante o país as mudanças constitucionais pretendidas, trazer ao texto o princípio da eficiência. Tais mudanças, na verdade, redundaram em muito pouco de substancialmente novo, e em muito trabalho aos juristas para tentar compreender figuras emprestadas sobretudo do Direito Americano, absolutamente diferente do Direito Brasileiro.”

Comungando do mesmo sentimento, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶, a respeito da efetividade da inserção deste princípio, aduz que:

“Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e tão difícil o controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao artigo 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. (...) Finalmente, este princípio é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado há muito tempo no Direito italiano: o princípio da boa administração.”

35 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63.

36 MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 148.

Um dos participantes do grupo de estudos que elaborou a EC 19, Prof. Paulo Modesto³⁷, a despeito de reconhecer a necessidade de revisão e aprimoramento, chega a admitir que a inserção desse princípio na Carta Política seria “desnecessária e redundante”.

Dito isto, o maior desafio conceitual é estabelecer uma visão pragmática sobre o dever de eficiência a que submete o agente público no exercício das suas atribuições legais.

Como já apontado, eficiência é meio; eficácia é resultado. Logo, não se admite que haja confusão entre esses dois conceitos, nem tampouco que sejam tratados como se fossem sinônimos. Como uma norma jurídica não pode prescrever um resultado, mas apenas uma conduta (omissiva ou comissiva) para o indivíduo, o princípio constitucional não está a obrigar o agente público a um resultado, mas sim, obriga-o a buscar o melhor resultado possível ao interesse público. Por isso, o dever de *eficiência* é um dever de meio. Nesse mesmo sentido é a manifestação de ninguém menos do que Cintra do Amaral:³⁸

“...o princípio da eficiência, contido no *caput* do art. 37 da Constituição, refere-se à noção de obrigação de meios. Ao dizer que o agente administrativo deve ser **eficiente**, está-se dizendo que ele deve agir, como diz TRABUCCHI, com ‘a diligência do bom pai de família’ (destaques do original)”.

37 MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência*. Diálogo Jurídico, no. 2/MAI/2001. Disponível em www.direitopublico.com.br

38 AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *O princípio da eficiência no direito administrativo*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador no. 5, MAR/ABR/MAI de 2066. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=97>. Acesso em 05/02/2018.

Diante de tudo o que foi dito, o dever de *eficiência* é a obrigação que o agente tem de utilizar todos os meios disponíveis e adequados para o alcance dos objetivos colimados, não se conformando com o mínimo necessário, ainda que de acordo com a letra fria da norma. Um exemplo bem ilustrará o conceito ora apresentado.

Digamos que, em um órgão público, haja uma norma interna que condiciona a eficácia da pesquisa de preços a uma consulta de no mínimo três propostas de possíveis interessados. Caso o funcionário responsável pela cotação de preços encaminhe os três pedidos de cotação — na conformidade da sua norma interna — a despeito de ter à sua disposição um número muito maior de empresas constantes do Cadastro de Fornecedores, estará agindo com mera aparência de legalidade, porém, ao arrepio do dever de eficiência, que orientava no sentido de encaminhar o maior número possível de pedidos de cotação. O raciocínio da norma é: quanto mais eficiente, maior a probabilidade de obtenção de resultado positivo. Caso fique configurado que o preço contratado, ainda que o menor dentre as propostas recebidas, estava muito acima da prática do mercado, a presunção militará no sentido de que o resultado negativo (prática de sobrepreço ou superfaturamento) decorreu da *ineficiência* do agente, o que acarretará a sua responsabilidade.

Nem sempre, todavia, conforme reconhecido pela doutrina e já citado acima, a eficiência gera a eficácia. Pode ser que, no exemplo anterior, o agente tenha se utilizado dos recursos que estavam à sua disposição, ou seja, encaminhado mais de vinte pedidos de cotação, mas, mesmo assim,

pode não lograr sucesso, recebendo apenas duas ou três respostas. Nesse caso, ainda que o resultado seja negativo, não responderá pelo resultado, porquanto não decorrente de falha em seu agir.

6.3 – Razoabilidade

Por vezes chamado de princípio da proporcionalidade ou princípio da adequação dos meios aos fins, a despeito de não ser, ainda, uma unanimidade na doutrina, o princípio da *razoabilidade* revela, uma limitação ao poder discricionário do agente público. Para Antonio José Calhau Resende³⁹, o princípio da razoabilidade:

“consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato”

Defende-se que o poder decisório constitucionalmente atribuído ao administrador público não pode ser exercido livremente, sob pena de facilitar o cometimento de arbitrariedades. Deve o agente realizar, dentre as alternativas presentes e cabíveis, aquela que melhor atenda à finalidade a que se destina o ato. A solução deverá ser ótima, e não simplesmente correta do ponto vista legal, porquanto para a maioria das situações sempre haverá várias soluções alternativas. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, enuncia-se o princípio da razoabilidade no sentido de que, *verbis*:

39 RESENDE, Antonio José Calhau. O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público. Revista do Legislativo. Abril, 2009.

“a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e repeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente inválidas -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.”

Não por outro motivo e apenas à guisa de ilustração, veja-se que a IN 05/2017/MPDG exige que os *Estudos Preliminares* sejam compostos pela análise comparativa das várias soluções técnicas disponíveis.

Espera-se, em vista do que foi dito, que a solução deverá ser fundamentada, não só com a indicação da reserva legal que autoriza o ato ou que confere a discricção de agir, mas também, e em mesmo grau de importância, a demonstração de que aquela era a melhor solução a ser tomada diante das alternativas disponíveis.

Exemplificando, se um contrato de 12 meses está por vencer, não será lícito prorrogá-lo por mais um período apenas porque o serviço prestado é de natureza continuada (art. 57, II), pois significaria uma prorrogação automática, por via oblíqua, o que é vedado pela norma. Deverá o gestor desse contrato indicar que a prorrogação, além de permitida pela lei, é mais vantajosa para a Administração do que realizar um novo procedimento licitatório.

6.4 – Economicidade

O princípio da economicidade vem expressamente previsto no art. 70 da CF/88⁴⁰ e constitui causa preponderante da eficácia e da eficiência, notadamente, na aplicação dos recursos físicos e financeiros da Administração Pública. Paulo Bugarin⁴¹ reconhece que o mencionado dispositivo constitucional consolida o perfil gerencial a partir da sistematização dos meios de controle da Administração Pública, manifestando-se nos seguintes termos:

“A propósito, o texto constitucional inseriu no ordenamento jurídico parâmetro de natureza essencialmente gerencial, intrínseco à noção de eficiência, eficácia e eficiência, eficácia e efetividade, impondo como um dos vetores da regular gestão de recursos e bens públicos o respeito ao princípio da economicidade, ao lado do basilar princípio da legalidade e do, também recém-integrado, princípio da legitimidade (CF, art. 70, “caput”).”

O princípio em tela não se restringe unicamente à seara da ação administrativa, alcançando também o do orçamento, projetando-se, conforme assenta Ricardo Lobo Torres⁴²,

40 CF, art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

41 BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade*. Extraído do Correio Braziliense. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14156-14158-1-PB.htm>. Acessado em 06/02/2018.

42 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol V: o orçamento na Constituição, 2ª Ed. Ver., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 307.

“diretamente (...) para a temática da gestão orçamentária, que também se deixa influenciar por novas técnicas gerenciais”. Assim, revela-se importante e oportuno ressaltar, uma vez mais, a ligação entre o princípio da eficiência e o da economicidade (CF, art. 70, caput), permitindo, ambos, que se proceda à “abertura do controle orçamentário ao Judiciário e ao Tribunal de Contas”.

O vocábulo economicidade encontra maior guarida no domínio das ciências econômicas e de gestão. Nelas, a ideia fundamental é de desempenho qualitativo. Significa a obtenção do melhor resultado possível de uma determinada ação gerencial, mormente, no quesito financeiro.

Muitos autores atraem para o conceito de economicidade, a noção oriunda das ciências econômicas, associando ao conteúdo do referido princípio, a sinonímia de *modicidade* nos gastos. O renomado autor acima citado afirma que economicidade implica “na eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação”.⁴³ Di Pietro⁴⁴ assinala que o controle da economicidade, assim como da legitimidade, envolve “questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo-benefício.”

43 TORRES, Ricardo Lobo. “O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade”. Rio de Janeiro, Revista do TCE/RJ, nº 22, jul/1991, pp. 37/44.

44 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Direito Administrativo”, 8ªed., São Paulo, Atlas, 1997, p. 490.

Em que pese as respeitáveis opiniões suso citadas, penso que essa conceituação de inclinação econômica pode conduzir o agente público ao equívoco de torná-lo sinônimo de *princípio da economia*. O princípio jurídico da economicidade envolve a necessária conjugação com o princípio da indisponibilidade do interesse público, que exige do gestor público ações que atendam superiormente às necessidades da sociedade. E isso nem sempre (quase nunca) se faz com o “mais baratinho”.

Há uma falsa ideia de que a licitação deve buscar sempre o menor preço, quando, em verdade, deve buscar a proposta mais vantajosa; por mais vantajosa, entenda-se aquela que reflete o melhor custo-benefício para a Administração. Nem sempre o produto de menor custo do mercado representa a maior vantagem. Não pode ser considerado mais vantajoso, por exemplo, um revestimento que custa R\$ 100,00/m² e tem durabilidade de um ano após colocado, se comparado a outro, de outra marca, cujo o custo é de R\$120, 00/m², porém tem durabilidade de 5 anos após colocado.

Penso que a melhor interpretação a que se deva emprestar para o princípio constitucional da economicidade é a de que o mesmo se reveste no dever de o agente público, no trato dos recursos financeiros e operacionais, promove o gasto mais adequado às finalidades possíveis. Em outro dizer, é o dever de gastar inteligentemente, aproveitando com razoabilidade e proporcionalidade os recursos disponíveis. Promove prejuízo para a sociedade o Gestor que, *e.g.*, ao contratar um treinamento para servidores, opta pela solução mais econômica, mas que, ao final, os objetivos a serem atingidos não são devidamente alcançados.

6.5 – Indisponibilidade do Interesse Público

Constitui um dos corolários do Direito Administrativo, sendo implícito em função do bem que o Estado tutela, que é sempre de natureza coletiva ou difusa. Considerando que o Gestor público não é dono daquilo que administra, mas apenas um delegatário de quem realmente é o proprietário — a coletividade — significa que não se encontram à livre disposição de quem quer que seja; são inapropriáveis. Ao órgão administrativo, cabe apenas curá-lo. As pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. A Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental. Daí constituir-se em um limitador da atuação do agente público, que não poderá agir senão em razão do resguardo do interesse maior, que é o que a sociedade reclama.

Este princípio se revela tanto no momento da prужão normativa (leis, decretos, resoluções etc) como no momento da sua aplicação ao caso concreto. Conforme leciona Di Pietro⁴⁵, ele “inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”.

Se a norma legal confere ao Estado o poder de requisitar, desapropriar, intervir e até mesmo de punir, todas ações de pulso forte com grave impacto na vida do administrado, não poderá fazê-lo senão em virtude de um interesse maior, que abafa o interesse individual para que seja atendida uma demanda que alcança toda uma coletividade.

45 *Op. Cit.*, p. 62.

Precisamente por não ter como dispor dos interesses públicos, cuja guarda lhe fora atribuída pela lei, o agente público tem em suas mãos um *poder-dever*, poderes tais que não podem deixar de ser exercidos sob pena de sua responsabilização. Como de hábito, um exemplo ajudará a compreensão.

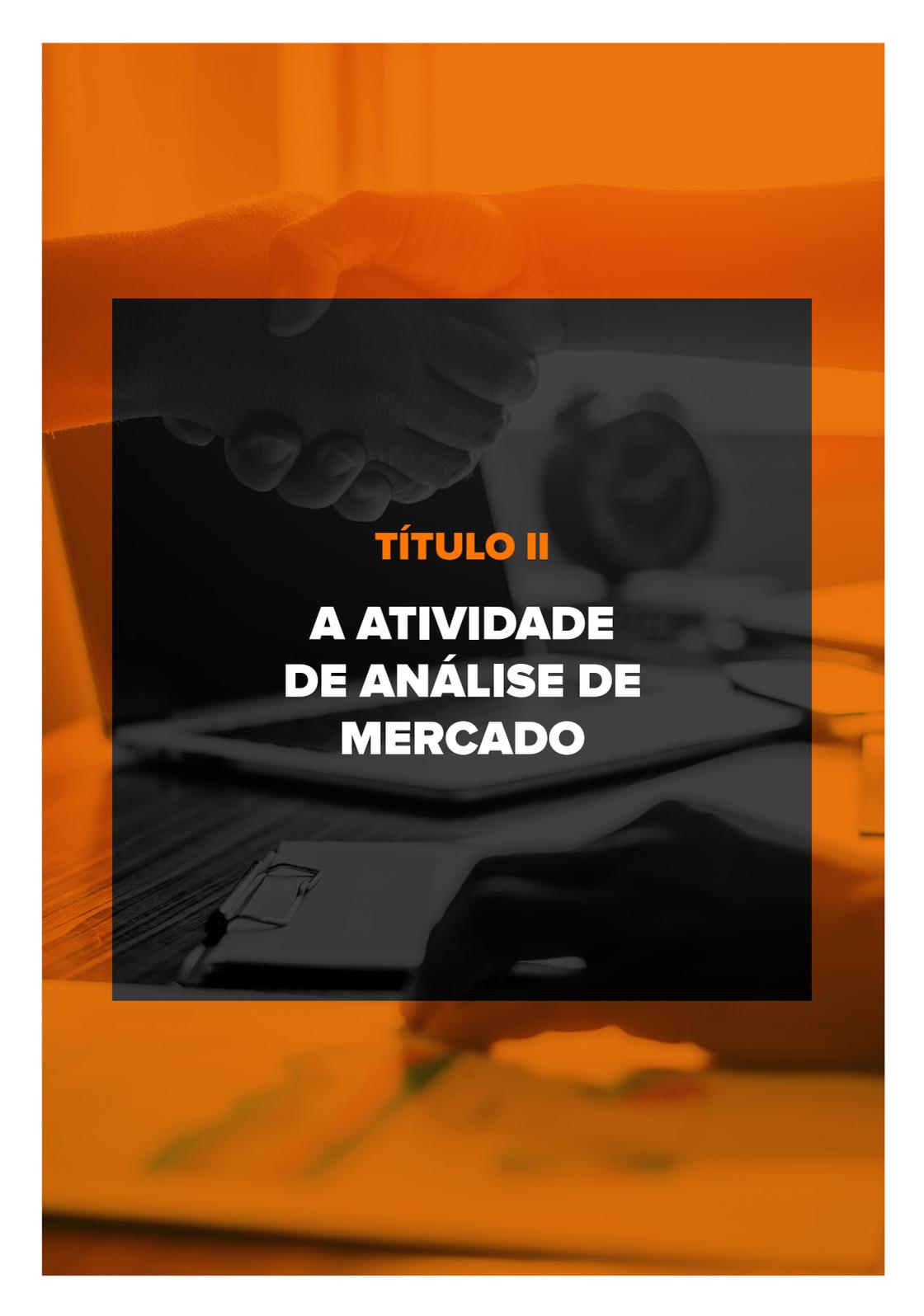
O art. 5º da Lei 8.666/1993 dispõe que os pagamentos da Administração a fornecedores e prestadores de serviço, observarão a estrita ordem cronológica das datas da sua exigibilidade. Tal comando serve à garantia do princípio da impessoalidade e da moralidade, visto que impede que o gestor que tem a atribuição de realizar pagamentos o faça segundo interesses próprios ou que privilegie determinado indivíduo ou empresa. Mas o mesmo dispositivo admite uma ressalva, qual seja, “quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.”

Digamos que uma empresa de treinamento realize uma ação de capacitação para uma Escola de Governo e apresente, ao final da execução, a competente fatura, que é processada e liquidada, fazendo surgir o direito ao crédito. Antes da emissão da ordem de pagamento, porém, a cidade sofre com uma tempestade violenta, com ventos fortes, que acaba por comprometer a cobertura da estrutura da Escola, interditando várias salas de aula. Caso a Escola não disponha no momento de recursos financeiros suficientes para arcar com ambas as despesas — pagar a empresa de treinamento e recuperar o telhado — o Gestor terá que fazer uma opção, que será aquela que se coaduna com o princípio ora em estudo, ou

seja, providenciar o reparo da cobertura, deixando a empresa prestadora dos serviços para receber o seu pagamento tão logo possível, com a devida correção monetária.⁴⁶

Notem que é um direito do fornecedor, que já tem vencida a exigibilidade de seu crédito, receber a sua fatura na data consignada no instrumento contratual; todavia, no exemplo acima, o seu direito ficou em segundo plano em razão de um bem maior, que é o interesse do coletivo.

46 A correção monetária é o instituto por meio do qual a Administração corrige as distorções provocadas pelo processo inflacionário nas hipóteses de atraso de pagamento sem culpa do contratado e deve ser calculada *pro rata die* entre a data designada no contrato para o adimplemento e a data do efetivo pagamento. É cláusula obrigatória em qualquer contrato administrativo, em respeito ao disposto no art. 37, XX da CF: "...com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei...". Na Lei Geral de Licitações vem assim disposta: Art.55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam (...) III -o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

The image features a warm, orange-toned background. In the center, a hand is shown holding a pen, poised to write on a document. A dark, semi-transparent rectangular overlay is positioned over the hand and document, containing the title text. The overall composition suggests a professional or business context.

TÍTULO II

A ATIVIDADE DE ANÁLISE DE MERCADO

■ TÍTULO II – A ATIVIDADE DE ANÁLISE DE MERCADO

Capítulo 7 – Introdução à situação-problema: a cultura equivocada das “três cotações”

À exceção das contratações de obras e serviços de engenharia, que respondem com técnica própria e é atividade privativa de engenheiro ou arquiteto, gerando, inclusive, ART junto ao Conselho Regional respectivo para o profissional, a precificação, para fins de planejamento das contratações de serviços e compras vem sendo promovida, na imensa maioria dos órgãos e entidades públicas, seguindo método extremamente simplista: a pesquisa deveria ser realizada com, no mínimo, três cotações, sendo que, se entendia por “cotação”, propostas encaminhadas por possíveis interessados. Essa forma de extrair o preço de referência, em um primeiro momento, também era recomendada pelo Tribunal de Contas da União, como se observa de precedentes anteriores:

“Ementa: o TCU determinou à EMBRATUR que orientasse a conveniente no sentido de que a compra de mobiliário e bens de informática ou a contratação da prestação de serviços em geral, utilizando recursos do convênio, (...) devesse ser precedida de pesquisa de preço, devendo ser comprovada mediante a apresentação de pelo menos três propostas, consoante dispõe o art. 27 da IN/STN 01/1997.” (Ac. 084/2006, Segunda Câmara, Rel. Walton Alencar Rodrigues)

“ACÓRDÃO: Os Ministros do Tribunal de Contas da União, (...), em conhecer da representação para, no mérito, considerá-la procedente, e em determinar:

1. ao Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo - IPEM/SP que: (...)5. adote procedimento padrão para as pesquisas de preços de bens e serviços, onde fique estabelecida a exigência de obtenção de no mínimo 03 (três) propostas de preço, nas quais conste completo detalhamento das especificações do bem ou serviço ofertado, em conformidade com as especificações do objeto da licitação, e esteja evidenciada a vinculação entre o valor indicado na proposta e o que efetivamente vier a ser contratado;” (Ac. nº 252/2006 - Primeira Câmara, Rel. Augusto Nardes)

“ACÓRDÃO: Os Ministros do Tribunal de Contas da União, (...) de acordo com os pareceres emitidos nos autos, em julgar as contas a seguir relacionadas:

1.6. Determinações: 1.6.1. à EAFST/ES que faça constar dos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, consulta de preços correntes no mercado, ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, constantes do sistema de registro de preços, em cumprimento ao disposto nos arts. 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, consubstanciando a pesquisa no mercado em, pelo menos, três orçamentos de fornecedores distintos, e justificando sempre que não for possível obter número razoável de cotações.” (Ac. nº 4013/2008 - TCU - 1ª Câmara, Rel. Guilherme Palmeira)

“Realize pesquisa de mercado com fornecedores suficientes, de forma a possibilitar estimativa correta dos valores a serem

contratados e a compatibilidade dos preços propostos com os praticados no mercado, conforme disposto nos arts. 43, inciso IV, e 48, inciso II, da Lei no 8.666/1993. (Acórdão 2432/2009, Plenário, Rel. Marcos Bemquerer)

Todavia, não tardou muito para que a Corte Federal de Contas se apercebesse de quão falível se mostrava tal metodologia.

Restou patente que tal *modus operandi* tende a provocar uma série de problemas de ordem operacional e também quanto ao aspecto da cultura organizacional. No que se refere ao prejuízo operacional, pode-se citar a atração de precificação distanciada da realidade do mercado; formação de conluio entre as empresas do ramo pertinente; prática de sobrepreço e contratação superfaturada; e, até mesmo, inviabilização da contratação com a ocorrência de licitações desertas ou fracassadas.

Isso decorre de fatores óbvios. Em primeiro lugar, a empresa do ramo pertinente, uma vez consultada, não está obrigada a fornecer a “cotação”. E, não raro, resiste em fazê-lo, seja porque o trabalho que lhe renderá, tomará tempo precioso apenas para dar uma prévia de preços (às vezes o pedido de cotação envolve centenas de itens); seja porque o empresário não tem intenção de antecipar seu preço para a Administração ou seus concorrentes. Há casos de órgãos que orientam os servidores envolvidos na pesquisa a obrigar o empresário responder o “pedido de cotação”, assinada e com prazo de validade, mesmo sendo apenas uma pesquisa para balizar a deflagração do procedimento licitatório.

Em segundo, porque aqueles que atendem ao pedido sabem que o objetivo é subsidiar um futuro processo licitatório e, por isso, não têm interesse algum em dar uma informação fidedigna. Logo, a informação, via de regra, é ficta: preços com ampla margem de gordura para queimar na hora da disputa propriamente dita, ou possibilitar uma margem de lucro superior, caso não haja concorrentes no dia da disputa.

Em terceiro, porque normalmente as empresas consultadas costumam ser sempre as mesmas de outras licitações, quando o objeto é da mesma família ou segmento. Com isso, ao receber de um órgão o “pedido de cotação”, o empresário já sabe quais de seus concorrentes serão também consultados, o que viabiliza o conserto prévio de propostas.

A partir dessa constatação, o TCU passou a orientar que a pesquisa fosse realizada com o maior número de fontes possível, reconhecendo que tal proceder aperfeiçoaria o método de investigação de mercado, ao mesmo passo que passou a recusar as contas, no âmbito de suas auditorias, dos órgãos e entidades que ainda insistem em restringir a pesquisa de preços a “três cotações de fornecedores”:

“Enunciado: Na fixação dos valores de referência da licitação, além de pesquisas de mercado, devem ser contemplados os preços praticados por outros órgãos e entidades da Administração Pública, nos termos do art. 15, inciso V e § 1º, da Lei 8.666/1993.” (Ac. nº 694/2014, Plenário, Rel. Valmir Campelo)

“Enunciado: Na elaboração do orçamento estimativo da licitação, devem ser utilizadas fontes diversificadas de

pesquisa de preços, priorizadas as consultas ao Portal de Compras Governamentais e a contratações similares de outros entes públicos, em detrimento de pesquisas com fornecedores, publicadas em mídias especializadas ou em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, cuja adoção deve ser tida como prática subsidiária e complementar.” (Ac. nº 3.351/2015, Plenário, Rel. André de Carvalho)

“Enunciado: A realização de pesquisa de preços para elaboração de orçamento básico de licitação com respaldo apenas em consulta a empresas privadas não atende o art. 15, inciso V, da Lei 8.666/1993, que estabelece que as compras devem balizar-se também pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, os quais, no caso de medicamentos e correlatos, estão disponíveis no Banco de Preços em Saúde (BPS), do Ministério da Saúde, entre outros bancos de dados. (Ac. nº 247/2017, Plenário, Rel. Walton Alencar Rodrigues)

“Enunciado: A pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação não deve se restringir a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, devendo ser utilizadas outras fontes como parâmetro, a exemplo de contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados e portais oficiais de referência de custos.” (Ac. Nº 2.787/2017, Plenário, Rel. Augusto Sherman)

Mas não é só na seara operacional que essa forma simplista e desprovida de técnica de “cotar preços” provoca problemas. No campo organizacional, o profissional que é investido das atribuições de realizar a pesquisa de preços

não vê seu trabalho, hercúleo, diga-se, reconhecido de forma adequada. Sofre, pois, o desprestígio por parte da organização, que não enxerga nele um operador estratégico, mas tão somente um funcionário que executa tarefa meramente mecânica e burocrática. Com grande frequência, os setores de pesquisa de preço são montados (quando existem) com número insuficiente de funcionários sem a devida capacitação e pouco aparelhados. Acabam sendo pressionados a executar muito apressadamente suas tarefas, o que invariavelmente prejudica a qualidade do resultado.

Dada a complexidade e importância de tal atividade, temos preferido não a chamar com a simplicidade da expressão “cotação ou pesquisa de preços”, pois sugere atividade elementar, o que está longe de ser verdade. O que os agentes desenvolvem (ou deveriam desenvolver), é uma verdadeira “análise de mercado”; quer dizer, uma investigação das condições mercadológicas a respeito do objeto que se pretende contratar. Afinal, o profissional investido dessa atribuição, não fará uma simples consulta de preços, mas coletará dados de diversas fontes de pesquisa; comparará preços de mercado com o objeto a ser contratado, lembrando que o objeto está especificado *em tese* no Termo de Referência, tornando mais difícil a identificação da fidedignidade do dado coletado; fará também análise crítica desses dados, de modo a verificar se o preço orçado corresponde ao objeto, muitas vezes altamente complexo, ou seja, se o mesmo é inexequível ou contém sobrepreço. Vê-se, pois, que de elementar, a atividade nada tem.

A expressão “cotação” também é imprópria. Cotação é a informação prestada pelo empresário do ramo pertinente ao objeto. Um orçamento. Este orçamento é uma das fontes possíveis de consulta do mercado. Logo, a expressão não alcançaria as informações obtidas em outras fontes de consulta. Assim, também preferimos a expressão “parâmetros ou dados de precificação”. Afinal, cada informação de preço obtida nas mais variadas fontes representa um dado, que deverá ser devidamente tratado e agregado ao conjunto de dados coletados para compor a planilha de preços de mercado. O que o agente público imbuído nessa atividade realiza, pois, é uma “Análise de Mercado” que permite a coleta e o tratamento dos “parâmetros ou dados de precificação”.

Com o advento da Instrução Normativa nº 05/2014/SLTI/MP, foram fixados, finalmente, paradigmas para balizar a investigação de mercado com vistas ao planejamento das contratações públicas. Seu artigo 2º arrola as fontes de consulta que podem servir de base para coleta de dados. Podem ser obtidos dados de contratações recentes do próprio órgão promotor da licitação; de licitações e contratos de outros órgãos públicos; de tabelas oficiais ou publicações especializadas; e, na internet. Já a Portaria nº. 128/2014/TCU aponta ainda que possam ser obtidos dados de precificação em consulta realizada em balcão ou por meio telefônico.

A atividade de Análise de Mercado para fins de estabelecimento do valor referencial da licitação, ou, conforme o caso, para justificar a despesa nas contratações diretas, envolve procedimentos altamente complexos a exigir cautelas especiais do agente, dada a enorme responsabilidade

por ele assumida, visando a garantia da eficiência, corolário principiológico afeto à Administração Pública desde a EC nº 19/1998.

Tal complexidade decorre do fato da variação quase infinita de casuísmos a que podem ser submetidos os profissionais, o que dificulta sobremaneira o estabelecimento de um processo de trabalho padronizado. Mesmo considerando o rol de fontes de consulta de dados, que é admitido pelas normas aqui citadas, a cada caso concreto, o agente responsável se verá diante de circunstâncias novas que lhe exigirão “jogo de cintura” para extrair o melhor resultado possível.

O nível de responsabilidade decorre do fato de que o desdobramento dessa atividade é um dos principais responsáveis pela realização de projetos de políticas públicas e do próprio funcionamento da máquina estatal.

Todavia, nenhum desses dois normativos, em que pese o avanço em relação ao tema, aborda minudentemente como devem ser tratadas cada uma dessas fontes. Numa licitação recentemente encerrada, deve-se usar apenas o menor preço, a média de todos os preços classificados, ou cada um dos preços classificados como um dado isolado? Os preços obtidos em consulta pela internet devem incluir o frete? E quando o frete é anunciado como grátis, pode ser utilizado? Nos contratos de serviços terceirizados, podem ser utilizadas as planilhas atualizadas pelos reajustes ordinários concedidos nos contratos em execução e quais os componentes de custos podem servir de base de coleta de dados? Outro ponto que se manteve obscuro é em relação à precificação nas contratações

diretas. Como coletar dados nos casos de aquisição de produto exclusivo? O tratamento será o mesmo para a contratação de serviços singulares? Essas e outras dúvidas ainda permanecem sem resposta direta, o que procuraremos apresentar nas linhas que se seguem. Senão vejamos.

Capítulo 8 – Funções da Pesquisa de Preços

A atividade de análise de mercado, comumente chamada de *pesquisa de preços*, constitui-se em um procedimento que integra a fase interna ou preparatória da contratação. Tem como principal finalidade a verificação de existência de recursos orçamentários suficientes para cobrir a despesa decorrente da contratação pretendida e balizar o juízo de conveniência e oportunidade da autoridade competente. A partir da verificação da possível despesa, dita autoridade decidirá, com base na sua pessoal percepção, se ao valor a ser empreendido na contratação é razoável e útil para a Administração. Serve de base também para confronto e exame de propostas em licitação e estabelece o preço justo de referência que a Administração está disposta a contratar, devendo constar no edital o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global. Daí porque, como se verá ao longo dos Capítulos seguintes, o resultado desse trabalho deve ser o mais aproximado possível daquilo que efetivamente o órgão ou a entidade irá encontrar na licitação. Caso a informação esteja dissociada da realizada, o juízo de conveniência e oportunidade também ficará contaminado pela informação deturpada. Em outro dizer, se o resultado da análise de

mercado indicar um valor referencial abaixo da realidade do mercado, o Gestor poderá deferir a autorização para prosseguimento da licitação, mas, no dia do recebimento das propostas, acabar sendo surpreendido com preços em patamares inconvenientes. Caso a informação fosse, desde o início, fidedigna, seriam poupados tempo e recursos em não levar adiante um processo licitatório, na hipótese, inconveniente.

Portanto, a pesquisa de mercado é um meio de obtenção de informações e consequentemente oferecer sustentação para o processo de tomada de decisões. A gama de possibilidades e aplicações dessa atividade abrange desde a antecipação do conhecimento da futura despesa até o monitoramento da execução do contrato, possibilitando ainda a compreensão de problemas e o encontro de soluções surgidas ao longo dessa fase do ciclo da contratação. O Manual de Orientação de Pesquisa de Preços do Superior Tribunal de Justiça⁴⁷ lista um rol de aplicações da pesquisa de preços, ao qual aderimos e que merece destaque e comentários, o que passo a fazer nos tópicos seguintes.

1ª. função: Verificação da existência de recursos suficientes para cobrir as despesas decorrentes de contratação pública

Conforme já bem assentado alhures, esta é a principal função da pesquisa de preços. Não se imagina que um gestor irá contrair uma obrigação sem que tenha condições para honrar os compromissos assumidos. Ora, se vai realizar uma

47 Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Licitacoes%20e%20contas%20p%C3%BAblicas/Manual%20de%20pesquisa%20de%20pre%C3%A7o/manual_de_orientacao_de_pesquisa_de_precos.pdf. Acessado em 16/02/2018.

despesa, é mister que se saiba, antes, se tal despesa é suportável. Ademais disso, a pesquisa de preços servirá ao planejamento orçamentário da própria instituição, considerando que, a partir da investigação dos valores das contratações, é possível estabelecer cronograma de desembolso por ações governamentais.

Mas não bastará saber se há recursos suficientes. Também será necessário que o gestor aponte a razoabilidade da despesa, ou seja, demonstração de que os benefícios da contratação serão compensados pelo custo envolvido. A despesa poderá ser suportável — existência de dotação orçamentária suficiente — mas mesmo assim não atrair benefícios a ela proporcionais.

2ª função: informar o preço justo de referência que a Administração está disposta a contratar

Iremos discorrer melhor mais adiante no Capítulo 11 sobre a distinção entre os institutos do *Valor de Referência* e *Valor/Máximo* da contratação. Mas adiantamos que não são sinônimos.

De qualquer modo, bom que se esclareça logo que a informação acerca do *Valor de Referência* é de domínio público desde logo que o processo de contratação — com ou sem licitação — ingressa na sua fase externa, com a publicação do aviso do edital. E tal informação, não raro, auxilia a Administração em vários aspectos. Compartilhando minha experiência ao longo de vários anos à frente das licitações do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde a divulgação desse valor é padrão em todos os procedimentos licitatórios,

vi, inúmeras vezes, o interessado, ao tomar conhecimento do objeto e do *Valor de Referência* e identificando alguma incongruência, procurar a Administração com pedidos de esclarecimentos. Em muitas oportunidades, percebíamos a necessidade de refazer as especificações ou mesmo a precificação.

Isso ocorre porque o empresário muitas vezes se guia pelo preço orçado do objeto para reconhecer o objeto pretendido e formular a sua proposta. Se a descrição técnica indica que o produto a ser ofertado deve acompanhar um determinado pacote de acessórios, mas o *Valor de Referência* aponta para um preço que parece não ter levado em consideração essa circunstância, imediatamente o empresário percebe essa assimetria. Muitos de nossos editais foram refeitos ou emendados em razão dessa ocorrência.

Outra vantagem da divulgação da informação é o fato de que o interessado já saberá de antemão o quanto a Administração pretende gastar com aquele objeto e, caso o valor não atraia o interesse do empresário, ele não se apresentará ao torneio, evitando trabalho desnecessário da Administração em receber, avaliar e julgar documentos de habilitação e propostas.

3ª função: definir a modalidade licitatória

Como é bastante cediço, ao contrário da modalidade pregão, as modalidades licitatórias tradicionais — *concorrência*, *tomada de preços* e *convite* — são definidas em razão do valor estimado da contratação. A escolha da modalidade determina o universo de possíveis interessados

que a Administração poderá receber no torneio, bem como a amplitude da divulgação da oportunidade de negócio. Na *concorrência*, a divulgação será feita através de jornal de grande circulação, e ficará disponível aos interessados para avaliarem sua participação e prepararem a documentação bem como a proposta por, no mínimo 30 dias. No *convite*, o chamamento é realizado diretamente através de carta-convite e mural de avisos⁴⁸.

Dessa forma, a observância correta da modalidade a ser seguida é fundamental para a legalidade do procedimento. Supondo que o valor orçado para uma licitação para a contratação de uma obra foi de R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais), autorizada estará a Administração a realizar o torneio sob a modalidade Convite. Mas, se esse orçamento foi mal formulado e no dia do recebimento das propostas a Comissão de Licitação encontra como menor preço o valor de R\$ 152.000,00 (cento e cinquenta e dois mil reais), a licitação estará prejudicada, pois esse valor invade o limite determinado para a modalidade Tomada de Preços.⁴⁹

48 Não deixamos de reconhecer que em muitos casos a divulgação dos convites também é feito em meios mais abrangentes, dependendo do órgão que promove a licitação. Todavia, essa maior abrangência não consta do art. 22, § 3º da Lei no. 8.666/1993, que exige apenas a carta-convite a no mínimo 03 (três) interessados e a extensão desse convite a interessados cadastrados por meio de afixação em mural de avisos.

49 Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: I - para obras e serviços de engenharia: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998): a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998); b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998); c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998).

4ª Função: verificação de situação de licitação para participação exclusiva de MEs e EPPs, nos termos do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014

Fato é que os pequenos negócios constituem um dos segmentos da economia mais importantes, sendo responsável por uma parcela significativa dos postos de trabalho e do total de empresas de qualquer país. No Brasil não é diferente. Tais empreendimentos possuem importante função social, pois geralmente são os que absorvem a mão de obra oriunda das demissões em massa das grandes corporações, além de serem atividades que se adaptam muito facilmente a circunstâncias pontuais e mudanças na conjuntura econômica.

André Spínola⁵⁰ destaca que John Naisbitt, um dos maiores nomes do mundo dos negócios, em entrevista para a Revista Exame (Ed. Abril, 1994), afirmava que “as pequenas empresas terão mais chances de sucesso por serem mais ágeis que as grandes para se mover no mercado e fazer inovações.” O autor lembra ainda que, no século XX, vários produtos foram criados por empresas de pequeno porte, citando, como exemplos, o ar-condicionado, a lata de aerossol, o scanner ótico, o marca-passos, o computador pessoal e a câmera instantânea.

Sendo assim, o número de pequenos empreendimentos constitui um dos mais fiéis indicadores de desenvolvimento

50 SPÍNOLA, André Silva. *O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido concedido à microempresa e à empresa de pequeno porte*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3724/o-tratamento-diferenciado-simplificado-e-favorecido-concedido-a-microempresa-e-a-empresa-de-pequeno-porte> Acessado em 16/02/2018.

social e econômico de um país. Não foi por outro motivo que a Constituição Federal, conforme dissemos acima, previu que o Estado se obrigaria a criar regras que possibilitassem um ambiente favorável ao microempreendedorismo. Não é um benefício meramente assistencialista, mas sim, parte de um projeto de macroeconomia a possibilitar o desenvolvimento sustentável do País.

Para que houvesse, de fato, um incremento ao microempreendedorismo, era fundamental que as novas regras simplificassem e desonerassem essa atividade, tornando mais fácil a criação de novos pequenos negócios, bem como fosse possível ao microempreendedor manter-se em atividade. Dados estatísticos mostram que metade dos pequenos negócios fecham as portas até dois anos de existência. Para esse desiderato, além da preocupação com a criação de regras específicas no campo fiscal e tributário, a lei complementar teria que se preocupar em oferecer condições de mercado para que a ME/EPP pudessem gerar negócios.

Como não é possível determinar a ninguém que contrate esta ou aquela empresa (a atividade particular é livre por garantia constitucional), a Lei Complementar 123/2006 ocupou-se, no Capítulo V, de criar condições de ordem operacional que facilitassem a penetração das MEs e EPPS no mercado, melhorando a sua competitividade, usando a licitação como uma espécie de ferramenta de regulação de mercado. Como os órgãos públicos são obrigados a licitar, dar condições mais vantajosas para “facilitar” as vitórias dessas empresas nas licitações atenderia ao objetivo de “oferecer

mercado” e tornar produtivas as MEs e EPPS, a partir de um único nicho de mercado: o Governamental.⁵¹

O texto original da Lei Complementar 123/2006 criou basicamente duas condições de favorecimento: a) possibilidade de habilitação mesmo estando irregular perante o fisco; e, b) preferência de contratação, com regra de empate

51 Esse fenômeno não é uma novidade nem tampouco uma inovação brasileira. Nos Estados Unidos, durante Segunda Guerra Mundial (1939-1945), as pequenas empresas minguiaram por não terem como competir com as grandes indústrias, que destinavam seus esforços produtivos para atender à grande demanda oriunda do conflito. Com isso, a economia americana arrisca entrar em colapso, pois boa parte da mão de obra, que não estava engajada, não tinha emprego. Para minimizar esse impacto negativo e permitir que as pequenas empresas pudessem penetrar no mercado da guerra, foi criada, em 1942, a Corporação de Pequenas Fábricas de Material Bélico — *Smaller War Plants Corporation (SWPC)* — que cuidava da obtenção de contratos governamentais pelas pequenas empresas. Com o fim do conflito, foi extinta a SWPC, sendo criado o Escritório da Pequena Empresa — *Office of Small Business (OSB)* — do Departamento de Comércio. Pouco depois, na Guerra da Coreia (1950-1953), foi criada a Administração de Pequenas Fábricas Ligadas à Defesa — *Small Defense Plants Administration (SDPA)* — que também incluía atividades relacionadas a contratos governamentais com as pequenas empresas. Enfim, eis que o Presidente Eisenhower decide propor a criação de uma agência independente para as pequenas empresas, como uma nova instituição, o que foi aprovado pelo Congresso em 30.07.1953, com a Lei de Apoio às Pequenas Empresas — *Small Business Act - Public Law 83-163, 67 Stat. 232* — nascendo, assim, a Administração de Pequenas Empresas dos Estados Unidos — *The U.S. Small Business Administration (SBA)*, norma que, desde então, vem sendo atualizada e se encontra em vigor atualmente. Outros países adotam essa mesma política de incentivo ao micro empreendedorismo por meio das contratações governamentais. O Japão do pós-guerra (1945-54) criou a Agência da Pequena e Média Empresa (*Small and Medium Enterprise Agency (SME)*) que, posteriormente, passou a tratar de desenvolvimento regional e inclusão das pequenas empresas nas compras governamentais. A França, em 1980, estabeleceu a sua política, incluindo o objetivo de desenvolvimento regional, a criação de emprego e os benefícios das pequenas empresas na área de licitações. A Alemanha e a Itália são outros exemplos de países que instituíram políticas de inserção das pequenas empresas nas contratações governamentais. Também o Canadá começou a implementar políticas de compras governamentais para as pequenas empresas a partir de 1995. Em 2003, foi a vez de a Inglaterra estabelecer seu plano de inclusão das pequenas empresas nas contratações públicas. Na mesma época, a União Europeia iniciava pesquisas para adoção, pelo bloco, de regras semelhantes.

ficto, possibilitando a ME/EPP dar uma contraproposta caso sua proposta, mesmo um pouco acima da vencedora (desde que não fosse outra ME ou EPP) e ver-se sagrada vencedora do certame. Isso não foi suficiente, pois muitas empresas, mesmo se utilizando dos favores da lei complementar, perdiam as disputas, principalmente as do pregão eletrônico, para as grandes empresas, que vinham de outras praças disputar o negócio.

A partir dessa constatação, em 2014, o Congresso Nacional aprova a Lei Complementar nº 147/2014, que amplia as condições de favorecimento das MEs/EPPs, tornando obrigatória a realização de licitação restrita a essas empresas sempre que o valor estimado da contratação não ultrapassar R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); nas licitações de objeto divisível, cujo valor estimado total ultrapasse esse valor, a destinação de cota de disputa fechada para MEs/EPPs de 25% (vinte e cinco por cento) do objeto.

Portanto, a exemplo da fixação da modalidade licitatória determinada pelo valor da contratação, se a estimativa de preço for deficiente, poderá conduzir o processo licitatório a uma nulidade, pois a observância desses limites financeiros é regra impossível de saneamento.

5ª Função: balizar a decisão de adesão ou não a uma Ata de Registro de Preços

O Sistema de Registro de Preços admite a possibilidade de um órgão ou entidade que não tenha participado da licitação, de utilizar da Ata como pressuposto de validade para suas contratações, sem a necessidade de realizar a sua própria

licitação. Tal figura, coloquialmente chamada de “carona”, já vinha prevista no art. 8º do Decreto Federal nº 3.931/2001 e hoje encontra-se reafirmada no art. 22 do Decreto Federal nº 7.892/2013:

Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

Mas a despeito dessa possibilidade, lógico que o ato de adesão deverá ser justificado técnica e economicamente, tudo, em homenagem aos princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade. Para tanto, a pesquisa de preços será o principal componente da motivação do pedido de adesão.

Todavia, a pesquisa deverá ser feita levando-se em consideração a licitação que o órgão faria caso não aderisse à Ata para que sejam cotejadas as duas alternativas e seja indicada a mais razoável (solução ótima). E para isso, deve ser considerado, em relação ao objeto, se o mesmo se enquadra em uma das hipóteses para as quais o SRP é previsto, nos termos do art. 3º do Dec. 7.892/2013:

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Além disso, a adoção desse sistema de contratação depende de demonstração de que é a alternativa mais vantajosa para a Administração, dado que se trata de ato vinculado. O TCU já se manifestou nesse sentido, como se vê do precedente abaixo transcrito:

“Chamou-me a atenção, também, o fato de não haver sido apresentada motivação suficiente para que o certame em tela seja promovido pelo Sistema de Registro de Preços. As implicações de tal decisão são significativas, já que as cotações registradas poderão dar ensejo a contratações de outros integrantes da Administração Pública. O fato de a [entidade] não poder ser considerada um grande consumidor de material de informática deixa-me ainda mais preocupado quanto a tais consequências, presente o risco potencial de que diversas outras aquisições venham a ser levadas a efeito sem que os preços obtidos sejam os mais vantajosos, considerando-se o volume total que viera ser contratado. A ausência de motivação de tal escolha não nos permite conhecer se a decisão fundou-se em necessidades da [entidade] ou da intenção de que as cotações por ela obtidas sejam aproveitadas por outros órgãos ou entidades da Administração. Se o caso for esse último, no entanto, chego a questionar-me se não seria mais apropriado que o próprio Ministério promovesse a licitação,

de modo a que os preços aí obtidos - com base em cotações para estimativas de quantitativos bem maiores - pudessem ser aproveitados pelos órgãos e entidades a ele vinculados. Considero, portanto, que se deva determinar, também, como condição para a continuidade do pregão, que a [entidade] acoste, ao processo administrativo a ele atinente, a devida motivação para que aquele certame deva ser efetuado pelo Sistema de Registro de Preços, remetendo, simultaneamente, cópia de tal documento a este Tribunal. Devera, ainda, ser determinado aquela unidade que, em futuros procedimentos licitatórios, a adoção do Registros de Preços seja sempre precedida da explicitação dos motivos para seu emprego.” (Acórdão 2.401/2006, Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti)

“Registre os preços obtidos por meio do Pregão (...) somente caso seja demonstrado que é a opção mais econômica para a Administração.” (Acórdão 984/2009, Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler)

Como visto, a adoção do SRP para atender às demandas da Administração está vinculada à demonstração de que atende às finalidades e hipóteses previstas em regulamento, conforme acima explicitado e representa a melhor solução para a Administração..

6ª Função: identificar sobrepreços em itens de planilhas de custos

Antes de comentarmos essa função da atividade de pesquisa de preços, se faz necessária a correta compreensão sobre os conceitos de *sobrepreço* e de *superfaturamento*.

O Tribunal de Contas da União⁵² já estabilizou o entendimento segundo o qual *sobrepreço* é a situação que ocorre quando uma cotação de um bem ou serviço é superior ao valor praticado pelo mercado. Já o Superfaturamento se verifica após a regular liquidação da despesa, ou seja, depois da aquisição, faturamento e pagamento de um bem, uma obra ou serviço.

Mais recentemente, o novo marco regulatório das empresas públicas e sociedades de economia mista — Lei Federal nº 13.303/2016 — também conceituou esses dois institutos:

SOBREPREGO

Art. 31, § 1º, I - Quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada

SUPERFATURAMENTO

Art. 31, § 1º, II - Quando houver dano ao patrimônio das EP/SEM caracterizado, por exemplo:

a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;

52 A título de exemplo, veja-se os seguintes precedentes: TCU, Acórdão 316/2006, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar; Acórdão 1549/2017, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro; Acórdão 1923/2016, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas.

- b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança;
- c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
- d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços.

Em resumo, o *sobrepreço* é a prática do empresário formular uma proposta com elevação do custo do seu produto, serviço ou obra a patamares superiores ao mercado. Logo, ocorre antes do contrato. Para caracterizar a prática do *sobrepreço*, é necessário que essa superação seja aviltante, seja grosseira, a ponto de representar enriquecimento ilícito. O *superfaturamento*, como o termo já indica, ocorre na execução do contrato, pois é a cobrança (faturamento) de valores que tenham sido alvo de *sobrepreço* ao tempo da apresentação da proposta, não detectado pela autoridade julgadora. O *sobrepreço*, de per si, não gera prejuízo algum; o *superfaturamento*, sim.

É possível, portanto, que a proposta tenha sido formulada com *sobrepreço*, mas não gerar *superfaturamento* durante a execução. Isso ocorrerá nos casos em que o Gestor ou Fiscal do contrato souber identificar que o custo, unitário

ou global, se encontra nas condições de *sobrepreço* e negociar com o contratado a redução desses custos viciados.

A pesquisa de preços é a principal ferramenta para afastar o *superfaturamento*, pois somente com a correta identificação da curva do mercado é possível verificar tal ocorrência, conforme já decidiu Corte Federal de Contas:

“A análise para aferição de sobrepreço ou de superfaturamento deve considerar a realidade fática enfrentada pelo gestor e as peculiaridades atinentes a execução de cada empreendimento. Considera-se afastado o indicio de sobrepreço inicialmente detectado se as peculiaridades do empreendimento justificam a adoção de custos unitários, em média, 8,9% acima dos valores indicados no Sinapi.” (Acórdão 678/2008, Plenário, Re. Min. Marcos Bemquerer)

7ª Função: identificar jogos de planilhas

O chamado *jogo de planilha* é um ardil engendrado pelo proponente no qual ele mergulha no custo unitário de itens de sua planilha de composição de custo que não terão muita saída ou que não prejudiquem o valor global, e superestima outros itens dos quais irá levantar maior lucro, elevando-os a níveis muito superiores aos praticados no mercado. Em outro dizer, formula preço inexequível em alguns itens e, em outros, compensando-os, pratica o *sobrepreço*. Na doutrina especializada, encontramos a seguinte definição dessa prática na lição de Rolf Dieter:

“Consiste na formulação de um orçamento em planilha de serviços de forma que resulte em um desequilíbrio econômico-financeiro, ou seja, pagamento superior ao

realizado fisicamente ou elevação substancial do valor contratual no caso de aditivos, ou ainda, abandono da obra ou serviço por desinteresse do contratado concluir a obra ou o serviço.”⁵³

Em excelente trabalho de dissertação de mestrado, Marcus Campiteli⁵⁴ nos oferece a seguinte definição:

“O ‘jogo de planilha’, também conhecido por “jogo de preços”, é um artifício utilizado por licitantes que a partir de projetos básicos deficitários e/ou por informações privilegiadas, conseguem saber antecipadamente quais os serviços que terão o quantitativo aumentado, diminuído ou suprimido ao longo da execução da obra a ser licitada e manipulam os custos unitários de suas propostas, atribuindo custos unitários elevados para os itens que terão o seu quantitativo aumentado e custos unitários diminutos nos serviços cujo quantitativo será diminuído ou suprimido. Com isso, vencem a licitação por conseguirem um valor global abaixo dos concorrentes, graças aos custos unitários diminutos que não serão executados. Assim, após as alterações contratuais já previstas pelo vencedor do certame no momento da elaboração da proposta, o valor global do objeto contratual passa a encarecer em relação ao seu valor de mercado, podendo tornar-se a proposta mais desvantajosa para a Administração entre as demais da licitação.”

53 BRÄUNERT, Rolf Dieter, Como elaborar editais e contratos para obras e serviços de engenharia. 3ª. ed. JML. Curitiba, 2014.

54 CAMPITELI, Marcus Vinicius. Medidas para Evitar o Superfaturamento Decorrente dos “Jogos de Planilha” em Obras Públicas. Dissertação de Mestrado em Estruturas e Construção Civil (2006), E.DM – 009A/06, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 109 p.

Pois bem, se dissemos antes que a pesquisa de preços é a melhor ferramenta para evitar o *superfaturamento*, justamente por permitir que haja a identificação de formação de *sobrepreço*, o mesmo se dirá em relação a essa espúria prática comercial do *jogo de planilha*. Afinal, essa ação astuciosa do proponente depende da ocorrência de *sobrepreço* em alguns itens da planilha.

O mais perigoso é que o contrato pode ter sido celebrado sem que tenha havido caracterização de *superfaturamento*, mas, em decorrência de alterações contratuais, acabar propiciando a vantagem alvitrada na formação do preço, com aplicação do *jogo de planilha*. Essa ocorrência já foi, inúmeras vezes, alvo de atenção do Tribunal de Contas da União, conforme vemos abaixo:

“Enunciado: A existência na planilha contratual de serviços específicos com preços unitários acima dos referenciais de mercado, ainda que não caracterize sobrepreço global, deve ser evitada, principalmente se concentrados na parcela de maior materialidade da obra, pois traz risco de dano ao erário no caso de celebração de aditivos que aumentem quantitativos dos serviços majorados (jogo de planilha) ou diante da inexecução de serviços com descontos significativos nos preços, depois de executados aqueles com preços unitários superiores aos de mercado (jogo de cronograma).” (TCU, Ac. 2.307/2017, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes)

Em outro julgado anterior, o TCU identifica a fórmula a partir da qual se dá o *jogo*:

“Excerto: 29. O “jogo de planilha”, mecanismo espúrio verificado na contratação de algumas obras públicas, normalmente funciona assim: na licitação, a empreiteira cota determinados itens de serviço da obra muito acima do mercado, enquanto outros são oferecidos a preços bastante abaixo; como os preços unitários altos e baixos se compensam, o valor global da obra fica dentro da expectativa do contratante; depois de contratada, a empreiteira se aproveita de modificações nos serviços, forçadas ou por deficiência do projeto, as quais irão reduzir os itens mais em conta ou aumentar os mais caros, ou mesmo fazer as duas coisas; o resultado é que os itens mais caros prevalecem no contrato, distorcendo a proposta original, com elevação do preço da obra.” (TCU, Ac. 1.588/2005, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas)

Mas o *jogo de planilha* somente conduz ao enriquecimento ilícito do contratado na hipótese de haver modificações contratuais que modifiquem o valor global, isto é, mesmo que haja itens com *sobrepço* e outros inexequíveis, desde que o valor global se mantenha dentro do orçamento estimado, não restará caracterizado o *superfaturamento*, na esteira do entendimento firmado pelo TCU:

“Enunciado: Não há que se falar em sobrepreço em determinados serviços constantes das planilhas de preços unitários contidas nas propostas das licitantes se os preços globais estão dentro dos limites aceitáveis dados pelos *orçamentos* das licitações. [ACÓRDÃO] 9.3. com fundamento no art. 43 da Lei 8.443/1992, determinar ao DNIT que: [...] 9.3.9. mantenha, com vistas a evitar a ocorrência de ‘Jogo

de Planilhas' nos contratos apreciados neste processo, sob pena de responsabilização dos agentes envolvidos, estrita observância ao equilíbrio dos preços fixados nesses contratos em relação às vantagens originalmente ofertadas pelas empresas e/ou consórcios contratados, impedindo-se, assim, que, por meio de termos aditivos futuros, o acréscimo de itens com preços supervalorizados ou eventualmente a supressão ou a modificação de itens com preços depreciados viole princípios administrativos;" (TCU, Ac. 2.046/2008, Segunda Câmara, Rel. Min. Aroldo Cedraz)

Vejamos um exemplo de superfaturamento a partir do *Jogo de Planilha* no quadro abaixo:

| Itens | Condições Originais | | | | | Após alterações qualitativas | | | Diferença após as alterações |
|---------------|---------------------|--|-----------|-----------|-----------|------------------------------|---------------------------------------|-------------------|------------------------------|
| | Qtde | Valor de referência de acordo com o preço médio de mercado | | Proposta | | Qtde | Preço com base no valor de referência | Preço do Contrato | |
| | | R\$ Unit. | R\$ Total | R\$ Unit. | R\$ Total | | R\$ Total | R\$ Total | |
| 1 | 100 | 15,00 | 1.500,00 | 30,00 | 3.000,00 | 400 | 6.000,00 | 12.000,00 | R\$ 6.000,00 |
| 2 | 200 | 10,00 | 2.000,00 | 30,00 | 6.000,00 | 300 | 3.000,00 | 9.000,00 | R\$ 6.000,00 |
| 3 | 300 | 20,00 | 6.000,00 | 20,00 | 6.000,00 | 300 | 6.000,00 | 9.000,00 | R\$ 0,00 |
| 4 | 400 | 25,00 | 10.000,00 | 10,00 | 4.000,00 | 0 | 0,00 | 6.000,00 | R\$ 0,00 |
| Valor Global: | | | 19.500,00 | | 19.500,00 | | 15.000,00 | 27.000,00 | R\$ 12.000,00 |

O item 1 foi originalmente quantificado em 100 unidades e o preço unitário de mercado aferido ao tempo da pesquisa de preços era R\$ 15,00. O item 4 foi quantificado em 400 unidades e o preço foi estimado em R\$ 25,00. Notem que o proponente cotou para o item 1 o valor de R\$ 30,00,

ou seja, o dobro do valor médio de mercado, caracterizando o sobrepreço; e, para o item 4, “mergulhou” no preço, reduzindo-o em mais de 50%. Todavia, até esse momento, não se considera ter ocorrido qualquer irregularidade, pois o valor global se manteve compensado.

Na coluna “após as alterações qualitativas” (art. 65, I, a da L. 8.666/1993), percebe-se que o item 1 recebeu um acréscimo, fazendo pular de 100 para 400 unidades, sendo que o item 4 foi zerado. Nesse momento é que se caracteriza o *superfaturamento*, que somente foi possível pela prática do *jogo de planilha*.

De notar que o *jogo de planilha* não ocorre apenas nas licitações de obras ou serviços. Certo é que nessas contratações, a incidência desse problema é maior em razão de o custo total ser desdobrado em planilhas de composição de custo, muitas vezes, com centenas de itens unitários, o que facilita “esconder” o *jogo*. Mas essa circunstância astuciosa também pode vir a ser praticada nas licitações para compras quando reunidos itens que admitiam aquisição isolada, porém reunidos em lotes ou de forma global. Veja-se o caso concreto examinado pelo TCU no precedente a seguir transcrito:

“Enunciado: Admite-se a utilização do sistema de registro de preços para contratação de serviços de organização de eventos, porque passíveis de padronização, desde que adotadas medidas voltadas a evitar a ocorrência de jogo de planilha e a utilização indevida por órgãos não participantes, e que haja planejamento adequado, especialmente para definição realista dos quantitativos estimados de serviços. (TCU, Ac. 1.175/2017, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz)

Do mesmo modo que pode vir a ocorrer nos serviços e nas obras, as aquisições por lotes de itens unitários, seja no Registro de Preços como no precedente acima, seja nas aquisições no formato tradicional, não está afastada a possibilidade de planilha, bastando que o proponente derrube o preço de um dos itens que compõe o lote, e pratique *sobrepreço* em outro.

Portanto, mesmo nas licitações em que a formação de preços não se dará com base em planilhas de composição de custo, como nas aquisições por lotes de itens, a pesquisa de preço servirá ao propósito de fornecer informações necessária a fim de que seja possível evitar uma compra superfaturada.

8ª Função: identificar proposta inexequível

Inexequível ou *inviável* é a proposta cujos termos não são suportáveis pelo proponente, ou seja, ele compromete a sua palavra, mas não terá condições de mantê-la ao longo da execução do ajustado, sendo que, muitas vezes, sequer consegue dar início à execução. A doutrina explica esse fenômeno. Iniciamos pelas lições do festejado mestre Jessé Torres⁵⁵, que, segundo sua ótica, preço inexequível é

“(...) aquele que sequer cobre o custo do produto, da obra ou do serviço. Inaceitável que empresa privada (que almeja sempre o lucro) possa cotar preço abaixo do custo, o que a levaria a arcar com prejuízo se saísse vencedora do certame, adjudicando-lhe o respectivo objeto. Tal fato, por incongruente com a razão de existir de todo empreendimento comercial ou industrial (o lucro), conduz, necessariamente,

55 *Comentários...*, p. 498.

à presunção de que a empresa que assim age está a abusar do poder econômico, com o fim de ganhar mercado ilegítimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte. São hipóteses previstas na Lei nº 4.137, de 10.09.62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico.”

Já o Marçal Justen Filho adota posicionamento distinto em relação a esse problema, considerando que “a questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja $\frac{3}{4}$ o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou.”⁵⁶ Conclui esse pensamento ponderando que não compete à Administração fiscalizar a atividade empresarial, ou seja, a decisão de receber lucros ou arcar com prejuízos é da empresa.

Unindo ambas as visões e buscando simplicidade, podemos entender que proposta inexecutável é aquela que se demonstra inviável ou cujo valor sequer cobre os custos de produção ou execução e, principalmente, não pode ser mantido sem prejuízo para a qualidade e o perfeito cumprimento das obrigações contratuais assumidas. É, pois, proposta irresponsável. Bruno da Conceição São Pedro, em ótimo trabalho publicado no site *Jus Navigand*⁵⁷, citando Victor Mazman, se encaminha na mesma direção, aduzindo que:

“a proposta que, a toda evidência e à primeira vista, se mostrar inviável, não é séria por não ser exequível. O procedimento licitatório tem um objetivo. É oportunizar, após sua realização,

56 *Comentários...*, p.455.

57 SÃO PEDRO, Bruno da Conceição. *Análise da inexecutabilidade nas licitações. Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1713, 10 mar. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11012>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

a formalização do contrato entre a Administração e o licitante vencedor. Desta forma, se o conteúdo da proposta, não só quanto ao preço como às demais condições, não permite que, se vencedora, se realize o contrato administrativo, não ingressa na razoável área da competitividade e desatende o essencial objetivo da avença posterior. Daí a desclassificação.”

Certo, portanto, é que a inexequibilidade somente ensejará a desclassificação da proposta se ficar demonstrado que a mesma não é suportável pelo proponente (inexequibilidade absoluta). Se, ao contrário, restar demonstrado que, a despeito da formação de preços abaixo do custo de execução, o proponente tem condições de suportar a execução (inexequibilidade relativa), a proposta deve ser mantida válida no certame.

Para Marçal Justen Filho⁵⁸, “a desclassificação por inexequibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas”. Para o autor, “os arts 44, §3º e 48, II §§ 1º e 2º devem ser interpretados no sentido de que a formulação de proposta de valor reduzido exige avaliação cuidadosa por parte da Administração.”

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no mesmo diapasão, reconhecendo que não se pode presumir a inexequibilidade de uma proposta, sem que haja oportunidade para o licitante demonstrar a viabilidade da sua proposta:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E II, § 1º, DA LEI 8.666/93. PRESUNÇÃO RELATIVA.

58 Comentários...p. 653.

POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93 para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório gera presunção absoluta ou relativa de inexequibilidade. 2. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexequibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexequibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexequibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível. 3. Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação. [...] a vencedora do certame “demonstrou que seu preço não é deficitário (o preço ofertado cobre o seu custo), tendo inclusive comprovado uma margem de lucratividade”. [...] (STJ - REsp: 965839 SP 2007/0152265-0, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 15/12/2009, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2010).

Exatamente no mesmo sentido vem a pacificada posição do Tribunal de Contas da União, tendo, inclusive, sumulado o tema:

“TCU - SÚMULA N.º 262 - 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.”

“Assuntos: INEXEQUIBILIDADE e LICITAÇÕES. DOU de **23.08.2011**, S. 1, p.94. **Ementa:** alerta ao SENAI/RJ quanto à constatação das seguintes impropriedades verificadas na condução de um convite: a) utilização indevida da unidade “verba” para referenciar serviços identificados na planilha orçamentária do convite, em infringência às exigências contempladas no art. 13, § 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI, quanto à suficiência e adequação do conjunto de elementos necessários à caracterização da contratação de obras e serviços de engenharia; b) aferição da inexequibilidade da proposta de uma empresa licitante privada de extintores, ao convite, que encerrava a oferta menos onerosa para o SENAI/RJ, em caráter sumário e baseada em restrito referencial de preços, e com base no orçamento em vez do valor médio das propostas, bem assim, sem propiciar a oportunidade de demonstração da exequibilidade da proposta, contrariando a finalidade precípua da licitação, que é a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração (cf. art. 2º do RLC/SENAI), e o entendimento jurisprudencial que se extrai da Sumula/TCU nº 262 (itens 9.2.2 e 9.2.3, TC-008.075/2009-1, Acórdão nº 6.439/2011-1ª Câmara).

Concluindo, a informação correta sobre o preço de mercado indicará a existência de eventual indício de inexecutabilidade da proposta, ao passo que, conhecendo com maior exatidão a faixa de preços de mercado para determinado produto/serviço, será possível melhor identificar, no exame das propostas, em quais situações o julgador do certame — Pregoeiro ou Comissão de Licitação — deverá proceder à investigação da formação de preços do proponente.

9ª Função: auxiliar o gestor a identificar a necessidade de negociação com os fornecedores, sobre os preços registrados em ata

O sistema de Registro de Preços instituiu uma nova fórmula de atendimento a demandas de caráter peculiar, notadamente, aquelas em que o quantitativo demandável é de difícil previsão. A sistemática envolve uma única licitação ao final da qual o vencedor tem seu preço registrado em um documento vinculativo, de natureza obrigacional chamada de Ata de Registro de Preços. Esta Ata, que tem prazo de validade determinado, nunca excedente a um ano⁵⁹, será o fundamento de validade para as contratações que o órgão gerenciador e os participantes requisitarem ao longo dessa vigência. O preço registrado permanecerá inalterado por todo o período, não cabendo nenhuma espécie de reajuste ou revisão⁶⁰.

59 Alguns Regulamentos de Licitações e contratos do Sistema 'S' permite, mantidas a vantajosidade, a prorrogação por mais doze meses.

60 Em relação à afirmação de descabimento de majoração de preços registrados em ata, assim me manifestei em artigo publicado na RJML: "O art. 17 se mostra ambíguo se concatenado com os demais dispositivos do mesmo Capítulo, notadamente, o art. 19. Esse mesmo problema, que atribuo à total falta de técnica legislativa, já era percebido no decreto anterior em relação ao art. 12 e seus parágrafos. O art. 17 sugere

que em caso de desequilíbrio nas cláusulas econômicas da proposta causada por fato superveniente e imprevisível, os preços da Ata poderão ser realinhados. Não é verdade. (...) A norma retrata o dever de a Administração contratante corrigir as cláusulas econômico-financeiras sempre que houver desequilíbrio abrupto e repentino dessa equação no curso da execução do ajustado. A origem é o próprio art. 37, XXI da Carta Política de 1988 ao fixar como obrigatório para compras, obras, serviços e alienações, o prévio procedimento licitatório, impondo como condição básica a fixação de cláusulas que “estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta”. Garantir a efetividade da proposta significa senão, manter ao longo da execução do contrato a mesma relação de justiça entre a prestação (execução do contrato) e a remuneração (preço) que presumidamente fora estabelecida no início da avença. A hipótese do art. 65, II, *d* é aquela em que o desequilíbrio era impossível de ser previsto (logo, projetado na proposta de modo a torná-la suportável) e ocasiona um prejuízo insustentável para uma das partes. Nessas condições, é dever da Administração impactar as cláusulas financeiras do contrato até o patamar necessário que era alvitado no início da execução, provocando o que a doutrina chama de *revisão* do contrato. Para que isso ocorra é necessário o atendimento de dois requisitos fundamentais, a saber: *a*) o motivo causador não poderia ser previsível ou previsível, porém de consequências incalculáveis; e, o desequilíbrio deve ser gravoso a ponto de causar o impedimento ou o retardo da execução do ajustado, causador de enriquecimento sem causa a uma parte em detrimento da ruína da outra. A despeito de muitos órgãos promoverem revisões dos preços registrados, impende destacar que o instituto da *revisão* não cabe na Ata de Registro de Preços. Aliás, os preços da Ata só admitem variação em uma direção: **para baixo**. Jamais para cima. Dois elementos conduzem o intérprete nessa direção. Em primeiro lugar, não há amparo legal a subsidiar a aplicação da revisão da Ata. Nada obstante o art. 17 indicar essa possibilidade (“Os preços registrados poderão ser revistos...observadas as disposições contidas na alínea “d” do inciso II do caput do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993), o art. 19, que cuida da hipótese de o preço registrado tornar-se defasado em relação ao mercado, não prevê a revisão da Ata ou a majoração de seus preços. Dá como solução: liberar o fornecedor do compromisso; promover tratativas a fim de verificar se os demais fornecedores podem suportar o preço registrado; e, por fim, sendo infrutíferas as negociações, revogar a Ata. O conflito entre as disposições do art. 17 e do art. 19 se resolve a favor deste último. Afinal, é regra comezinha de hermenêutica que no conflito entre uma regra geral e uma específica, esta última prevalece. Na lapidar lição de Carlos Maximiliano, “Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especificamente com o assunto de que se trata”. Por lado outro, o instituto da *revisão* tem como pressuposto fundamental o retardo ou impedimento da execução do ajustado, justamente para evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes. No caso da Ata de Registro de Preços tal condição jamais se configurará em virtude de ser apenas um pré contrato. Não se nega poder haver comprometimento da relação de justiça por motivo superveniente não previsível em relação à proposta formulada na licitação e registrada em Ata. Mas essa condição não é suficiente para

Dependendo das circunstâncias de mercado, que é sempre muito volátil, o preço registrado pode deixar de ser vantajoso para a Administração. Nessas situações é aplicável o disposto no art. 18 do Decreto Federal nº 7.892/2013:

Art. 18. Quando o preço registrado tornar-se superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, o órgão gerenciador convocará os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado.

§ 1^a Os fornecedores que não aceitarem reduzir seus preços aos valores praticados pelo mercado serão liberados do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade.

§ 2^a A ordem de classificação dos fornecedores que aceitarem reduzir seus preços aos valores de mercado observará a classificação original.

Logo, a análise de mercado realizada para dar azo ao procedimento licitatório será o ponto de partida para a verificação da manutenção da condição de vantagem do preço registrado. Somente a partir daquele valor apurado é que será possível identificar as hipóteses que exigirão da Administração a adoção dos procedimentos previstos no dispositivo acima transcrito.

dar guarida à revisão, pois não provoca, de per si, o prejuízo insuportável. Ora, não haverá prestação desfavorável e insuportável para o fornecedor se a Administração não convocá-lo. Daí a solução do regulamento em manter a mesma sistemática do decreto anterior. Publicado em www.jmleventos.com.br, em coluna jurídica.

10ª Função: servir de parâmetro para alterações qualitativas, PRORROGAÇÕES e repactuações contratuais

Do mesmo modo acima, a pesquisa de preços será o norte a partir do qual o gestor do contrato irá realizar os procedimentos, quando necessários, à promoção das alterações contratuais de natureza qualitativa (art. 65, I, a da L. 8.666/1993). Como se sabe, tais alterações representam modificações nas especificações ou projeto originais, as quais são empreendidas a fim de tornar mais adequado o objeto aos fins colimados. Ao se cuidar de alteração das especificações ou inclusão de novidades ao projeto, o que representa criação novos itens unitários nas planilhas originais, cujos preços de mercado não teriam sido alvo de pesquisa prévia, é certo que a investigação do custo dessas “novidades” deve ser realizada previamente à formalização do Termo de Aditamento. Do contrário, seria o mesmo que realizar uma contratação sem que tenha sido realizada pesquisa prévia de preços. A pesquisa realizada para esse fim terá duas finalidades: a) verificar a ocorrência (ou não) de prática de *sobrepreço*; e, b) motivar o juízo de conveniência e oportunidade à autoridade competente.

Quanto à prorrogação dos contratos, a pesquisa de preços tem o condão de subsidiar a tomada de decisão quanto à vantajosidade da extensão da duração do contrato no tempo, visto que militaria em sentido oposto ao princípio da indisponibilidade do interesse público, manter por mais tempo em execução um contrato que já não representa a mesma vantagem que anotava ao tempo da contratação original.

No que tange às repactuações contratuais, a pesquisa originalmente realizada será também o ponto de partida para observação das razões apresentadas pelo contratado na hipótese de o reajuste ser aplicado com base na variação efetiva dos custos de execução. Nesse caso, será necessário comparar a planilha de custos que foi apresentada pelo contratado junto à proposta ao tempo da licitação, com a nova planilha contendo os novos preços. Se a pesquisa de preços que deu causa à licitação não tiver sido feita com a técnica correta, certamente que a repactuação será contaminada pela falha do início do processo.

Capítulo 9 - Consequências para a Administração da ausência da Pesquisa de Preços

Se a atividade de análise de mercado constitui instrução obrigatória e atende aos ditames ínsitos aos princípios da eficiência, economicidade, razoabilidade e da indisponibilidade do interesse público, fácil reconhecer, a par disso, que a sua inexistência no processo de realização de despesa ou a sua realização de forma defeituosa, ensejará nulidade do processo, em caso de prejuízo para a Administração, bem como a consequente responsabilização do agente, inclusive por frustrar o caráter competitivo do certame, na medida em que a falta dessas informações prejudica a transparência e dificulta a formulação das propostas pelos licitantes.

Atento a isso, o Tribunal de Contas da União vem decidindo de forma rigorosa quanto a esse aspecto no

exercício do controle externo de contas dos órgãos a ele submetidos. De seu vasto repositório, colhemos os seguintes paradigmas:

Ausência de pesquisa:

“Enunciado: É obrigatória, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta dos preços correntes no mercado, dos fixados por órgão oficial competente ou, ainda, dos constantes em sistema de registro de preços. A ausência de pesquisa de preços configura descumprimento de exigência legal.

Excerto Voto: [...] 79. Há que se destacar, que ainda que o preço pago à empresa [...] tenha sido o praticado especificamente por tal empresa no mercado, isso não autorizava o Basa a deixar de efetuar pesquisa junto a outros interessados ou mesmo demonstrar, nos autos, o preço praticado por tal empresa, a fim de justificar e comprovar a coerência do preço da contratação ora em exame. 80. Entretanto, não constam dos autos documentos que comprovem a realização de pesquisa de preços previamente à fase externa da licitação, ou mesmo que comprove o preço praticado pela empresa contratada. 81. De acordo com o disposto nos arts. 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, é obrigatória, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta dos preços correntes no mercado, daqueles fixados por órgão oficial competente ou, ainda, daqueles constantes do sistema de registro de preços. 82. A jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 3.506/2009-1a Câmara, 1.379/2007-Plenário, 568/2008-1a Câmara, 1.378/2008-1a Câmara, 2.809/2008-

2a Câmara, 5.262/2008-1a Câmara, 4.013/2008-1a Câmara, 1.344/2009-2a Câmara, 837/2008-Plenário e 3.667/2009-2a Câmara, é no sentido de que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade, consistindo essa pesquisa de um mínimo de três orçamentos de fornecedores distintos. É necessária a apresentação de justificativa adequada sempre que não for possível obter número razoável de cotações. 83. Dessa forma, a ausência de pesquisa de preços configura descumprimento de exigência legal, indo de encontro às normas vigentes e à jurisprudência desta Corte, razão pela qual devem ser rejeitadas as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis em relação a esse item (item 45.2 desta instrução)”

Pesquisa defeituosa:

“**Enunciado:** A falta ou realização da pesquisa de preços prévia junto a poucas empresas, com manifesta diferença nos valores dos orçamentos apresentados, não se mostra suficiente para justificar o valor do orçamento estimativo da contratação, pois impede a Administração contratante de aferir a vantajosidade real da contratação e os potenciais interessados de cotarem adequadamente suas propostas.

Excerto Voto: 12. Conforme evidenciado pela unidade técnica, houve falha grave na orçamentação do Pregão Eletrônico 9/2014, que não se baseou em cotações representativas dos custos de mercado da mão de obra dos serviços a serem realizados, nem foi antecedido de qualquer pesquisa, seja junto a fornecedores seja às atas de pregões

e a contratos similares outros órgãos, quanto aos custos de peças e equipamentos incluídos no objeto. 13. No caso, parte significativa da contratação em análise, avaliada pela unidade técnica como correspondente a 35% do valor do objeto, ocorreu sem que houvesse qualquer parâmetro para avaliação da compatibilidade desses custos com os valores de mercado. [...] 16. A falta e/ou a deficiente justificação do orçamento prévio, além de violarem frontalmente as regras supramencionadas, atentam contra o princípio da busca da melhor proposta, da economicidade e da competitividade, pois impedem a Administração contratante de aferir a vantajosidade real da contratação e os potenciais interessados de cotarem adequadamente suas propostas. 17. Dessa forma, entendo que tal irregularidade constitui vício grave, apto a macular a higidez do certame, motivo pelo qual julgo escorregito, sopesando os efeitos negativos de eventual proposta de imediata anulação do contrato, determinar o Ministério da Saúde que se abstenha de prorrogar o Contrato 46/2014 e assinar o prazo de 5 (cinco) dias para que o órgão adote providências visando ao exato cumprimento da lei, caso avalie necessária a continuidade da realização dos serviços de que tratam o ajuste, [...]”

Por dificultar ou mesmo impossibilitar a Administração Pública de atingir os objetivos definidos pelo art. 37, XXI da Carta Magna, mormente aquele relacionado à seleção da proposta mais vantajosa, a execução inadequada dessa atividade componente da fase interna da contratação, constitui falha gravíssima e pode ensejar a nulidade do processo e os desdobramentos negativos dela decorrente.

Capítulo 10 - Valor de Referência e Valor Máximo da Contratação: conceitos e distinção

Antes de adentrar na metodologia de obtenção de dados e forma de tratamento destes, cumpre estabelecermos a distinção entre dois institutos que guardam estreita conexão com o tema alvo do presente estudo: *Valor de Referência* e *Valor Máximo*. Ambos são extraídos a partir da mesma atividade da etapa da fase interna da contratação, a Análise de Mercado, mas possuem tratamento e desdobramentos distintos.

A pesquisa de preços (ou Análise de Mercado, como preferimos) é o procedimento, prévio à contratação, que visa subsidiar a alta administração do órgão ou entidade de informações de cunho financeiro a fim de que esta possa decidir sobre a conveniência e oportunidade da contratação pretendida. Ao realizar tal mister, o agente responsável busca, a partir das várias fontes idôneas, os preços que vêm sendo praticados no mercado para o produto a ser adquirido ou contratado. Portanto, o que na essência acaba sendo realizado, nada mais senão que uma pesquisa estatística, em que se verifica a curva de preços de um determinado produto, obra ou serviço. Seu resultado final gerará o que se convencionou chamar de *Valor de Referência* ou *Valor Estimado da Contratação*.

Por *Valor de Referência*, ou *Valor Estimado*, deve ser entendido como sendo o preço em torno do qual a Administração provavelmente irá realizar a despesa decorrente

da contratação pretendida. É um ato de planejamento, que visa, fundamentalmente, propiciar à Administração os meios necessários à realização do projeto. A partir dessa apuração, a Administração poderá verificar, junto ao setor competente, se há recursos orçamentários suficientes para suportar a despesa, dando condições adequadas à autoridade competente exercer seu juízo de conveniência e oportunidade quanto à contratação. Não raro, após apurado o *Valor de Referência* e submetido à dita autoridade, o processo retorna por ordem desta a fim de revisar especificações para redução do valor da contratação, ou até mesmo acaba em arquivamento, caso se decida pela inconveniência da despesa.

Assim, ao realizar a Análise de Mercado, o agente responsável procura encontrar o preço mais próximo possível daquele que provavelmente será alvo das propostas finais. Por servir à etapa de planejamento da contratação (Fase Interna ou Preparatória), se revela um procedimento duplamente vinculado. De um lado, porque obrigatório em qualquer processo de contratação, em razão de não ser admissível a ideia segundo a qual o Gestor contrairia despesa para a qual o órgão não estaria preparado, à exceção dos casos emergenciais ou calamitosos; de outro, porquanto deve refletir a efetiva realidade do mercado, pois, do contrário, planejamento, de fato, não haveria. O Tribunal de Contas da União, inclusive, já se manifestou no sentido de que o *Valor de Referência* deve refletir a realidade do mercado, não sendo correto o arbitramento discricionário desse valor.

“Abstenha-se de utilizar a variação de índice inflacionário para estimar o custo de bens e serviços a serem licitados,

realizando, para tal mister, a devida pesquisa de mercado, nos termos do art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993.” (TCU, Acórdão 2361/2009 Plenário)

E não desafia encontrar justificativa para essa orientação, sendo, basicamente, duas as razões. A uma, porque qualquer que seja o índice adotado para tal fim, o mesmo tem no seu percentual apurado uma média da flutuação de diversos componentes que integram sua cesta. Assim, é possível que o índice alvitado aponte uma variação inflacionária de 8% (oito por cento) para o período de doze meses, mas um ou dois de seus componentes tenha variado acima de 20% (vinte por cento) no mesmo período. Se esses dois componentes forem preponderantes para aquele específico objeto, a fixação do valor estimado com base no tal índice traria uma noção irreal do mercado específico. A duas, porque a variação do índice, principalmente se for um índice geral (IPCA, IGPM), pode variar de forma completamente díspare do objeto. A entrada de uma nova tecnologia pode derrubar o preço do equipamento que emprega a tecnologia anterior (veja-se o que tem ocorrido com o mercado de smartphones). Assim, a estipulação de preço de referência com base em índices, o mais das vezes, não retratará a realidade do mercado.

Valor Máximo da contratação é o preço a partir do qual a Administração já presume inconveniente. Trata-se de um limitador das propostas e, sendo assim, é um critério de aceitabilidade de propostas. Sua autorização normativa vem disciplinada no art. 40, X da L. 8.666/1993:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de

seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48⁶¹; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

Como qualquer critério de aceitabilidade de propostas, o estabelecimento do valor máximo é um ato discricionário; e duplamente discricionário. De um lado, porque a fixação desse critério de aceitabilidade dependerá de um juízo de conveniência e oportunidade do gestor a cada caso concreto. Nesse sentido, o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

“Vale lembrar que este Tribunal, por meio da Súmula nº 259/2010 deixou assente que a fixação de preços máximos,

61 Art. 48. § 1º Consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou b) valor orçado pela administração. § 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas “a” e “b”, será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional...igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta.

unitários e globais, é obrigação do gestor apenas quando se trata de obras e serviços de engenharia. Não se tratando desses objetos, essa fixação é meramente facultativa. Como já registrei em outros processos por mim relatados, “valor de referência” ou simplesmente “valor estimado” não se confunde com “preço máximo”. O valor orçado, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o preço máximo a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. São conceitos distintos, que não se confundem.” (Ac. 6452/2014-2ª Câmara)

Por lado outro, a discricção alcança o valor em si, isto é, o limite propriamente dito que servirá de teto para a aceitação das propostas. Dado o caráter discricionário do ato, compete exclusivamente à autoridade competente a definição de qual o valor representará o limite de conveniência da contratação. Mas é lógico que essa avaliação depende do resultado da Análise de Mercado que apura o *Valor de Referência*. Apenas dispondo dessa informação é que o juízo de conveniência e oportunidade do gestor poderá ser formado, não havendo dispositivo normativo que oriente o patamar de fixação do preço máximo. Assim, sua definição, fruto de escolha discricionária, deverá ser exercida com observância dos princípios da *eficiência* e *razoabilidade*. O mais comum e mais razoável é que o preço máximo seja estabelecido com base no preço de referência, isto é, na média apurada na fase de pesquisa de preços. Aliás, essa é a orientação do TCU:

“Utilize como critério de aceitabilidade de preço máximo o valor estimado para o objeto licitado.” (Acórdão 1891/2006 Plenário)

Porém, conforme já dito antes, não há óbice legal para escolha de outro parâmetro, desde que acompanhado das devidas justificativas.

A autoridade competente poderá fixar o *Valor Máximo abaixo* do *Valor de Referência*, o que indicaria que a intenção seria atrair a formação de preços, na licitação, a patamares abaixo do valor médio. Essa medida pode ser bastante útil quando, na fase de análise de mercado, não for possível obter um número de parâmetros de precificação robusto o suficiente, o que atrairia um risco mais significativo de o valor médio ter sido atraído para a faixa superior da curva de preços.

Também poderá a autoridade competente fixar o *Valor Máximo acima* do *Valor de Referência*. Não obstante sejam raros os casos, essa fixação pode ser útil, e até mesmo necessária, em alguns casos a fim de viabilizar a licitação. Considerando que entre a atividade de análise de mercado e o recebimento das propostas transcorre, não raro, mais de dois meses, produtos cujos preços são de formação mais volátil, como é o caso de hortifrutigranjeiros ou produtos importados, tendem a não ser possíveis de serem mantidos naquela faixa encontrada na época da pesquisa. Se o *Valor Máximo* for estabelecido no *Valor de Referência*, seria elevada a probabilidade da ocorrência de licitação deserta ou fracassada.

Em qualquer das duas situações acima, ou seja, fixação acima ou abaixo do valor estimado, a autoridade competente deve justificar nos autos as razões da sua escolha. Uma vez estabelecida a distinção ente esses dois institutos, cumpre

também diferenciar os desdobramentos e suas respectivas utilidades.

Como o *Valor Máximo* é um critério de aceitabilidade de propostas, o mesmo não admitirá flexibilização no momento do julgamento das propostas. Se a proposta final apresentada for um centavo acima do critério de preço máximo, a mesma deverá ser desclassificada. Mas no caso de licitação realizada na modalidade Pregão, é preciso temperar essa orientação.

Como se sabe, no Pregão, além da possibilidade de lances (verbais ou virtuais, conforme a espécie), o Pregoeiro pode negociar diretamente com o autor da melhor proposta, visando redução do preço final. Logo, no início do procedimento, é até possível (e muito comum nas licitações realizadas na forma eletrônica) que os preços iniciais estejam acima do *Valor Máximo*. Mas a desclassificação da proposta somente poderá ocorrer após encerrada a etapa competitiva, pois, ao longo dessa etapa, os preços que inicialmente estavam acima do limite estabelecido poderão ser trazidos a patamares aceitáveis, conforme entendimento já firmado pelo Tribunal de contas da União:

“Excerto: “...determinar ao INCRA que, nos pregões que venha a realizar, não adote procedimentos que possam ocasionar a desclassificação de propostas antes da fase de lances, em decorrência da oferta de valores acima do preço inicialmente orçado pela autarquia, uma vez que o exame da compatibilidade de preços em relação ao total estimado para a contratação deve ser realizado após o encerramento da referida fase, consoante o art. 4º, incisos VII, VIII, IX, da Lei nº 10.520/2002 e o art. 25 do Decreto nº 5.450/2005.” (TCU - Acórdão nº 934/2007-1ª Câmara)

Mas o *Valor de Referência* serve apenas ao planejamento da contratação. Não constitui um limitador das propostas, salvo se eleito expressamente como tal. Portanto, esse valor, ainda que conhecido pelos proponentes, não representa um freio à formulação das suas respectivas propostas.

Não havendo preço máximo fixado, a proposta só poderá ser desclassificada mediante a verificação da ocorrência de uma das seguintes situações descritas no art. 48 da Lei regente da espécie: descumprimento de exigência do edital (inciso I) ou que sejam manifestamente inexequíveis, de valor irrisório ou simbólico (inciso II); ou ainda se comprovada a elevação arbitrária de preços (superfaturamento), situação capitulada no art. 96, I.

Ora, o fato de o licitante ter cotado na licitação preço acima da média não se amolda a nenhuma dessas situações. Não havendo regra no edital que o impeça de formular o preço que bem entender, não se falará em descumprimento do edital (art. 48, I). Tampouco será caso de preço inexequível (art. 48, II), pois inexequibilidade de preço é formação de proposta que não tenha condições de ser suportada, o que não seria a hipótese. Finalmente, para o crime de elevação arbitrária de preços (art. 96, I) não basta que o preço ofertado esteja acima da média, é necessário que esteja muito acima da faixa superior da curva de preços, representando, assim, preço vil.

Em outro dizer, se o edital não fixou expressamente o *Valor Máximo da Contratação*, significa que o regulamento do torneio deixou livre a formação de preços. A extrapolação desse valor pelo proponente não pode causar a sua

desclassificação, sob pena de violação à vedação imposta no art. 44, § 1º da Lei. 8.666/1993:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

Se não houve fixação de preço máximo e o resultado final do torneio resultar em um preço superior ao *Valor de Referência*, a Comissão ou Pregoeiro não poderá desclassificar a respectiva proposta, devendo encerrar o procedimento, declarando o autor do menor preço como vencedor. Mas como ainda pesam sobre a licitação dúvidas quanto ao seu aproveitamento, o ato de adjudicação do objeto deverá aguardar as etapas necessárias à verificação das condições efetivas da proposta, adotando os procedimentos abaixo listados:

- a) concluída a licitação, o julgador (Comissão ou Pregoeiro) deverá encaminhar os autos à autoridade superior, informando que o valor da proposta vencedora encontra-se acima do valor referencial;
- b) a autoridade competente, por sua vez, poderá, de plano, revogar a licitação, nos termos do art. 49 da L. 8.666/1993;

- c) caso queira examinar a conveniência de aproveitar o certame, deverá remeter o processo ao setor de pesquisa de preço para o fim de que seja verificado se o preço final ofertado, a despeito de estar acima da média, encontra-se dentro da faixa atual do mercado;
- d) se a resposta for positiva, os autos deverão seguir para o setor orçamentário para verificação de disponibilidade orçamentária, considerando que o valor comprometido à época da fase interna era a média do mercado, superada na licitação.

Uma vez que todas essas informações estejam reunidas, os autos devem retornar à autoridade competente para decidir pela homologação da licitação e adjudicação do objeto ao vencedor. Ou, caso entenda inconveniente a contratação, revogar a licitação, com observância dos requisitos do art. 49 da Lei 8.666/1993, quais sejam: apontamento das razões de interesse público que conduzirão a licitação ao seu desfazimento; e, oportunidade de contraditório e ampla defesa ao interessado.

Outro aspecto que merece especial atenção diz respeito à publicidade e meio de informação tanto do *Valor de Referência* quanto do *Valor Máximo*. Cabe a essa altura destacar que, à exceção dos processos licitatórios realizados pelo Regime Diferenciado de Contratações-RDC⁶², a informação sobre

62 Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. § 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório. § 2º No

tais valores não pode ser omitida dos interessados, por cuidar de informação de domínio público, conforme a melhor doutrina. Marçal Justen Filho⁶³ assim se posiciona sobre o tema, *verbis*:

“Deve insistir-se acerca do descabimento de a Administração manter em segredo o valor do orçamento ou do preço máximo....No caso, o próprio art. 44, §1º proíbe que algum critério relevante para julgamento (inclusive classificação ou desclassificação de proposta) seja mantido em segredo.”

No âmbito do Tribunal de Contas da União o entendimento firmado é idêntico:

“...a simples publicação da estimativa de preços não traz nenhum prejuízo à licitação. (...). Nesse sentido, afasta, de imediato, empresas que não possuem uma estrutura de custo compatível com os preços estimados. (...) Entendo, além disso, que a divulgação do preço antecipado só traz benefício, pois poderá ser, de imediato impugnado, por inexequível. Não descarto a possibilidade de se discutir a existência de sobrepreço antes mesmo da abertura da licitação.” (TCU, Ac. 1178/2008, Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz)

“A estimativa de custo do objeto do pregão pode constar apenas dos autos do procedimento da licitação, devendo o respectivo edital, nesse caso, ter de informar aos interessados os meios para obtê-la.” (Ac. 17022/2012)

caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório. § 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

63 *Op. Cit.*, pág. 550.

“Na modalidade pregão, o orçamento estimado não constitui elemento obrigatório do edital, devendo, contudo, estar inserido no processo relativo ao certame. Todavia, sempre que o preço de referência for utilizado como critério de aceitabilidade da proposta, a sua divulgação no edital é obrigatória, nos termos do art.40, inciso X, da Lei 8.666/93.”
(TCU, Ac. 2166/2014)

Capítulo 11 - As licitações de outros órgãos como fonte de dados na pesquisa de preços das aquisições públicas

Conforme expus anteriormente, as mais recentes orientações normativas reconhecem que podem ser utilizados como fonte de coleta de dados de precificação, dentre outras, os resultados de licitações recentes do próprio órgão e de outros órgãos e entidades públicas. Vejamos:

IN nº 5/2014/MPOG/SLTI

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização de um dos seguintes parâmetros: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 7, de 29 de agosto de 2014)

[...]

III - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;

Portaria TCU nº 128/2014:

Art. 9º A estimativa de preço de materiais, de equipamentos, de insumos, e de serviços contratados para fornecimento de bens ou utilidades, deverá ser elaborada com base na média aritmética simples de, no mínimo, 3 (três) referências de preço, obtidas, isoladas ou conjuntamente, por meio de pesquisa de preços no mercado, em órgãos ou em entidades da Administração Pública.

§ 1º No cálculo da média aritmética simples a que se refere o *caput* deverão ser excluídos os valores extremos e desarrazoados que possam alterar significativamente a tendência central do resultado da amostra.

[...]

§ 4º Para fins desta Portaria, os preços praticados em órgãos ou em entidades da Administração Pública se provam, dentre outras formas, por meio de resultados de recentes processos licitatórios, de aquisições e contratações recentemente empenhadas, de preços registrados em atas de registro de preços vigentes, ou de preços praticados em contratos em execução.

Como visto, a despeito de ambos os textos normativos fazerem menção ao resultado de licitações (no caso da IN nº 05/2014/MPOG/SLTI, de forma indireta), não há qualquer indicação da metodologia que deverá ser utilizada para o aproveitamento dessa, que, a meu aviso, é uma das mais ricas fontes de consulta. Deve ser utilizada apenas o preço do vencedor ou a média de todos os preços classificados ou, ainda, cada um dos preços classificados como dado autônomo?

Antes, porém, de adentrar no mérito da metodologia a ser utilizada na apuração do preço estimado com a fonte “licitações”, bom que se diga que qualquer que seja o dado coletado, não importando a fonte consultada (licitações, fornecedores, atas de SRP, contratos de outros órgãos, *Internet*), é primordial que deles se faça uma análise crítica de forma a evitar que preços discrepantes com o objeto que será contratado, inexequíveis ou com sobrepreço, possam ser incluídos na memória de cálculo, atraindo resultado irreal sobre a média de mercado. Essa vem sendo, inclusive, a orientação do TCU:

“A pesquisa de preços que antecede a elaboração do orçamento de licitação demanda avaliação crítica dos valores obtidos, a fim de que sejam descartados aqueles que apresentem grande variação em relação aos demais e, por isso, comprometam a estimativa do preço de referência. Representação que segundo a autora, a estimativa de preços que integrou o projeto básico da licitação revelou-se inconsistente, visto que os valores pesquisados apresentaram grandes variações de preços, *“suficientes para se afirmar que a média desses preços não se presta para representar os preços praticados no mercado”*. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu apenar os responsáveis com multa do art. 58 da Lei nº 8.443/1992. Precedente mencionado: Acórdão 1.108/2007-Plenário.” (Acórdão nº 403/2013-Primeira Câmara, TC 013.319/2011-6, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, 5.2.2013)

Dito isto, passemos a tratar da metodologia que entendemos deva ser adotada no exame dos resultados obtidos a partir de resultados de licitações anteriores para balizamento de mercado nos processos de compras.

A primeira recomendação é que se utilize, preferencialmente, resultados de licitações de outros órgãos que estejam na mesma região da entidade que está realizando a pesquisa. Afinal, o custo do transporte, especialmente no Brasil, tem forte influência no preço final. Também se deve ficar atento à finalidade institucional do órgão pesquisado. Tanto quanto possível, este deve ser assemelhado ao da entidade que realiza a pesquisa, mormente se o objeto da compra for específico para sua área de atuação. Se uma empresa pública de saneamento pretende adquirir produtos químicos para utilização nas estações de tratamento de água, provavelmente outras empresas do mesmo ramo têm o mesmo hábito e em quantidades aproximadas. Em outra situação, não seria razoável que um órgão, *e. g.*, um Tribunal, que pretenda adquirir medicamentos para o estoque do seu Departamento de Saúde, comparar preços com uma compra realizada por uma Secretaria Municipal de Saúde ou de um grande hospital em virtude do perfil de compras entre esses órgãos ser bastante distinto.

Outro cuidado que o analista deve tomar é verificar se o objeto da licitação paradigma é assemelhado com o que a sua organização irá contratar em características, técnicas e quantidades.

Não há como se estabelecer uma fórmula estanque para precisar a exata extensão do termo “assemelhado”, mas, pode-se dizer que, para o fim da análise de mercado, podem ser considerados compatíveis os objetos cujas diferenças em termos de características técnicas não venham a impactar significativamente nos preços finais. Por exemplo,

se um órgão pretende adquirir um *notebook*, a diferença de desempenho do processador impacta decisivamente no preço, o que não ocorre com a capacidade de armazenamento de dados do disco rígido. Já em relação às quantidades, a compatibilidade diz respeito àquela diferença (entre o item a ser adquirido e o pesquisado) que não impactaria no preço em razão da economia de escala. O preço unitário de uma caneta esferográfica não se altera de forma significativa (se é que se altera) de uma aquisição de 100 para 1.000 unidades; mas se o objeto for um aparelho condicionador de ar, tipo Split 21.000 BTUs, certamente o preço unitário sofreria forte impactação.

Verificada a compatibilidade do objeto da licitação paradigma, agora é hora de coletar os dados obtidos.

Conforme já apontamos, não há nenhum dispositivo normativo que trate desse pormenor. Assim, considerando o dever de criticar os dados coletados (*vide* precedente do TCU acima transcrito), o bom senso deve imperar. De plano, impõe destacar que o analista não estará vinculado a coletar apenas o preço final do vencedor. Aliás, como se demonstrará adiante, é até possível que o preço do vencedor não reúna condições de aproveitamento (preço final inexequível, por exemplo). Vejamos um exemplo hipotético de uma licitação realizada na modalidade pregão cujo resultado final classificou 10 propostas.

| CLASSIFICAÇÃO | | PROPOSTA FINAL |
|-------------------|-----------|----------------|
| 1 ^a . | Empresa A | R\$ 1.000,00 |
| 2 ^a . | Empresa B | R\$ 1.050,00 |
| 3 ^a . | Empresa C | R\$ 1.080,00 |
| 4 ^a . | Empresa D | R\$ 1.084,00 |
| 5 ^a . | Empresa E | R\$ 1.085,00 |
| 6 ^a . | Empresa F | R\$ 1.110,00 |
| 7 ^a . | Empresa G | R\$ 1.200,00 |
| 8 ^a . | Empresa H | R\$ 1.250,00 |
| 9 ^a . | Empresa I | R\$ 1.300,00 |
| 10 ^a . | Empresa J | R\$ 1.350,00 |

A partir do resultado acima, nota-se que os preços finais entre o vencedor e o 6^o classificado estão muito próximos, o que indica que a disputa foi bastante acirrada. Essa circunstância pode ser verificada pelo analista a partir da leitura da Ata (se Pregão eletrônico). Do 7^o classificado em diante, os preços finais se distanciam mais. Neste caso, não seria desarrazoado utilizar todos os seis primeiros preços, cada um, como dado isolado. Os demais, como se afastaram muito dos primeiros classificados, podem indicar que não disputaram o pregão e que seus preços ainda contêm a gordura dos preços iniciais. O melhor instrumento para realizar essa avaliação, nos pregões eletrônicos, é a Ata, em virtude de demonstrar o histórico da evolução dos lances ao longo da etapa competitiva, indicando quais os preços permaneceram estáticos, quais são os que efetivamente disputaram o objeto.

Digamos que, além desses, o analista tivesse recebido duas propostas de fornecedores. O resultado final da pesquisa seria este:

| FONTE | | DADO COLETADO |
|-------------------------|--|----------------------|
| 1 ^a . | Pregão n ^o ____ - Empresa A | R\$ 1.000,00 |
| 2 ^a . | Pregão n ^o ____ - Empresa B | R\$ 1.050,00 |
| 3 ^a . | Pregão n ^o ____ - Empresa C | R\$ 1.080,00 |
| 4 ^a . | Pregão n ^o ____ - Empresa D | R\$ 1.084,00 |
| 5 ^a . | Pregão n ^o ____ - Empresa E | R\$ 1.085,00 |
| 6 ^a . | Pregão n ^o ____ - Empresa F | R\$ 1.110,00 |
| 7 ^a . | Fornecedor 1 | R\$ 1.100,00 |
| 8 ^a . | Fornecedor 2 | R\$ 1.150,00 |
| Média de Mercado | | R\$ 1.082,37 |
| Nota explicativa | Não foram considerados os preços finais do 7 ^o ao 10 ^o por terem sido considerados discrepantes em relação ao conjunto das propostas finais. | |

Além desse método, poderia ser utilizado apenas o preço vencedor como dado isolado e a média dos 2^o ao 6^o classificados e as cotações de fornecedores:

| FONTE | | DADO COLETADO |
|-------------------------|---|----------------------|
| 1 ^a . | Pregão n ^o XX/XXXX - Menor preço | R\$ 1.000,00 |
| 2 ^a . | Pregão n ^o XX/XXXX - média do 2 ^o ao 6 ^o | R\$ 1.081,80 |
| 3 ^a . | Fornecedor 1 | R\$ 1.100,00 |
| 4 ^a . | Fornecedor 2 | R\$ 1.150,00 |
| Média de Mercado | | R\$ 1.082,95 |
| Nota explicativa | Em relação ao Pregão n ^o XX/XXXX, não foram considerados os preços finais do 7 ^o ao 10 ^o por terem sido considerados discrepantes em relação ao conjunto das propostas finais. | |

Todavia, se o resultado da licitação paradigma tenha selecionado um preço vencedor em patamar bem abaixo dos demais, tal circunstância poderia indicar que o vencedor teria cotado preço inexequível. Nesse específico caso, seria mais do que recomendável não utilizar o preço vencedor por tratar-se de um dado que se afasta em demasia do conjunto de dados obtidos na licitação, utilizando apenas os demais preços.

Destarte, na utilização de dados de precificação obtido junto a licitações recentes realizadas pelo próprio órgão ou de outros órgãos e entidades:

- a) devem ser buscadas, preferencialmente, licitações realizadas por órgãos e entidades localizados na mesma região e com missão institucional assemelhada ao do órgão realizador da pesquisa;
- b) podem ser usados os dados coletados relativos aos preços classificados, tanto de forma isolada como por uma média dentre os classificados; e
- c) o uso dos dados coletados depende de avaliação crítica prévia, a fim de evitar dados com sobrepreço ou preços inexequíveis.

Capítulo 12 – As atas de Registro de Preços como fonte de consulta de dados na pesquisa de preços das aquisições públicas

A utilização das atas de Registro de Preços de outros órgãos e entidades como fonte de coleta de dados de precificação vem regulamentada nos seguintes dispositivos:

IN nº 5/2014/MPOG/SLTI

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização de um dos seguintes parâmetros: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 7, de 29 de agosto de 2014)

[...]

II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; (**Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017**)

PORTARIA TCU nº 128/2014:

Art. 9º A estimativa de preço de materiais, de equipamentos, de insumos, e de serviços contratados para fornecimento de bens ou utilidades, deverá ser elaborada com base na média aritmética simples de, no mínimo, 3 (três) referências de preço, obtidas, isoladas ou conjuntamente, por meio de pesquisa de preços no mercado, em órgãos ou em entidades da Administração Pública.

[...]

§ 4º Para fins desta Portaria, os preços praticados em órgãos ou em entidades da Administração Pública se provam, dentre outras formas, por meio de resultados de recentes processos licitatórios, de aquisições e contratações recentemente empenhadas, **de preços registrados em atas de registro de preços vigentes**, ou de preços praticados em contratos em execução. (grifei)

Percebe-se que a IN nº 05/2014 não indica expressamente, como fonte útil, o uso das atas de Registro de Preços, como o faz a Portaria nº 128/2014, do TCU, no dispositivo logo acima transcrito. O que não significa que a IN nº 05/2014 não reconheça tal fonte como idônea, pois utiliza o termo genérico “contratações similares de outros entes públicos...”. Como não há ressalva, a interpretação será necessariamente extensiva, para entender que o dispositivo alcança todas as formas de contratação na Administração Pública.

O uso do preço registrado em Ata, todavia, merece um cuidado especial, além daqueles já explanados neste trabalho, isto é, que o objeto seja compatível em características e quantidades com o que será adquirido pela Administração. É que o uso do Sistema de Registro de Preços tem anotado uma série de distorções, gerando, inclusive, muita atenção do Tribunal de Contas da União. As distorções dizem respeito fundamentalmente ao grau de incerteza que este sistema de contratação vem provocando no mercado de compras governamentais.

Muitas licitações são empreendidas sem planejamento prévio que demonstre tratar-se do meio mais adequado à plena satisfação dos interesses da Administração, além de, em bom número, serem projetadas com critério quantitativo desprovido de um mínimo de precisão. Muitos órgãos e entidades lançam licitações voltadas para registro de preços em hipóteses não albergadas pela legislação correlata e com fixação de quantitativos a serem registrados sem muito compromisso com a verdadeira demanda do órgão

contratante. Além disso, são, infelizmente, raros os editais que estipulam lotes mínimos de fornecimento e cronograma de entrega. Com isso, o negócio se torna incerto para o empresário, sendo regra comercial comezinha que, *quanto maior a incerteza do negócio, maior é o seu custo*.

Imagine-se o caso de um edital de licitação que se propõe a registro de preços para aquisições futuras de um determinado produto nas quantidades mínimas de 1.000 unidades e máximas de 5.000 unidades, sem fixação de lotes mínimos de fornecimento e cronograma de entrega (perfeitamente possível, para os quantitativos mínimos). Se o empresário formular a proposta, contando com uma venda próxima do quantitativo máximo registrado, mas o órgão gerenciador ficar mais próximo da quantidade mínima, seu preço unitário se tornará deficitário. Sabendo disso, ele imputa no preço um acréscimo que lhe proporcione maior garantia, diminuindo o risco de prejuízo na relação comercial, uma vez que não será possível, durante a vigência da Ata, reajustar seus preços⁶⁴.

64 Há uma falsa ideia segundo a qual, os preços registrados em Ata admitem revisão (reajuste, nunca), nas hipóteses de elevação imprevisível das condições de mercado. O Decreto Federal no. 7.892/2013 assim dispõe sobre a matéria: Art. 17 - Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações junto aos fornecedores, observadas as disposições contidas na alínea “d” do inciso II do *caput* do art. 65 da Lei no. 8.666, de 1993. (...), Art. 19 - Art. 19. Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir o compromisso, o órgão gerenciador poderá: I - liberar o fornecedor do compromisso assumido, caso a comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento, e sem aplicação da penalidade se confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados; e II - convocar os demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação. Parágrafo único. Não havendo êxito nas negociações, o órgão gerenciador deverá proceder à revogação da ata de registro de preços, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa. Note que a pesar de o art. 17 sugerir a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão nos casos de elevação dos preços de mercado,

Essa condição tem tornado o Sistema de Registro de Preços uma forma mais cara de contratação. Não por outro motivo, o TCU vem insistindo para que os órgãos e entidades adotem medidas que possibilitem a identificação de atos de planejamento desse tipo de contratação:

“Registre os preços obtidos por meio do Pregão [...] somente caso seja demonstrado que é a opção mais econômica para a Administração.” (Acórdão nº 984/2009, Plenário)

“Considero, portanto, que se deva determinar, também, como condição para a continuidade do pregão, que a [entidade] acoste, ao processo administrativo a ele atinente, a devida motivação para que aquele certame deva ser efetuado pelo Sistema de Registro de Preços, remetendo, simultaneamente, cópia de tal documento a este Tribunal. Deverá, ainda, ser determinado aquela unidade que, em futuros procedimentos licitatórios, a adoção do Registros de Preços seja sempre precedida da explicitação dos motivos para seu emprego.” (Acórdão nº 2.401/2006, Plenário)

“Vê-se assim que o disposto no inciso IV do art. 2º do Decreto 3.931/2001, que prevê a possibilidade de se adotar o sistema de registro de preços quando não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração, não pode ser entendido como uma autorização para que a Administração não defina, ainda que de forma estimativa, as quantidades que poderão vir a ser adquiridas durante a validade da ata de registro de preços.

o art. 19 do mesmo diploma não prevê procedimento que autorize a revisão dos preços, mas apenas o cancelamento do registro sem penalidade. Portanto, preços registrados em Ata de RP somente comporta modificação para serem reduzidos, caso o beneficiário aceite negociar seus preços com o Gerenciador.

Não é razoável acreditar que o Decreto, com tal dispositivo, tenha objetivado autorizar a Administração a não selecionar a proposta mais vantajosa para aquisição dos bens e/ou serviços e a descumprir princípios constitucionais.” (**Acórdão nº 1.100/2007 Plenário**)

Diante dessas constatações, é de bom alvitre que o agente responsável pela coleta de preços de mercado, ao se deparar com uma Ata de Registro de Preços em vigor, cujo objeto seja assemelhado em características com aquele que se pretende contratar, adote o cuidado de verificar, junto ao Gerenciador, se a Ata tem gerado negócios, mormente se já for uma Ata perto do fim de sua vigência. É possível, e não raro ocorre, que uma Ata esteja ainda em vigor, aparecendo como válida no sistema, mas, na prática, não estar sendo utilizada pelo Gerenciador, participante, ou mesmo não gerando adesões externas.

Se a Ata, mesmo em vigor, não estiver gerando negócios, a recomendação é não utilizá-la, pois, provavelmente, o preço registrado já não é mais suportável pelo beneficiário, indicando que se trata de um preço fora da curva do mercado.

Portanto, quando da utilização de dados de precificação obtidos a partir de atas de Registro de Preços, o agente responsável, após verificar que se trata de objeto assemelhado em características com o que se pretende contratar, deve investigar, junto ao órgão Gerenciador, se a mesma permanece gerando negócios, de modo a obter maior segurança a partir de seus dados coletados.

Capítulo 13 – Preços Obtidos em consulta a sítios na Internet

Já vinha defendendo o uso da ferramenta de pesquisa junto aos sítios de comércio eletrônico da internet há muito tempo, por entender que tal fonte de consulta poderia ser muito útil em boa parte dos processos de compra⁶⁵. A despeito disso, até o advento da IN 05/2014 tal fonte era considerada, por muitos profissionais, fonte inidônea. Ora, as ofertas na internet vinculam o proponente, nos termos do art. 427 e 429 do Código Civil de 2002 e do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor:

CC, art. 427 - A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

CC, art. 429 - A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrato resultar das circunstâncias ou dos usos”.

Lei nº 8.078/90 (CDC), art. 30 - Toda informação ou publicidade, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Logo, as ofertas formuladas na *internet* jamais poderiam ser ignoradas como fonte de consultas, na medida em que, por vincularem seus respectivos proponentes, presumidamente refletem a realidade do mercado. Bem verdade que essa

65 Em razão de a maioria dos serviços serem orçados em planilhas descritivas de custo, a pesquisa na Internet já não se mostrava igualmente eficaz.

peculiar fonte de pesquisa exige alguns cuidados a fim de garantir a fidedignidade do dado coletado.

Dito isto, quanto ao uso da *internet* como fonte de consulta de preços, assim dispõem as normas regulamentares atualmente em vigor:

IN n° 5/2014/MPOG/SLTI

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização de um dos seguintes parâmetros: (Redação dada pela Instrução Normativa n° 7, de 29 de agosto de 2014)

[...]

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou (**Alterado pela Instrução Normativa n° 3, de 20 de abril de 2017**)

[...]

Art. 4º Não serão admitidas estimativas de preços obtidas em sítios de leilão ou de intermediação de vendas.

PORTARIA TCU n° 128/2014:

Art. 10. As pesquisas de preços no mercado poderão ser realizadas na internet, por telefone, via e-mail ou correspondência, em publicações especializadas, e pessoalmente junto a fornecedores por meio de representante da Administração do TCU, observadas as seguintes orientações:

I - no caso de pesquisa de preços realizada em lojas na internet,

deverá ser juntada aos autos a cópia da página pesquisada em que conste o preço, a descrição do bem, e a data da pesquisa.

Como se pode notar, a única recomendação metodológica quanto ao uso da fonte *Internet* é aquela disposta no art. 4º da IN nº 4/2014/MP. No caso da Portaria nº 128/2014, TCU, a recomendação limita-se ao aspecto formal do registro da pesquisa realizada. Quanto à metodologia a ser empregada, não há nenhuma disposição. Mas é claro que o uso da *Internet* como fonte de consulta de preços requer muitos outros cuidados. Começando pela orientação estampada no dispositivo da IN nº 4/2014/MP, ora indicado, passemos às orientações de uso dessa excelente fonte de consulta.

A norma supratranscrita parece indicar o óbvio. Prevê que a pesquisa de dados na *Internet* não poderá ser feita em *sites* de leilão ou intermediação de vendas. Nada mais razoável.

Como a pesquisa visa investigar o “comportamento” real do mercado, claro está que as fontes de consulta devem ser idôneas. Não se deve confundir idôneo com desonesto. Por idônea deve ser entendida a fonte que representa o segmento de vendas comerciais usuais, ou seja, o comércio formal. Os sítios de leilão, de troca ou de intermediação de vendas — OLX, Mercado Livre etc. — são fontes honestas, mas não são idôneas para o fim de coleta de dados, porquanto trabalham com trocas e venda, por particulares, de produtos usados (muito embora também tenham lojas formais em seu cadastro de anunciantes).

Para a realização da consulta, devem ser pesquisados os preços anunciados em *sites* de *e-commerce* de amplo conhecimento, tais como Shoptime.com, Americanas.com, entre outros. Também são idôneos os *sites* de lojas formais que também anunciam seus produtos na rede mundial de computadores.

Não há óbice à utilização de *sites* de busca de preços, tais como BuscaPé ou BondFaro, pois tais ferramentas funcionam como um grande filtro das informações de vendas sobre determinado produto, realizando uma busca em todos os *sites* de venda. O uso dessa ferramenta acelerará bastante o processo, mas, ao encontrar os resultados, o responsável pela pesquisa deverá se dirigir ao *site* do vendedor para imprimir a sua página, pois é ela na qual se encontra o anúncio, que, em última análise, é a proposta que provoca o efeito da vinculação de seus termos.

Assim como no uso de licitações, atas de RP e de contratos com outros órgãos públicos, a comparação deve ser feita a partir da semelhança das características e as quantidades do objeto a ser adquirido, que deve ser o mais aproximado possível, sendo assim considerado, aquele objeto anunciado cujas características técnicas não destoem de forma a causar diferença significativa de preços.

Já em relação às quantidades, os preços de *Internet* costumam não ser adequados quando a aquisição pelo órgão público prevê um quantitativo significativo. É que o preço na *Internet* não é calculado com base em economia de escala, ou seja, não promove a redução do valor unitário em razão da quantidade a ser adquirida. Assim, a *Internet*

é mais recomendada para compras de pequeno volume quantitativo. Caberá ao agente responsável determinar a cada caso o que será considerado “quantidade compatível”, pois a identificação do ganho em razão da economia de escala exige conhecimento técnico sobre o produto e sobre o próprio mercado.

Outra preocupação para a qual o analista deve ficar atento diz respeito à formação de preços. No terreno livre da *Internet* há espaço para um sem-número de promoções e preços subsidiados, pelo fabricante, pela loja ou ainda pelo próprio *site*. Daí que não devem ser coletados os preços promocionais, justamente por não representarem o “comportamento” normal do mercado, mas sim, uma situação pontual e específica. Anúncios do tipo: “*De...Por*” devem ser evitados.

Outro cuidado a ser tomado é em relação ao custo do frete no preço anunciado do produto. É bastante cediço que o custo do transporte ou distribuição da mercadoria impacta sensivelmente no preço final do produto. Por isso mesmo, o analista não poderá se conformar com o preço anunciado, se o mesmo ainda terá a impactação de frete. Deverá realizar os procedimentos no *site* como se fosse efetivar a compra até que o frete seja calculado para a obtenção do preço final.

Quando da utilização de dados de precificação obtidos a partir de pesquisa realizada na rede mundial de computadores:

- a) a pesquisa na *Internet* é especialmente útil para aquisição de produtos em pequenas quantidades, por não ser possível calcular o preço final com base em economia de escala;

- b) devem ser acessados sítios de *e-commerce* de conhecimento amplo ou *sites* dos próprios fornecedores;
- c) não devem ser utilizados os *sites* de intermediação de vendas ou de leilão;
- d) as características do objeto devem ser assemelhadas ao do objeto a ser adquirido pela Administração;
- e) não se deve coletar preços promocionais, por não representarem o “comportamento” normal do mercado;
- f) *procurar incluir o frete no preço final, de modo que a precificação inclua o custo da distribuição do produto. Para esse fim, basta que o analista realize os procedimentos relativos à compra (como se fosse o consumidor) até que o frete do produto seja calculado.*

Capítulo 14 – A pesquisa de preços nos serviços terceirizados

Uma dificuldade maior é encontrada na atividade de pesquisa de mercado para fins de apuração do preço estimado nos contratos de serviços terceirizados, por envolver atividade de grande complexidade. Afinal, em contratos com esse escopo, os custos envolvidos são variados e as fontes de consulta bastante amplas. Ademais, a tributação também dependerá do tipo de atividade e também do enquadramento fiscal da empresa.

Os custos dos contratos que envolvem mão de obra em regime de dedicação exclusiva devem ser estimados por meio de planilha de composição de custos, conforme disposto na Lei nº 8.666/1993 e na IN nº 2/2008/SLTI/MPOG:

Lei nº 8.666/1993

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

[...]

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

[...]

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

IN nº 2/2008/SLTI/MPOG

Art. 14. A contratação de prestação de serviços será sempre precedida da apresentação do Projeto Básico ou Termo de Referência, que deverá ser preferencialmente elaborado por técnico com qualificação profissional pertinente às especificidades do serviço a ser contratado, devendo o Projeto ou o Termo ser justificado e aprovado pela autoridade competente.

Art. 15. O Projeto Básico ou Termo de Referência deverá conter:

[...]

XII – o custo estimado da contratação, o valor máximo global e mensal estabelecido em decorrência da identificação dos elementos que compõem o preço dos serviços, definido da seguinte forma:

a) por meio do preenchimento da planilha de custos e formação de preços, observados os custos dos itens referentes ao serviço, podendo ser motivadamente dispensada naquelas contratações em que a natureza do seu objeto torne inviável ou desnecessário o detalhamento dos custos para aferição da exequibilidade dos preços praticados; e

b) por meio de fundamentada pesquisa dos preços praticados no mercado em contratações similares; ou ainda por meio da adoção de valores constantes de indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes, se for o caso.

A planilha de custos identifica, fundamentalmente, dois grandes grupos de despesa: custos diretos e as despesas indiretas. O custo direto é aquele que pode ser atribuído (ou identificado) diretamente a um produto, linha de produto, centro de custo ou departamento, não necessitando de rateio para ser atribuído ao objeto custeado. Na prestação de serviços, é o conjunto de gastos que a empresa somente é obrigada a suportar caso esteja na execução do contrato. Em um contrato de limpeza, higiene e conservação, o material de limpeza empregado é uma despesa direta porque somente é arcada pela empresa se esta vier a assumir o contrato, caso vença a licitação ou celebre o aditamento de prazo para prorrogação. Encerrado o contrato (ou não prorrogado), os valores relativos a esse custo não mais serão desembolsados.

Fazem parte do rol dos custos diretos, aqueles relativos à mão de obra empregada de forma dedicada, bem como os encargos incidentes; materiais; insumos, uniformes, EPIs; equipamentos (neste caso, o custo da depreciação); tributos incidentes sobre o serviço e/ou materiais empregados, entre outros.

Indireto é o custo que não se pode apropriar diretamente a cada tipo de bem ou função de custo no momento de sua ocorrência. Os custos indiretos são apropriados aos portadores finais mediante o emprego de critérios pré-determinados e vinculados a causas correlatas, como mão de obra indireta, rateada por horas/homem da mão de obra direta ou gastos com energia, com base em horas/máquinas utilizadas.

Atribuem-se parcelas de custos a cada tipo de bem ou função por meio de critérios de rateio. É um custo comum a muitos tipos diferentes de bens, sem que se possa separar a parcela referente a cada um, no momento de sua ocorrência. Despesas indiretas são as que se referem aos dispêndios decorrentes da própria estrutura operacional da empresa e que são suportadas independentemente da celebração de um contrato, recebendo, porém, impacto deste. São as despesas com aluguel da sede e filiais das empresas, bem como sua estrutura física (mobiliário, equipamentos); veículos próprios ou alugados; despesas de água, luz, *Internet*, telefone; mão de obra administrativa, pró-labore dos sócios, tributos sobre o faturamento etc. Nas planilhas de composição de custos, as despesas indiretas são identificadas no componente chamado de BDI – Bônus e Despesas Indiretas.

Importa destacar que, além da finalidade de planejamento financeiro do projeto – verificar a provável despesa do contrato que será colocado em disputa –, a decomposição do preço final em planilhas de custos cumpre também o desiderato de permitir que a Administração possa controlar o custo do contrato, permitindo a identificação de indícios de inexecutabilidade nas propostas, e evitando o sobrepreço de custos unitários ou a prática do chamado “jogo de planilha”. Um exemplo simples ilustrará bem o conceito.

Imaginemos que uma empresa do ramo de limpeza, higiene e conservação apresente proposta em que o custo unitário de um item do uniforme seja por ela orçado em R\$ 60,00 (sessenta reais). Será possível à Administração contratante verificar junto ao mercado (segmento de uniformes profissionais) se esse preço está de acordo com o que realmente se vem praticando. Caso o resultado dessa investigação revele que o preço médio daquela peça não ultrapassa a casa dos R\$ 30,00 (trinta reais), seria possível negociar o preço do contrato, reduzindo o valor desse item unitário.

Mas esse controle só é possível em relação aos custos diretos do contrato, pois, para controle das despesas indiretas seria necessário que o gestor do contrato reunisse uma gama de informações das quais ele não tem ingerência, tais como: o valor de todos os contratos em execução da empresa, com identificação das respectivas taxas de BDI e o valor de cada despesa operacional que a empresa possui (locação de imóveis, seguros, salários de seus empregados administrativos).

Portanto, é pelo custo direto que a Administração contratante pode promover o controle financeiro do contrato. É lícito concluir que a planilha de custo servirá, a um só tempo, ao planejamento da contratação e à gestão do contrato. Afinal, ao tempo da repactuação ou da prorrogação do contrato, será perfeitamente possível verificar a elevação efetiva dos custos diretos.

Ocorre, todavia, que boa parte dos órgãos e entidades públicos, ao realizar a atividade de pesquisa de preços para contratos terceirizados, adota um método equivocado para apurar o valor estimado da contratação, centrando a sua pesquisa apenas com base no encaminhamento para as empresas do ramo pertinente das planilhas de custos em branco, de modo que essas as devolvam devidamente preenchidas. A olhos vistos, esta não é a forma mais adequada para se apurar o valor estimado da contratação de serviço (ou obras).

Fácil perceber que, se a Administração permite que as próprias empresas definam o seu custo direto, estarão elas possibilitadas de “encarecer” propositalmente tais custos, alvitando lucro sobre o que deveria ser custo direto, conforme demonstrado no exemplo anterior.

Assim, a Administração, por meio de seus próprios técnicos, deve investigar o mercado em relação a cada custo (direto) unitário, pesquisando o preço médio da mão de obra que será empregada, dos materiais, insumos, EPIs, calculando a depreciação de equipamentos, tudo a partir das mesmas fontes de pesquisa que seriam utilizadas caso a Administração fosse adquirir tais itens de forma direta.

Uma fonte de dados muito importante para o balizamento de preços nessas contratações são os contratos celebrados tanto pelo órgão promotor da licitação como pelos outros órgãos e entidades. Tal fonte de consulta vem arrolada nos mesmos normativos já citados no texto anterior:

IN nº 5/2014/MPOG/SLTI

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização de um dos seguintes parâmetros: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 7, de 29 de agosto de 2014)

[...]

III – contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;

Portaria TCU nº 128/2014:

Art. 8º A estimativa de preços relativamente à mão de obra para prestação de serviços terceirizados será elaborada com base em planilha analítica de composição de custos da mão de obra e dos insumos, e observará os seguintes critérios:

I – os salários dos empregados terceirizados serão fixados com base em acordo ou convenção coletiva de trabalho da categoria profissional pertinente;

II – havendo mais de uma categoria em uma mesma contratação, os salários serão fixados com base no acordo ou na convenção coletiva de cada categoria profissional;

III – não havendo acordo ou convenção coletiva de trabalho, os salários serão fixados com base em preços médios obtidos

em pesquisa de mercado, em fontes especializadas, em empresas privadas do ramo pertinente ao objeto licitado, ou em órgãos públicos;

IV - os encargos sociais e tributos deverão ser fixados de acordo com as leis específicas; e

V - os valores dos insumos serão apurados com base em pesquisa de preços, na forma dos arts. 9º a 11 desta Portaria, ou em preços fixados nos instrumentos legais pertinentes.

§ 1º Não havendo acordo ou convenção coletiva de trabalho, o valor do vale-alimentação poderá ser fixado com base na média aritmética simples dos valores pagos em pelo menos 3 (três) contratos do TCU, ou de outros órgãos e entidades da Administração Pública.

§ 2º O valor dos insumos poderá ser fixado como percentual do valor do salário do prestador de serviços, utilizando-se como referência percentual equivalente de contrato anterior e de mesmo objeto.

§ 3º Deverá constar dos editais de licitação que as propostas de preço consignarão expressamente os custos de vale-alimentação e de vale-transporte.

§ 4º Deverá constar dos editais de licitação e dos contratos que o pagamento de vale-alimentação e de vale-transporte será obrigatório, ainda que não esteja previsto em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

§ 5º Deverá constar do edital de licitação que o valor da remuneração dos empregados terceirizados não poderá ser

inferior ao previsto em acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou ainda, se for caso, ao fixado pela Administração.

§ 6º Por razões de ordem técnica, devidamente justificadas, os salários poderão ser fixados em valores superiores aos de acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Considerando que os principais serviços terceirizados são comuns à imensa maioria dos órgãos públicos (limpeza, vigilância, telefonia, recepção, condução de elevadores, manutenção predial, apoio administrativo), não será tarefa das mais árduas encontrar bons parâmetros de precificação a partir desta fonte.

Com isso, o custo médio de cada item unitário da planilha de custos poderá ser apurado com base nas planilhas de custos dos contratos em vigor de outros órgãos.

O único item que, conforme explicamos anteriormente, não é possível controlar, é o BDI. Mas isso não impede que a estimativa desse custo seja calculada com base na taxa média verificada entre os vários contratos pesquisados.

Com essa metodologia, a Administração terá uma previsão muito mais aproximada da realidade do mercado, além de impedir que as empresas pratiquem sobrepreço ou jogo de planilha.

Anote-se a elevada importância de submeter os profissionais da área pública a ações de capacitação na elaboração de planilhas de custo, especializando o agente responsável na matéria, de forma que possa desenvolver com superior grau de profissionalismo o *mínus* que lhe compete.

Capítulo 15 – A fixação dos salários a serem pagos aos empregados terceirizados como critério de aceitabilidade de propostas nas licitações para serviços continuados

Nos contratos de terceirização que utilizam mão de obra dedicada, o principal componente de custo, tanto do ponto de vista financeiro como sob o olhar gerencial, é o salário que deverá ser pago ao empregado. Isso porque, a um só tempo, tal componente corresponde (na esmagadora maioria dos contratos) ao principal elemento de custo, como também, pela sua enorme influência na seleção dos ocupantes dos postos de trabalho de acordo com o perfil profissiográfico desejado, e, via de consequência, na qualidade final do serviço oferecido.

Considerando o especial relevo que esse item da planilha de custo apresenta, é necessário melhor orientar os órgãos e entidades do Poder Público, quando do planejamento das contratações de serviços terceirizados, a fim de que possam adequar a sua necessidade com a realidade do mercado, buscando a eficácia da contratação.

Não é novidade o fato de que, a despeito da obediência ao *dever geral de licitar* e da busca pela *proposta mais vantajosa para contrato de seu interesse*, os órgãos e entidades do Poder Público não estão forçados a contratar aquilo que for o de menor custo. A vantagem da proposta está aliada, antes do custo final, à qualidade do produto que se pretende contratar. Esta é a essência do princípio da economicidade como orientador do instituto jurídico da licitação pública: o

dever de o agente melhor aproveitar os recursos financeiros, promovendo contratações que aliem qualidade necessária e custo adequado a fim de obter a melhor relação custo x benefício para a Administração.

O problema a ser aqui enfrentado, no campo da análise de mercado para balizamento econômico da contratação de serviços que empregam mão de obra em regime de dedicação exclusiva, está ligado à qualidade dos serviços que se pretende alcançar pelo tomador do serviço, *in casu*, a Administração Pública.

É que, em tais contratos, a principal ferramenta utilizada é a própria mão de obra (quando não é a única). É a atuação dos empregados postos à disposição do tomador dos serviços que determinará o nível de qualidade e desempenho da sua execução. Por exemplo, em um contrato de telefonia ou de *help desk*, o elemento que define a qualidade da prestação do serviço é o atendimento ao usuário por parte do colaborador terceirizado. Será a sua cordialidade, empatia, paciência e dedicação em solucionar o problema ou fazer o correto encaminhamento mesmo diante de poucas informações, que determinará o nível qualitativo da execução. Tanto é assim que, nos ajustes que possuem cláusula de ANS – Acordos de Nível de Serviços –, os indicadores de desempenho são baseados em índices de satisfação do usuário, nos quais, estes, responderão ao respectivo formulário a partir da sua particular percepção sobre o atendimento recebido, considerando, entre outros, os atributos listados.

Bem, se é o atuar do empregado terceirizado o ponto central da medição da qualidade do serviço contratado, é

o nível de entusiasmo, motivação e satisfação com o posto que ocupa que determinará sua maior ou menor dedicação e esforço no desenvolvimento de suas rotinas. Quanto mais se sentir satisfeito com o seu trabalho, maior será o comprometimento e dedicação com os quais irá atuar.

Vários fatores contribuem para que o indivíduo sinta satisfação com a empresa em que trabalha, como, por exemplo, estar em um ambiente organizacional favorável, em que a equipe interage de forma colaborativa; um atrativo pacote de benefícios oferecidos, como oferta de auxílio educação, restaurante na própria empresa; possibilidade de progressão na carreira; incentivo à capacitação e atualização constante. Mas, de todos os elementos retentores de talento, obviamente que o salário a ser pago a esse colaborador se apresenta como o principal elemento motivador. Tal afirmação é feita à unanimidade por especialistas em Gestão de Pessoas e consultores de carreira. Para Perossi⁶⁶, “desenvolver, estruturar, implementar e manter uma política salarial que possa contribuir para a atração, a retenção e a motivação das pessoas é um grande desafio para os gestores de Recursos Humanos.”

Segundo Chiavenato⁶⁷, atualmente no Brasil, vem-se tornando fator indispensável para o sucesso das organizações, a forma como deve ser gerido, internamente, o capital humano, constatando, em geral, a necessidade de

66 PEROSSI, Sebastião Augusto. Política salarial: o desafio. Disponível em: <http://www.rh.com.br/Portal/Salario_Beneficio/Artigo/3685/politica-salarial-o-desafio.html>

67 CHIAVENNATO, Idalberto, *Introdução à Teoria Geral da Administração*, 7ª. ed. Elsevier. São Paulo: 2004, p. 140.

se estruturar um Plano de Cargos e Salários que promova a igualdade interna, estimando-se salários adequados a cada cargo, de acordo com as funções e responsabilidades, assim como o desenvolvimento de uma política salarial mais justa.

Ora, se a qualidade do serviço terceirizado depende umbilicalmente da motivação do empregado terceirizado em executar suas funções e rotinas, e a motivação desse empregado está intimamente ligada ao padrão remuneratório que ele percebe, a conclusão lógica é que o salário a ser pago ao empregado terceirizado é o principal condutor do nível de qualidade e desempenho dos serviços, mormente considerando que essa especial forma contratual, não apresenta “pacote de benefícios”, ou progressão na carreira. O único atrativo é a remuneração a ser paga.

O fato é que o profissional remunerado à míngua atua sem a necessária motivação e, conseqüentemente, a organização que o emprega tende a ver essa mão de obra migrar para outra que melhor lhe remunere. Nem se diga que pelo fato de o País estar atravessando por uma crise econômica com elevados índices de desemprego, não seria árdua a tarefa de preencher postos de trabalho, pois, mesmo que o posto de trabalho esteja preenchido, além da atuação desmotivada, o empregado estaria disposto a pular para outra vaga melhor remunerada tão logo surgisse uma oportunidade. Para dar apenas um exemplo, cito conversa que tive recentemente com uma gerente de uma grande empresa fluminense da área de terceirização, em que narra a enorme dificuldade de contratar técnicos de refrigeração nos meses mais quentes do ano, porquanto o rendimento que tais profissionais auferem nessa

época com trabalhos autônomos (instalação e manutenção de aparelhos de ar-condicionado) supera muito os valores pagos de acordo com os pisos salariais estabelecidos em pactos laborais.

Nos contratos de terceirização de serviços com mão de obra dedicada, em especial na Administração Pública, o efeito disso é catastrófico.

Primeiramente, porque não se consegue obter uma execução com bom nível qualitativo. E não estamos falando em inexecução ou falha na execução, mas baixo nível de qualidade do serviço executado. No serviço terceirizado de condução de elevadores, o ascensorista, desmotivado com seu posto de trabalho, apertará os botões do elevador e conduzirá a cabine para cima e para baixo, todavia, sem sorriso no rosto, sem simpatia, sem dar um “bom dia”. Não houve falha na execução, mas execução com baixo nível de qualidade.

Em segundo lugar, porque o contrato, com essa característica, se encontraria em constante desmobilização e mobilização. O empregado inicia suas atividades laborais e, na primeira oportunidade, pede demissão (ou, pior, a provoca para receber a indenização) e vai para outra vaga. Significa que mal tomou conhecimento e se habituou com as suas tarefas, o que permite que as execute em tempo mais breve e com menor índice de falhas, a empresa prestadora do serviço tem de colocar outro em seu lugar, que levará o mesmo tempo para se habituar com as atividades e rotinas. Em um Seminário de Gestão de Contratos realizado em 2016, em Brasília, uma das participantes, Gestora de um Contrato

de mensageria, em uma Agência Reguladora, revelou que, ao longo de quase 60 meses da duração do referido contrato, não conseguiu ficar com o mesmo mensageiro por mais de 6 meses.

E, finalmente, porque na Administração Pública, os contratos encontram sérias limitações a alterações. Assim, verificado que os salários dos profissionais não estão sendo suficientes para reter a mão de obra junto ao contrato, não seria possível modificá-los, exigindo a realização de uma nova licitação, com todos os percalços que já são bastante conhecidos.

Logo, o que temos visto é que, na grande maioria dos contratos de serviços terceirizados, os editais se ocupam apenas e tão somente de verificar se a empresa proponente respeitou o piso mínimo da categoria profissional, conforme estabelecido em pacto laboral ou por lei. Ora, se o contrato for calcado no piso mínimo, significa dizer que a remuneração, não raro, estará aquém do nível superior de desempenho e qualidade que deve ser buscado pelo Gestor Público no alcance da eficiência da atividade estatal.

É demasiadamente importante destacar que o *piso mínimo* é o valor abaixo do qual as empresas vinculadas ao respectivo pacto normativo de trabalho estarão impedidas de praticar. Não é o teto salarial. As empresas não estarão obstadas de pagar salários maiores do que aqueles estabelecidos, estando livres para praticarem as suas políticas salariais conforme sua conveniência. Significa dizer, ao mesmo tempo, que os órgãos públicos não estão, nem jamais estiveram, impedidos de pagar, nos contratos de

terceirização, salários acima do piso mínimo da respectiva categoria profissional.

A essa altura, poder-se-ia contraditar o posicionamento ora adotado, considerando a vedação contida expressamente no art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993:

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

[...]

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e **vedados a fixação de preços mínimos**, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) (grifei)

De fato, o Tribunal de Contas da União adotava a posição de que a fixação de valores mínimos para os salários dos trabalhadores utilizados na contratação de serviços terceirizados afrontaria a vedação normativa acima transcrita, isto é, que ao dispor sobre o valor mínimo a ser pago a título de salário, o edital estaria por estabelecer *preço mínimo*.

Tal noção foi revista por meio do Acórdão nº 256/2005 - Plenário, a cuja relatoria coube ao Ministro Marcos Vilaça,

passando a admitir a possibilidade de assentamento no edital de piso salarial nos contratos de serviços terceirizados, sob o argumento de que tal exigência não afrontaria o caráter competitivo, na medida em que tal estipulação alcançaria indistintamente todos os interessados no certame. Também não violaria a vedação legal à fixação de preços mínimos, dado que o salário constitui apenas um único componente de custo (ainda que o principal), mas nem de longe significa a remuneração da empresa, que poderia disputar o torneio com base em propostas formuladas a partir da melhor adequação de outros custos, inclusive o BDI (Bônus e Despesas Indiretas). Por fim, não haveria afronta ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa, pois sua aferição deve ser realizada em conjunto com o princípio da indisponibilidade do interesse público, que só será refletido no menor preço após a garantia de que todas as propostas atendem ao nível adequado de desempenho e qualidade. A partir daí, todas as decisões sobre o mesmo tema eram conduzidas na esteira do ali decidido, com especial destaque ao consignado no Acórdão nº 614/2008, Plenário:

“Diante desse contexto, sob a égide do § 3º do art. 44 da Lei de Licitações, considero não ser pertinente vedar, de forma generalizada, a fixação de pisos salariais em editais de licitação de execução indireta de serviços. Na contratação de mão de obra terceirizada pela Administração Pública, há que se considerar dois aspectos: a obrigatoriedade de adoção dos pisos salariais definidos em pactos laborais e a possibilidade de serem estipulados valores mínimos de remuneração com base em pesquisas de mercado calcadas em dados fidedignos obtidos junto a associações e sindicatos de cada categoria

profissional e com base em informações divulgadas por outros órgãos públicos. Em cada caso concreto é que se poderá aferir se essa fixação de pisos salariais nas licitações de execução indireta de serviços pagos por disponibilidade ou baseados na locação de postos de trabalho configura-se na melhor solução para resguardar o interesse público.”

E ainda no mesmo sentido, vem se consolidando a jurisprudência do TCU, conforme o Acórdão nº 332/2010, Plenário; Acórdão nº 189/2011, Plenário; o Acórdão nº 1.141/2011, Primeira Câmara; e o Acórdão nº 3.894/2011, Segunda Câmara.

No que se refere aos normativos mais recentes, a Instrução Normativa nº 2/2008, em um primeiro momento vedava expressamente a fixação dos salários nos editais, mas, dentre as modificações introduzidas pela IN 03/2009, passou a dispor da seguinte forma:

Art. 20 – É vedado à Administração fixar nos instrumentos convocatórios:

II – (revogado); (Revogado pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009);

A redação original revogada continha o seguinte texto:

II – os salários das categorias ou dos profissionais que serão disponibilizados para a execução do serviço pela contratada

Ora, a conclusão lógica é a seguinte: o que antes era vedado, ao ser revogado, passou a ser autorizado. No mesmo sentido é o normativo interno da própria Corte Federal de Contas, cuja Portaria nº 128/2014, no que se refere ao tema *sub examine*, assim dispõe:

Art. 8º A estimativa de preços relativamente à mão de obra para prestação de serviços terceirizados será elaborada com base em planilha analítica de composição de custos da mão de obra e dos insumos, e observará os seguintes critérios:

I - os salários dos empregados terceirizados serão fixados com base em acordo ou convenção coletiva de trabalho da categoria profissional pertinente;

II - havendo mais de uma categoria em uma mesma contratação, os salários serão fixados com base no acordo ou na convenção coletiva de cada categoria profissional;

III - não havendo acordo ou convenção coletiva de trabalho, os salários serão fixados com base em preços médios obtidos em pesquisa de mercado, em fontes especializadas, em empresas privadas do ramo pertinente ao objeto licitado, ou em órgãos públicos;

[...]

§ 5º Deverá constar do edital de licitação que o valor da remuneração dos empregados terceirizados não poderá ser inferior ao previsto em acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou ainda, **se for caso, ao fixado pela Administração.**

§ 6º Por razões de ordem técnica, devidamente justificadas, os salários poderão ser fixados em valores superiores aos de acordos ou convenções coletivas de trabalho. (grifei)

Mais recentemente, a Instrução Normativa 05/2017/MPDG, regulou a fixação dos salários das categorias profissionais envolvidas em contratos de prestação de serviços com mão de obra dedicada, passando a considerar válida,

porém em caráter excepcional a depender de justificativas nos autos:

Art. 5º É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:

VI - definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior à daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente; (grifo acrescido)

Como se vê, não há qualquer óbice à fixação, pelos editais de licitação para contratação de serviços terceirizados, de patamares mínimos para os salários das categorias profissionais a serem empregadas. Em verdade, pode-se ir mais longe para afirmar que não só não há vedação legal, como o estabelecimento de valores mínimos para a remuneração dos empregados terceirizados é medida de excelente alvitre, quando feita fulcrada em dados fidedignos de mercado, como bem salientado no Acórdão supratranscrito. Aliás, sob esse conceito aplicado aos contratos de terceirização de serviços, veja-se o esclarecedor e brilhante voto revisão no Acórdão nº 1.584/2010, do qual extraímos os seguintes excertos, *verbis*:

[...] 16. Não acredito que o princípio da vantajosidade deva prevalecer a qualquer custo. A terceirização de mão de obra no setor público, quando legalmente permitida, não pode ser motivo de aviltamento do trabalhador, com o pagamento de salários indignos. A utilização indireta da máquina pública

para a exploração do trabalhador promete apenas ineficiência dos serviços prestados ou a contratação de pessoas sem a qualificação necessária. [...] 30. No mesmo sentido, seguiu-se o Acórdão nº 290/2006-TCU-Plenário, cujo voto condutor do Ministro Augusto Nardes foi assentado em argumentos que merecem alusão: ‘13. Há, contudo, outros pontos que devem ser considerados no presente julgamento, como aduzido pelo recorrente. Trata-se da questão da proposta mais vantajosa e a satisfação do interesse público. Reconheço que existe, sim, a possibilidade de aviltamento dos salários dos terceirizados e consequente perda de qualidade dos serviços, o que estaria em choque com satisfação do interesse público. Nesse aspecto, no caso de uma contratação tipo menor preço, em que as empresas mantivessem os profissionais pagando-lhes apenas o piso da categoria, entendo que não seria razoável considerar, apenas como vantagem a ser obtida pela Administração, o menor preço. Livres de patamares salariais, os empregadores, de forma a maximizar seus lucros, ofertariam mão de obra com preços de serviços compostos por salários iguais ou muito próximos do piso das categorias profissionais, o que, per se, não garantiria o fornecimento de mão de obra com a qualificação pretendida pela Administração. Sob esse prisma, entendo que a qualidade e a eficiência dos serviços postos à disposição de órgãos públicos não pode ficar à mercê da política salarial das empresas contratadas. 14. Assim, proposta mais vantajosa não significa apenas preço mais baixo. Há que se considerar a tutela de outros valores jurídicos além do menor preço, como, por exemplo, o atendimento ao princípio da eficiência. (Voto do Ministro Revisor, Valmir Campelo. Relator Min. Raimundo Carreiro)

Daí ser correto afirmar que o zelo da Administração no que se refere aos salários que serão pagos aos empregados em seus contratos de serviços terceirizados contribui para o fortalecimento do preceito constitucional da proteção à dignidade do trabalho. O contrário, ou seja, limitar-se a apenas verificar se os pisos mínimos estão sendo respeitados, permite que a própria mão de obra, seja a moeda de negociação para obtenção dos contratos submetidos à competição.

Em outro dizer, procurar atrair baixo custo, admitindo pagar salários iníquos, seria o mesmo que, *mutatis mutandis*, aceitar um equipamento de excelente desempenho e durabilidade por um cuja qualidade seja risível e que obrigue a Administração, a todo momento, submetê-lo à manutenção.

Há quem dirá que, ao estabelecer os salários das categorias profissionais, os editais de licitação estariam promovendo ingerência indevida na empresa contratada com a criação de um novo piso salarial. Em que pese reconhecer que, de fato, há uma intromissão do Poder Público, penso que, no caso concreto, há um claro conflito entre o princípio da livre iniciativa e o da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (CF/1988, art. 1º, incisos III e IV).

Para esse caso concreto, entende-se que esse conflito deve ser resolvido a favor destes últimos. Aliás, é justamente com esse argumento que os melhores autores, e mesmo o TCU, defendem a tese de que a CNDT deve ser exigida em todas as contratações, e não somente naquelas que envolver emprego de mão de obra dedicada⁶⁸. Ao deixar as empresas

68 Nesse sentido: PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. *A certidão negativa de débito trabalhista como requisito universal de habilitação*

livres para formarem o valor do salário que bem entenderem, respeitados os pisos mínimos, fica claro que a disputa pela oportunidade de negócio se dará, primordialmente, com base na remuneração do trabalhador envolvido. Ademais, a observância ao princípio da igualdade também ficará fragilizado na medida em que uma empresa que esteja vinculada a um sindicato com piso mais baixo que outro sairá com enorme vantagem na licitação. A fixação do salário nos editais, além de garantir a dignidade da relação de trabalho, também iguala as posições dos licitantes.

Ainda haverá quem argumente que a fixação do salário nos editais tenderá a uma elevação do risco empresarial por força de possíveis ações trabalhistas em que um empregado reclamará equiparação salarial para funções equivalentes. Como consequência da elevação do risco do negócio, o preço tende também a subir na mesma proporção.

Igualmente reconheço que pode haver uma elevação do risco e concordo plenamente que, quanto maior o risco, maior é o custo. Todavia, em sede de gestão de riscos, há a categoria de riscos que são suportáveis quando examinadas as relações de probabilidade e impacto. Sem dúvida, esse é um risco que pode ser considerado *suportável*.

Em primeiro lugar, porque, a despeito da possibilidade de elevação do preço final, não se pode perder de vista que

em todas as contratações públicas. Disponível em www.agu.gov.br/page/download/index/id/12580670. Acessado em 08/02/2018. DE VITA, Pedro Henrique Braz. *Quando é preciso exigir a CNDT?* Disponível em <https://www.zenite.blog.br/quando-e-preciso-exigir-a-cndt/>. Acessado em 08/02/2018. CARVALHO, Thiago Mesquita teles de. *Certidão negativa de Débitos Trabalhistas: aspectos sobre a constitucionalidade e o âmbito de aplicação da Lei nº 12.440/2011.* Revista do TCU, no. 125, TCU: Brasília, set/dez, 2012, pp124/133.

estamos falando de uma contratação que se dará após uma competição comercial. Essa competição induz a prática de preços mais baixos e, se de um lado pode haver aumento de custo, visto por este ângulo, a empresa que não equalizar seus métodos e seus custos não se sagrará vencedora. Em segundo lugar, porque em alguma medida, o princípio da indisponibilidade do interesse público reclama ações do Estado que protejam interesses coletivos garantidos pela CF, como explicitado anteriormente. Isso ocorre, por exemplo, com as licitações sustentáveis. É fato que produtos que sejam produzidos com matéria-prima reciclada são mais caros do que os que não o são (os exemplos são inúmeros); também é sabido que a empresa que providencia certificações de qualidade ambiental arca com custo operacional mais elevado do que as que não tem. Mas, mesmo assim, o estado deve, preferencialmente, contratar com olhos postos na sustentabilidade ambiental. Ou seja, para proteger interesses difusos de maior relevância, é justificável que o Estado gaste um pouco mais.

É bom frisar que a estipulação de pisos salariais deve ser considerada excepcional e depende de justificativa nos autos que aponte as razões pelas quais a Administração precisa exigir, no caso concreto, que o colaborador terceirizado ganhe o piso por ela estabelecido, explicitando as razões técnicas que lhe servem de fundamento.

Portanto, ao planejar a contratação de um serviço que empregará mão de obra em regime exclusivamente dedicado ao tomador do serviço, o agente público deverá verificar junto ao mercado de trabalho qual a faixa salarial que vem sendo

paga àquela categoria profissional, fixando, assim, dentro da referida faixa, o valor que entende o mínimo necessário ao atendimento do nível de qualidade e desempenho esperado.

Tais dados poderão ser obtidos não só em contratos com outros órgãos, desde que tomado o cuidado para que o contrato paradigma também tenha fixado o valor do salário acima do piso mínimo, como também em *sites* e publicações especializadas em mercado de trabalho, como ainda em contratos praticados por empresas privadas.

Tal valor deverá ser eleito como critério de aceitabilidade de preços no julgamento da licitação, o que impedirá desprezo pelo proponente, sob pena de desclassificação.

Em resumo, podemos concluir que:

- a) é dever do agente público, em homenagem ao princípio da indisponibilidade do interesse público e da seleção da proposta mais vantajosa, adotar critérios de aceitabilidade de proposta que atraiam serviços e produtos com nível de qualidade e desempenho adequado às finalidades e objetivos da Administração;
- b) nos contratos de serviços com emprego de mão de obra em regime de dedicação exclusiva, o nível de desempenho e qualidade dos serviços está intimamente ligado à atuação personalíssima do empregado terceirizado, que, desmotivado, faz cair o nível qualitativo esperado;
- c) o componente de custo salário deve ser estipulado a fim de possibilitar a retenção da mão de obra

qualificada e mantê-la motivada e dedicada, garantindo o nível de qualidade e desempenho esperados;

- d) não há vedação legal à fixação de salários nos editais de licitação para contratação;
- e) a fixação dos salários a serem pagos deve ser feita calcada em dados fidedignos obtidos junto a empresas privadas, pactos laborais, publicações e sítios da *Internet* especializados em mercado de trabalho; e
- f) o agente, ao estabelecer o valor do salário, com base na ampla pesquisa de preços, deverá justificar no processo correspondente as razões técnicas e gerenciais que o levaram àquele valor.

Capítulo 16 – A pesquisa de preços na prorrogação de contratos de natureza continuada, com mão de obra dedicada e com pisos salariais fixados acima do piso mínimo da categoria

Já é bem assentado que os contratos de natureza continuada admitem prorrogação da vigência, desde que fique caracterizada a obtenção de “preços e condições mais vantajosas”, conforme a regra insculpida no art. 57, II, da L. 8.666/1993.

Em virtude desse regramento, tornou-se procedimento-padrão nos órgãos e entidades da Administração Pública,

visando à prorrogação de tais ajustes, realizar, próximo ao fim do período de vigência do contrato, nova pesquisa de mercado a fim de que seja justificada a vantagem econômica da prorrogação.

Tal procedimento se coaduna com os princípios da *indisponibilidade do interesse público* e o da busca pela *proposta mais vantajosa*. É que a prorrogação dos contratos que, diante do que dispões o art. 57, *caput*, da Lei 8.666/1993, constitui hipótese excepcional⁶⁹ e representa um afastamento do *dever geral de licitar* (art. 37, XXI, da CF). Logo, não faria sentido algum que o contrato fosse inicialmente pactuado com vantagem para a Administração e, ao tempo da prorrogação, não representasse a mesma relação de vantajosidade.

Com esteio nesse raciocínio, o Tribunal de Contas da União contava com jurisprudência consolidada no sentido de que constituía requisito essencial a compor a justificativa da prorrogação dos contratos, quando permitidos por lei, que a mesma fosse integrada por uma pesquisa de mercado atualizada, a fim de que fosse possível identificar que o ato de prorrogação apresentaria maior vantagem econômica do que uma nova licitação. Vejamos alguns precedentes da Corte de Contas:

“Enunciado: Se houver interesse da Administração em renovar determinado contrato, a pesquisa de preços que

69 O mesmo não se diz em relação às regras de contratos para as entidades do Sistema ‘S’ O art. 26, par. Único do Regulamento (apesar de cada entidade possuir seu Regulamento próprio, o texto e a numeração se repetem em todos os normativos) dispõe que “os contratos terão prazo determinado, não podendo ultrapassar, inclusive com eventuais prorrogações, o limite máximo de 60 (sessenta) meses.”

demonstre a economicidade da renovação em comparação com a realização de novo certame deve ser realizada com a antecedência necessária.” (Ac. 1.029/2009, Segunda Câmara. Rel. Min. Raimundo Carreiro)

“Enunciado: Quando da proximidade de renovações contratuais, devem ser realizadas pesquisas de preços, em conformidade com os quantitativos realizados e expectativas de aumento ou redução da demanda futura, de modo a aferir os valores unitários dos preços praticados com os vigentes no mercado, com a antecedência necessária à realização de licitação.” (Ac. 6.286/2010, Primeira Câmara. Rel. Min. Augusto Nardes)

“Enunciado: Antes da prorrogação de um contrato deve ser realizada ampla pesquisa de preços no mercado, com vistas à obtenção das condições mais vantajosas para a Administração.” (Ac. 1.597/2010, Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman)

“Enunciado: No caso de prorrogação contratual, o termo de aditamento deve ser providenciado até o término da vigência da avença originária. Transposta tal data, não será mais possível a prorrogação ou continuidade da execução, sendo considerado extinto o contrato.” (Ac. 2.569/2010, Primeira Câmara. Rel. Min. Marcos Bemquerer)

Todavia, a despeito de a exigência representar um necessário ato de controle, tal procedimento, muitas vezes, quase inviabilizava a própria prorrogação, pois a realização dos atos de pesquisa de preços para fins de prorrogação gerava o mesmo trabalho que se teria para promover o torneio

licitatório. Afinal de contas, a precificação de um contrato de prestação de serviço, quanto mais envolvendo vários componentes de custos, é extremamente trabalhosa, pois a área técnica tem de investigar cada um dos componentes de custo.

Considerando que a prorrogação nem sempre era negociada com a antecedência necessária, inclusive, por provocação das próprias empresas contratadas, que “seguravam” o máximo possível para dar o aceite, muitos órgãos preferiam lançar de plano a nova licitação.

Mas é certo que um serviço de natureza continuada, mormente aqueles com grande volume de mobilização, com centenas de postos de trabalho envolvidos e estoques de materiais equipamentos e insumos, se tornam economicamente mais vantajosos, na medida em que o tempo de permanência na execução for maior. Em outras palavras, de um modo geral, o custo de um contrato com 60 (sessenta) meses de execução tende a ser bem inferior do que 5 (cinco) contratos consecutivos de 12 (doze) meses.

A partir da verificação sistemática de falhas frequentes na gestão de contratos dessa natureza, em 2011 a Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan do Tribunal de Contas da União, ingressa com Representação⁷⁰, objetivando “apresentar proposições de melhorias nos procedimentos relativos à contratação e à execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal”.

70 TCU, Processo TC, no. 006.156/2011-8.

Acolhida a representação, a corte Federal de Contas instituiu um grupo de estudos, composto inicialmente por servidores do MP, da AGU e do TCU, passando a ser posteriormente integrado também por representantes do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal, que discutiram aspectos relacionados aos procedimentos licitatórios, à gestão e ao encerramento desses contratos. Dentre os tópicos abordados pelo referido grupo multi-institucional, foi tratada a questão dos procedimentos para prorrogação dos contratos de natureza continuada.

Na oportunidade, o relatório do referido grupo, reconhece a enorme dificuldade que os órgãos e entidades da Administração Pública enfrentam no momento da prorrogação dada a extrema complexidade que tal atividade envolve. O relatório destacou, a título de ilustração, que

“(...) recentemente foi realizado um procedimento licitatório para contratação de serviço de manutenção predial do Tribunal de Contas da União. Nesse contrato, durante o procedimento licitatório, realizou-se pesquisa de mercado para quase 200 diferentes insumos, sendo alguns deles referentes a uniformes e EPIs e a maioria para estimativa de manutenção de equipamentos. É notório que o custo/prazo que será despendido para a realização de pesquisa de mercado para a prorrogação do contrato, além de impeditivo, não é aconselhável em vista da baixa representatividade desses itens no orçamento global.

Concluiu o referido estudo no sentido de que “a prática (de realizar a pesquisa como requisito para prorrogação) tem

revelado poucos benefícios advindos dessa pesquisa, que não tem retratado verdadeiramente o mercado, uma vez que ela tem normalmente levado a preços superiores aos obtidos na licitação.”

O referido estudo conferiu fundamento de validade para o decidido no acórdão 1.214/2013, Plenário do Tribunal de Contas da União, a cuja relatoria coube ao Min. Aroldo Cedraz, restando assentado novo entendimento da corte, no sentido de:

“entender desnecessária a realização de pesquisa junto ao mercado e a outros órgãos/entidades da Administração Pública para a prorrogação de contratos de natureza continuada, desde que as seguintes condições contratuais estejam presentes: a) previsão de que as repactuações de preços envolvendo a folha de salários serão efetuadas somente com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência de lei; b) previsão de que as repactuações de preços envolvendo materiais e insumos serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos no contrato, a eles correlacionados, ou, na falta dele, por outro que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos ou adotando, na ausência de índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA/IBGE. Para o caso particular dos serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, o relator adicionou ainda a aderência de valores a limites fixado em ato da SLTI/MP”

E a decisão é corretíssima. Além dos fundamentos de ordem técnica, jurídica e operacional trazidos à baila no

relatório produzido pelo Grupo de Estudos suso mencionado, acrescido outro.

Não é novidade alguma que o instituto do Reajuste (art. 55, III) é o meio a ser utilizado para que o valor da proposta apresentada se mantenha efetiva ao longo de toda a execução do ajustado (art. 37, XXI, da CF/88). Significa necessariamente reconhecer que o preço, após aplicado o índice de reajustamento pactuado no contrato e/ou o percentual estipulado no Acordo ou Convenção coletiva de Trabalho, representa o mesmo nível de efetividade e vantajosidade do início do contrato, mesmo tendo se passado um ano da data do fato gerador respectivo (data da apresentação da proposta ou do orçamento a que ela se referia ao tempo da formulação). Em outras palavras, depois de aplicado os índices de reajustamento, a despeito de o valor nominal do contrato sofrer variação para mais, em razão dos efeitos corrosivos do processo inflacionários, este valor, presumidamente, representa o mesmo valor do início do contrato. Ora, se no início do contrato, os valores pactuados eram vantajosos, e os índices fixados no contrato visam exclusivamente apenas fazer retornar o status de efetivada, é claro que o valor reajustado tem de ser interpretado como sendo vantajoso ao tempo da prorrogação.

Em razão do decidido, no processo acima citado, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa 06/2013, atualizando a IN 02/2008 de modo a orientar os órgãos a ele vinculados, quando da prorrogação dos contratos continuados, a proceder na forma daquela decisão. Tal orientação foi mantida na atual IN 05/2017/MPDG:

IN 05/2017 - ANEXO IX DA VIGÊNCIA E DA PRORROGAÇÃO

7. A vantajosidade econômica para prorrogação dos contratos com mão de obra exclusiva estará assegurada, sendo dispensada a realização de pesquisa de mercado, nas seguintes hipóteses:

a) quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou em decorrência de lei;

b) quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho e de lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais ou, na falta de qualquer índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA/IBGE); e

c) no caso dos serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação serão iguais ou inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Todavia, há uma corrente, frise-se, minoritária, que defende o argumento segundo o qual, se ao tempo da primeira contratação, o valor estimado do contrato teve por

base de precificação o mercado da mão de obra relativa à atividade a ser contratada, para, ao final, fixar-se os salários das categorias, a mesma metodologia deve ser seguida para fins de verificação de vantajosidade na prorrogação do ajuste, pois não estava atrelada, à época, ao piso mínimo fixado para o respectivo sindicato patronal.

Em que pese haver alguma razoabilidade, a argumentação parte de uma premissa equivocada, segundo a qual, os salários das categorias só estão vinculados aos pactos laborativos se remunerados com base no piso mínimo. Isso não é verdade.

Em primeiro lugar, a regra criada pela IN 06/2013 e repetida na atual IN 05/2017 não cuida de contratos vinculados aos **pisos mínimos** das categorias, mas sim a **contratos** vinculados ao acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Pois bem, o acordo ou convenção coletiva de trabalho cuida não só de fixar o valor do piso mínimo da categoria, como também, e principalmente, do reajuste salarial de **todos** os empregados a ela vinculados. Logo, mesmo não percebendo o piso mínimo, o empregado cuja empresa esteja vinculada a um acordo ou convenção coletiva fará jus ao percentual nele determinado. Em outro dizer, a empresa, mesmo pagando salários superiores ao piso mínimo, permanece obrigada a conceder o reajuste salarial determinado no acordo ou convenção coletiva. A título de ilustração, veja-se a redação das Cláusulas 1a. e 2a. da CCT 2013/2014 da FENABAN⁷¹, que trata do reajuste salarial:

71 Disponível em http://www.spbancarios.com.br/Uploads/PDFS/568_fenaban_cct_2013_2014.pdf

“Cláusula 1ª. - Reajuste de 8% (oito por cento) a partir de 1º. de setembro de 2013, em cada Banco, sendo compensáveis todas as antecipações concedidas no período de setembro/2012 a agosto/2013, exceto os aumentos reais e os decorrentes de promoção, transferência, equiparação salarial e término de aprendizagem. Este percentual abrange o período de 1.09.2012 a 31;08.2013.”

“Cláusula 2ª. - Durante a vigência desta Convenção, para jornada de 6 (seis) horas, nenhum bancário poderá ser admitido com salário inferior aos seguintes valores:

a)omissis

b)omissis

c)omissis”

Como visto, a CCT ditou a política salarial para a categoria a que se refere, nela incluindo qualquer empregado a ela vinculado, mesmo os que ganham acima do piso mínimo.

Ademais, o instituto do reajustamento é o meio idôneo para reequilibrar as cláusulas econômico-financeiras do contrato, quando o desequilíbrio é causado por forças ordinárias. Logo, o reajuste salarial determinado pelo acordo ou convenção não significa majoração da remuneração (muito embora haja um aumento nominal de valores), mas sim, a manutenção do mesmo nível de remuneração inicialmente pactuado no contrato. Portanto, permanece válida a presunção de maior vantagem na prorrogação, visto que os valores reajustados significam a mesma vantagem auferida um ano antes, quando da assinatura do ajuste.

Poder-se-ia argumentar ainda que sempre será possível redução de custos de um contrato com emprego de mão de obra em regime de dedicação exclusiva, a partir do pagamento de salários mais baixos aos empregados da categoria, reduzindo-os até o piso mínimo. A adoção dessa política de gestão, sem dúvida, exigiria nova licitação e, conseqüentemente, nova pesquisa de preços. A despeito de, no campo teórico, ser verdade tal afirmação, a mesma carrega vício de origem que a torna danosa para o interesse público.

Nessa conformidade, reafirma-se o disposto na IN 05/2017, no que diz respeito à dispensa da pesquisa de preços para fins de prorrogação dos contratos que utilizam mão de obra dedicada exclusivamente, ainda que os salários não estejam fixados no piso mínimo da categoria, mas estejam vinculados aos pactos laborativos.

Capítulo 17 – A justificativa de preços na contratação com fundamento na exclusividade de fornecimento

Já nos referimos no Capítulo 2.2.1 que a ausência de competidores aptos a fornecerem o objeto pretendido pela Administração impõe o reconhecimento da impossibilidade de realização do torneio licitatório. Mesmo porque, de modo algum, seria razoável admitir que a Administração se veria obrigada a desenvolver todos os atos administrativos típicos do torneio licitatório quando, desde o início do processo, já é sabido a quem será direcionada a contratação, dado ser aquele executor o único existente no mercado com possibilidade de

atender ao chamamento. Daí a previsão do art. 25, I da Lei 8.666/93 a qual segue abaixo transcrita:

Art.25 - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.

De plano, impende salientar que a hipótese do inciso acima transcrito é destinada às compras em que o fornecedor, distribuidor ou produtor for único ou exclusivo. O que não significa dizer que em caso de haver necessidade de contratar um determinado serviço e este somente puder ser executado por um único executor, a licitação seria obrigatória por falta de amparo legal. O relevante é que o objeto a ser contratado seja fornecido ou prestado por aquele que detém uma condição de exclusividade do objeto. Se o objeto a ser contratado for um serviço, o enquadramento se dará na cabeça do artigo, e não no seu inciso I.

Merece especial destaque a anotação de que ser “exclusivo” é diferente de ser “único”. A exclusividade é uma condição da qual goza o fornecedor que constitui uma garantia legal ou contratual do direito de somente ele comercializar o seu produto, ou seja, um direito que impeça que se forme

uma concorrência. Por exemplo, a obtenção de uma patente garante ao laboratório farmacêutico o direito de somente ele comercializar a droga por ele criada. Como somente ele pode fabricar a tal droga, também ele será o detentor dos direitos de distribuição e comercialização. Em virtude da patente deferida, nenhum outro laboratório poderá fabricar a mesma droga e nenhum distribuidor comercial poderá, sem o consentimento do detentor da patente, colocá-lo à venda.

Por outro lado, um determinado fornecedor pode ser único em sua cidade ou região (ou até mesmo no País), mas pode não ser detentor de uma condição que lhe garanta exclusividade comercial, mas apenas porque nenhum outro empresário se interessou no negócio ou foi primeiro a trazer o produto para o comércio daquela região. Significaria que, caso outro concorrente deseje se lançar no mercado para aquele produto, não haveria impedimento algum. Nesses casos, pode haver inviabilidade de competição, mas o fundamento não seria a exclusividade de fornecimento, e sim a desnecessidade da licitação para se reconhecer a proposta mais vantajosa. Vale lembrar que o rol de hipóteses previstas nos incisos do art. 25 da L. 8.666/1993 é exemplificativo. Sempre será considerada inexigível a licitação quando não for possível o confronto objetivo de propostas, conforme lição de Di Pietro:⁷²

“Com efeito, a inexigibilidade é decorrência da inviabilidade de competição; o próprio dispositivo prevê algumas hipóteses, o que não impede que outras surjam na prática. Se a competição inexistente, não há falar em licitação.”

72 Op. Cit., p. 313.

O exemplo a seguir ilustrará bem a tese.

Se uma Prefeitura Municipal do interior de um Estado pretende adquirir combustível e o fará contratando um posto de gasolina, em princípio a licitação se daria ente os postos de combustível locais. Mas, se na cidade só houver um posto de combustível e o outro posto mais próximo estiver a 20kms de distância da garagem da frota, este, em caso de realização de licitação, não poderia ser considerado autor da proposta mais vantajosa, ainda que tivesse o preço mais baixo, pois, para realizar o abastecimento, a viatura treria que se deslocar por 40 kms (ida e volta). Nesse caso, a licitação é inexigível com adjudicação direta ao Posto de combustível local, não por exclusividade (não há impedimento que outro empresário abra outro posto na cidade), mas por desnecessidade da licitação para se reconhecer ser aquele o autor da proposta mais vantajosa.

Dito isto, cumpre esclarecer as duas espécies de exclusividade, pois a metodologia para a análise de mercado será distinta para um e para outro caso.

A inexigibilidade pode ser classificada em *absoluta* ou *relativa*. Quando só há um fornecedor no País apto a ofertar o objeto pretendido, diz-se que a inexigibilidade é *absoluta*, ou seja, de fato não há outro que tenha o mesmo objeto em sua linha de fornecimento. Quando o fornecedor detém a exclusividade para a realização daquela venda, mas existem outros que fornecem o mesmo objeto, porém, por uma razão contratual, somente aquele indivíduo é que tem autorização para fornecê-lo, diz-se que a inexigibilidade é *relativa*.⁷³

73 Cfr. CARVALHO FILHO, José dos Santos *Manual de Direito Administrativo*, 11ª. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 224.

O melhor dos exemplos de exclusividade *relativa* é o caso de representação comercial exclusiva, que, na lição de Marçal Justen Filho⁷⁴: “...é a figura comercial que se faz presente quando um fornecedor atribui a determinado agente econômico o direito privativo de intermediar negócios em certa região. Aduz ainda o citado mestre, a representação comercial é regulada no Direito Pátrio em diversos diplomas legais, apontando, a título de exemplo, a Lei n. 4.886/65 (representação comercial); Lei n. 6.729/79 (concessão de veículos automotores) e a Lei n. 8.955/94 (franquia empresarial). Portanto, a inexigibilidade de licitação alcança não só a representação comercial exclusiva, como também “qualquer espécie de agente econômico titular de cláusula de exclusividade.”

A fim de melhor ilustrar, imaginemos que uma editora, detentora dos direitos de edição, distribuição e comercialização das obras que publica⁷⁵, venha a confiar a uma única empresa — uma livraria local — o direito de comercializar um ou vários títulos em um determinado Estado. Não se pode negar que esta reserva de mercado é do alvitre da própria editora que, naquele Estado, preferiu não ter uma pluralidade de livrarias ou livreiros em detrimento da exclusividade de uma única empresa. Portanto, caso a Administração Pública local venha necessitar adquirir justamente tais títulos, configurada estaria

74 Op. Cit., p. 363.

75 É padrão nos contratos de edição, que o autor da obra ceda tais direitos à editora, sendo que o próprio TCU já sedimentou entendimento segundo o qual “É lícita a aquisição direta de livros por inexigibilidade de licitação, quando feita junto a editoras que possuam contratos de exclusividade com os autores para editoração e comercialização das obras, o que, porém, não isenta o gestor de justificar os preços contratados.” (Acórdão no. 3.290/2011, Plenário, Rel. Min. José Jorge)

a inviabilidade de competição ao passo em que a editora (dona dos direitos de edição, distribuição e venda) autorizou apenas uma certa empresa a comercializá-las, excluindo-se também da venda. Caso típico de inexigibilidade relativa, em que, em princípio, mesmo havendo vários indivíduos de outras localidades com disponibilidade do mesmo produto, em caráter circunstancial decorrente da existência de contrato de representação comercial exclusiva, somente uma empresa estaria autorizada pela detentora dos direitos de distribuição a comercializar tais obras naquele Estado. Cumpre frisar que sobre esse aspecto não há controvérsia. O eminente jurista Marcos Juruena⁷⁶ reconhece que “a exclusividade também pode ser comprovada através de contrato de exclusividade (distribuição, representação, licenciamento etc)”.

Uma vez apontados os traços distintivos entre a inexigibilidade *absoluta* e a *relativa*, e retomando o ponto central do tema, esclareça-se, desde já, que, como em qualquer contratação, a inexigibilidade de licitação também exigirá ações de planejamento econômico da administração contratante. É corolário do princípio da eficiência, insculpido no *caput* do art. 37 da Carta Política de 1988. Não é pelo fato de que não é possível que a licitação ocorra que o gestor estaria liberado da responsabilidade de boa gestão dos recursos. Sobre esse ângulo de visão, Marçal Justen Filho⁷⁷ anota a seguinte lição:

“Não seria absurdo afirmar que a contratação direta é uma forma extremamente anômala de licitação. (...) Não se

76 SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro, Esplanada ADCOAS, 1998, p. 165.

77 *Op. Cit.*, p.228.

confunde a contratação direta com os casos de concorrência, tomada de preços etc. Mas a contratação direta pressupõe um procedimento formal prévio, destinado a produzir a melhor escolha possível para a Administração...” (Marçal, Comentários..., 11ª., p. 228)

Já a Lei nº 8.666/1993 carrega, em seu art. 26, par. único, disposição expressa neste sentido:

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

[...]

III - justificativa do preço.

Mas, como se vê do texto transcrito, a norma é incipiente, assim como os normativos específicos sobre pesquisa de preços aqui estudados — IN 05/2014/MPDG e Portaria TCU no. 128/2014 — não havendo menção a nenhum procedimento ou rotina a ser adotado para a hipótese, deixando, em princípio, ao nuto do agente responsável, a forma de atendimento desse dever. Isto vem causando uma série de distorções e enganos, muitas vezes inviabilizando tais contratações.

Em primeiro lugar, cumpre estabelecer quais são os objetivos primários da justificativa de preço nas contratações por inexigibilidade de licitação, pois essa especialíssima forma de contratar carrega traços que a tornam bem peculiar se comparada às demais contratações (por licitação).

Nos casos de inexigibilidade de licitação, a escolha do executor é direta e discricionária; ora em razão de não haver outros competidores aptos a disputar a oportunidade de negócio (fornecedor exclusivo), ora porque, a despeito de haver vários possíveis executores, não é possível estabelecer, entre eles, critérios objetivos de comparação de propostas (serviços singulares e profissionais do setor artístico, que será visto no próximo Capítulo). Não seria admissível, entretanto, que um dado executor, valendo-se de ser único no mercado, ou de deter a confiança pessoal do contratante⁷⁸, elevar arbitrariamente seus preços, tornando a Administração refém da sua atividade, alvitrando ganhos que, em condições normais de mercado, não seria possível obter.

Sendo assim, a pesquisa de mercado nessas contratações, além do dever de planejamento ínsito à atividade administrativa, visa verificar se o preço proposto pelo escolhido está de acordo com o mercado, isto é, se é

78 A jurisprudência e a doutrina reconhecer o caráter discricionário na escolha do profissional ou empresa notório especialista. Nesse sentido: “Nas contratações diretas não há que se falar em direcionamento ilícito, pois a escolha do contratado é opção discricionária do gestor, desde que satisfeitos os requisitos estabelecidos no art. 26 da Lei 8.666/1993: justificativa do preço, razão da escolha do contratado e, se for o caso, caracterização da situação emergencial.” (TCU, Ac. 1.157/2013, Plenário, REL. Min. Benjamin Zymler); “Destarte, partilho do entendimento (...) no sentido do reconhecimento de que há necessidade de assegurar ao Administrador ampla margem de discricionariiedade para escolher e contratar professores ou instrutores. Discricionariiedade essa que deve aliar a necessidade administrativa à qualidade perseguida, nunca a simples vontade do administrador.” (TCU, Dec. 439/1998-Plenário, Relator, Min. Adhemar Paladini Ghisi); “Impõem-se à Administração (...) o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. (...) Há intensa margem de discricionariiedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de notória especialização do contratado ou contratada.” (GRAU, Eros Roberto, *Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei*. Malheiros, 1995, pág. 77)

compatível, aproximado com o preço praticado pelos seus pares. Mas não só isso. Ainda que o preço esteja de acordo com o mercado, deve ser também alvo da avaliação se a despesa surge como razoável, ou seja, se a despesa ficará compensada pelos benefícios pretendidos com a contratação, conforme entendimento já pacificado pelo TCU:

“Justifique detalhadamente, em todas as contratações diretas, a razoabilidade dos preços contratados, de maneira a evidenciar com documentos que essa opção e, em termos técnicos e econômicos, a mais vantajosa para a Administração Pública, conforme dispõem o Acórdão nº 2.094/2004 – Plenário e art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/1993.” (Acórdão nº 1.330/2008-Plenário)

Quanto ao método para se apurar a regularidade dos preços praticados pelos escolhidos o TCU assim se manifestou:

“20. Quanto ao preço, é certo que, mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93. Ressalte-se que este Tribunal tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar justificativa circunstanciada (Informativo TCU 188/2014). E, nos casos de inviabilidade de licitação, este Plenário se manifestou, conforme subitem 9.1.3 do Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, poder-se-ia fazer

uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas.” (Ac. 1.565/2015-Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo)

Exatamente nesse sentido se conduziu a Orientação Normativa nº 17 da AGU:

“A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos.” (Alterada pela Portaria AGU nº 572/2011, publicada no DOU I 14.12.2011.)

Todavia, não será em todos os casos de inexigibilidade que esse método se revelará adequado. Se a ideia é obter dados que demonstrem o comportamento do mercado, quanto mais fidedigna for a informação, mais próximo da realidade será o resultado.

17.1 – A justificativa de preços na inexigibilidade por exclusividade absoluta

Vimos anteriormente que a exclusividade pode ser observada sob dois aspectos: *absoluta* e *relativa*. No primeiro caso, como o escolhido é o único executor daquele objeto, de fato não se poderá medir o comportamento do mercado senão com ele mesmo, o que somente será possível a partir dos contratos desse executor com outros clientes seus. Assim, a orientação citada é perfeitamente correta na hipótese.

Nada obstante, a experiência prática tem nos demonstrado que muitos órgãos acabam transferindo essa instrução para o próprio escolhido, fazendo a este a exigência no sentido de que ele próprio providencie cópias de seus contratos, notas fiscais, empenhos ou outros documentos que comprovem ser o preço da sua proposta compatível com o que vem praticando. Tal proceder é absolutamente impertinente, pois possibilita que o próprio escolhido defina o que é, a cada caso, “valor de mercado”, bastando que escolha os seus melhores contratos. Por isso é que essa verificação deve ser feita pelo órgão contratante, ou seja, é o agente responsável pela pesquisa que deve investigar os preços que o detentor da exclusividade vem praticando em outros contratos.

Uma pergunta que precisa ser respondida é se o executor é obrigado a manter os preços praticados anteriormente. Por óbvio que a resposta será negativa, pois, do contrário, estaríamos admitindo a ideia de congelamento de preços ou de regulação, por via oblíqua da atividade econômica, que goza da prerrogativa constitucional da livre iniciativa⁷⁹. Vários fatores podem influenciar a formação do preço final de um mesmo produto, dependendo do cliente. É possível que, no caso da compra de um equipamento, os valores anteriores estejam abaixo da proposta apresentada (que se pretende justificar quanto ao preço) em razão do custo de distribuição e da manutenção técnica, por exemplo, ou ainda por uma atualização tecnológica.

Está autorizado, portanto, o executor praticar preços diferenciados em relação aos contratos anteriores, devendo

79 CF, art. 170, IV c/c par. Único.

o agente responsável exigir do mesmo a justificativa para a diferença eventualmente encontrada e, a partir das informações reunidas, negociar com o fornecedor. A justificativa do preço será a base da motivação da autoridade competente na decisão de contratar o referido objeto, avaliando a razoabilidade da despesa.

17.2 – A justificativa de preços na inexigibilidade por exclusividade relativa

Diferente será o caso da contratação por exclusividade *relativa*. Relembrando, na exclusividade relativa, pode haver vários fornecedores aptos a vender o produto pretendido, sendo que, por uma questão de cláusula contratual de representação comercial exclusiva, apenas um determinado indivíduo estará autorizado a realizar a transação comercial com o órgão contratante. Logo, o mercado é plural, isto é, há vários executores. Para esses casos, a investigação de mercado deve alcançar todas as empresas que vendem o produto, mesmo que estejam impedidas comercialmente de celebrar contrato com o órgão contratante.

Imagine que uma Secretaria Municipal de Educação, pretendendo adquirir livros didáticos de uma determinada editora, encontre-se diante de uma situação de representação comercial exclusiva, ou seja, a Editora concedeu a um distribuidor da sua carteira, a exclusividade para a realização dessa venda⁸⁰. Mas as obras são normalmente comercializadas

80 O TCU julgou regular uma contratação na qual um laboratório farmacêutico concedeu a um distribuidor credenciado uma exclusividade nos seguintes termos: “Declaramos para os devidos fins que, a empresa (*omissis*), inscrita no CNPJ/MF

por outras distribuidoras e livrarias e em outras praças. Sendo assim, o analista, ao justificar o preço, não deve se restringir a investigar o preço praticado anteriormente pelo detentor da exclusividade relativa, mas também, e principalmente, investigar por quanto os demais componentes do mercado vêm praticando em relação às mesmas obras. Dessa forma, a análise terá uma visão muito mais realista do mercado.

Portanto, na contratação por inexigibilidade de licitação de produtos comercializados em caráter de exclusividade deve-se observar que:

- a) se a exclusividade for *absoluta*, a comprovação só pode ser realizada com base em contratos do próprio executor, por ser o único componente do mercado;
- b) não é correta a metodologia em que o órgão solicita ao executor exclusivo que apresente seus contratos anteriores, devendo o próprio setor técnico investigar os seus preços, evitando que o executor os manipule ao sabor de seu interesse;
- c) não é vedado ao executor praticar preços diferenciados em relação ao que vinha praticando, devendo, caso esteja acima dos contratos anteriores, justificar a majoração;

sob o nº. (*omissis*), com sede à (sic) (*omissis*), estará como representante exclusiva do produto Pegasys (Peginterferon alfa 2 A -40 kD 180mcg), de nossa fabricação, na quantidade de 3.000 frascos-ampolas requisitadas pela SES/PB. Validade dessa Declaração: 90 dias.” O Tribunal entendeu que “...a empresa (*omissis*) era de fato representante exclusiva desse laboratório. Em que pese ser pouco usual - e talvez questionável a emissão de declarações específicas para a participação em determinado certame -, o ponto é que o gestor se viu em situação na qual não havia competidores aptos a viabilizar a licitação.”

- d) quando a exclusividade for *relativa*, por existir pluralidade no mercado, a investigação deve ser realizada com base nos preços praticados pelos demais executores existentes, mesmo que estes estejam impedidos de prestar o serviço.

Capítulo 18 – A justificativa de preços na inexigibilidade de licitação para contratação de serviços singulares e profissionais do setor artístico

A hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços singulares (art. 25, II c/c par. único, da L. 8.666/1993) e de profissionais do setor artístico (art. 25, III, da L. 8.666/1993) precisa ser observada com um pouco mais de cuidado. A inviabilidade de realização da licitação em ambas as situações decorre da impossibilidade de estabelecimento de critérios objetivos de julgamento. Portanto, deve-se afastar a falsa ideia de que o mercado é único ou restrito. Aliás, esse entendimento equivocado já foi afastado pelo TCU:

“Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.” (Ac. 2.616/2015, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zimler)

Eventualmente, como veremos logo a seguir, pode ocorrer uma maior dificuldade de encontrar um par para o profissional notório especialista ou para o artista escolhido, mas, em regra, haverá opções no mercado. Isso significa que, em princípio, o mercado é plural, ao contrário do que ocorre na exclusividade absoluta.

Dito isto, e retornando ao problema metodológico, o Tribunal de Contas de União, buscando esclarecer um pouco melhor esse terreno, tendo em vista que já se manifestou em várias oportunidades sobre o dever de justificar preços nas contratações diretas, sendo um dos seus principais paradigmas, o seguinte precedente:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq que:

[...]

9.1.2. nas dispensas ou inexigibilidades de licitação, faça constar nos autos as necessárias justificativas da despesa, atendendo a exigência constante no artigo 26, caput, da Lei 8.666/1993;

9.1.3. quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contrata para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas,

de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993; (Ac. nº 819/2005-Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer)

O caso concreto analisado pelo TCU envolvia justamente a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços singulares (“... cursos, palestras...”) e de profissionais do setor artístico (“... apresentações, *shows*, espetáculos ou eventos similares...”). Mas, nota-se que essa orientação não atende às peculiaridades de todas as hipóteses casuísticas.

Ao orientar o agente a justificar o preço do executor escolhido com base na sua própria precificação (contratos anteriores), a Corte Federal de Contas, com as devidas vênias, parte da equivocada premissa de que nessa espécie de contratação não haveria pluralidade de mercado. Veja-se que o Acórdão acima transcrito firma entendimento de que bastaria a demonstração de que o executor vem cobrando “igual ou similar preço de outros com quem contrata para evento de mesmo porte.”

Mas, como já dito, a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços singulares, assim como para contratação de profissionais do setor artístico, tem como fundamento a impossibilidade de comparação objetiva entre as propostas dos possíveis executores, que podem ser vários. Logo, o mercado é plural. E, sendo assim, é ele – o mercado – que deve ser consultado, não apenas o escolhido. Neste sentido, e mais recentemente, o TCU deixou consignado que:

“Os processos de *inexigibilidade de licitação* devem ser instruídos com a devida *justificativa* de preços, ou, ainda,

com pesquisa comprovando que os **preços praticados são adequados ao mercado**, sendo a falha nesse procedimento passível de aplicação de multa.” (TCU, Ac. nº 2.724/2012 – Segunda Câmara – Enunciado – grifamos)

Em primeiro lugar, o profissional não está impedido de rever a valoração de seus honorários ou cachê, conforme o caso, pelos mesmos fundamentos expostos no Capítulo anterior, ou seja, respeito e homenagem ao princípio constitucional da livre iniciativa. Não haverá ilegalidade alguma, nem mesmo violação da moralidade ou da ética, caso o profissional escolhido venha a rever seus preços anteriores, passando a cobrar um valor maior do que vinha praticando nas últimas contratações, desde que se mantenha de acordo com o *mercado*. Há inúmeras situações que justificariam uma alteração na precificação dos honorários e cachês, como, por exemplo, a mudança de padrão profissional. Um palestrante que recebe um importante prêmio literário por obra de sua autoria, passa a transitar em outro padrão profissional e seu trabalho se torna mais valorizado. Logo, se a justificativa de preço leva em conta preços anteriores a essa premiação, acabaria tendo por base um falso parâmetro, pois aqueles valores diziam respeito a um padrão profissional não mais ocupado pelo escolhido.

Por isso mesmo, será absolutamente necessário que o agente responsável pela instrução do processo, ao pesquisar o *mercado*, faça a comparação do preço com outros possíveis executores que estejam inseridos dentro do mesmo padrão profissional do escolhido. Se a ideia de uma Secretaria Municipal de Cultura é contratar um “Trio Pé-de-Serra”

local para animar a festa de aniversário da cidade, não pode comparar seus preços com o de um artista ou banda de projeção nacional, pois vivem em mundos profissionais totalmente diferentes, o que faz com que a precificação de seus respectivos cachês seja também calculada de forma distinta.

Assim, a pesquisa deve ser realizada consultando os vários possíveis contratados e a justificativa de razoabilidade dos preços ficará dependente da demonstração de que o preço cotado pelo escolhido e aceito pela Administração encontra-se dentro da faixa aceitável de mercado.

Uma ressalva deve ser feita para certos casos em que não será possível parametrizar o profissional escolhido. Notadamente no setor artístico, haverá profissionais que não se enquadram em um “padrão” específico. Um Maestro internacionalmente reverenciado, com passagem na direção das melhores orquestras do planeta, mesmo não sendo único, está inserido em um padrão muito particular, o que inviabilizaria a comparação de seu cachê com outros do mesmo quilate. Para esses casos, a metodologia seria mesmo a de verificação de seus contratos anteriores.

Por fim, não se deve entender por compatibilidade de mercado o preço médio ou o menor preço dentre os possíveis executores. Se fosse possível escolher pelo preço, certamente estaríamos diante de uma hipótese de objeto licitável, e não é esse o caso.

José dos Santos Carvalho Filho⁸¹ aponta que a norma não é capaz de ditar com rigor todas as condutas que um agente administrativo deve assumir para exercer as funções que lhe são cometidas. Ante essa impossibilidade, para variadas situações a “própria lei oferece a possibilidade de valoração da conduta.” São os casos em que o agente, para expedir o ato, avaliará, com seu sentir íntimo, a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar porquanto na qualidade de administrador dos interesses coletivos. É exatamente o que ocorre em casos como esses. Quanto à escolha do profissional ou empresa de notória especialização que executará o serviço singular (art. 25, II c/c § 1º, da Lei nº 8.666/1993), assim discorreu, em lição lapidar, Eros Roberto Grau:

“Impõem-se à Administração - isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição - o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente (‘é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’), **aqui há prognóstico, que não se funda senão no requisito da confiança.** Há intensa margem de discricionariedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de notória especialização do contratado ou contratada.” (*Licitação e contrato administrativo - Estudos sobre a interpretação da lei.* São Paulo: Malheiros, 1995. p. 77) (grifamos)

81 *Op. Cit.*, p. 36.

Acerca desta afirmação, encontramos as sempre sóbrias palavras de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *in verbis*:

“portanto, cabe ao administrador avaliar se determinado profissional é ou não notório especialista no objeto singular demandado pela entidade, baseando-se, para tal julgamento, no desempenho anterior do candidato e nas demais características previstas no § 1º do art. 25 da Lei de Licitações. Quem, senão o administrador, poderá dizer se determinado instrutor é ‘essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’, [...] Apenas ele, mediante motivação em que relacione as razões da escolha, poderá identificar no professor ou na empresa contratada os requisitos essenciais impostos pelas particularidades do treinamento pretendido.” (*Contratação direta sem licitação*. 1. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1995. p. 306) (grifamos)

Idêntica é a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸², que, com a habitual precisão, esclarece, que:

“É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado — a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria — recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente *mais indicados do que os de outros*, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso. Há, pois, nisto, também um componente inelimitável por parte de quem contrata.”

82 *Op Cit.*, p. 497.

Logo, ao decidir pela pessoa do executor, mesmo que na fase de investigação de mercado se tenha encontrado profissionais ou empresas com preços menores do que aquele cotado pelo escolhido, o administrador manterá o seu poder discricionário, devendo, como já dito, justificar a razoabilidade da despesa.

Portanto, na contratação por inexigibilidade de licitação de serviços singulares ou profissionais do setor artístico, deve-se observar que:

- a) por haver pluralidade de mercado, a justificativa de preços deve ser instruída com base em pesquisa realizada pelos demais possíveis executores existentes, respeitado o padrão profissional do escolhido;
- b) não é fiel a justificativa que se baseia exclusivamente nos preços praticados anteriormente pelo próprio escolhido;
- c) o profissional ou empresa escolhido tem o direito de praticar o preço que reputar conveniente a cada caso concreto, não estando obrigado a manter preços anteriormente praticados;
- d) a Administração não estará obrigada a contratar o de custo mais baixo dentre os possíveis executores, por tratar-se de escolha absolutamente discricionária;
- e) a Administração apenas deixará de contratar caso entenda que o preço praticado está em patamar muito acima do praticado no mercado, caracterizando elevação arbitrária de preços ou se não ficar demonstrado que os benefícios a serem atingidos não compensarão a despesa.

Capítulo 19 – A justificativa de preços nas hipóteses de dispensa de licitação

A dispensa de licitação é a hipótese em que, embora viável o torneio licitatório, a Administração, por ato voluntário, afasta o *dever geral de licitar*, promovendo a escolha e a adjudicação do objeto diretamente ao executor por ela escolhido. Nada obstante tratar-se de um ato discricionário, o mesmo somente poderá ocorrer nas situações fáticas arroladas exaustivamente nos incisos do art. 24, da Lei 8.666/93. Trata-se, pois, de uma alternativa à licitação.

É muito comum nos órgãos públicos que o processo de escolha do executor, nas dispensas de licitação, seja realizado partindo do encaminhamento, pelo Setor de Compras (ou outro competente), de pedidos de cotações direcionados a empresas do ramo pertinente ao objeto pretendido e, a partir do recebimento de pelo menos três propostas, dentre elas, direcionar a escolha àquela que cotou o menor preço. Mas esse procedimento, ainda que não possa ser considerado ilegal, não é o mais adequado frente ao princípio constitucional da eficiência conforme será demonstrado adiante.

Quanto à escolha do executor (ou vendedor), nenhum problema pelo fato de a indicação ser feita diretamente pelo setor responsável, pois é ínsito da atividade de contratação por dispensa de licitação, a escolha ser um ato com certo teor de discricionariedade. Assim já se manifestou a Corte Federal de Contas:

“Nas contratações diretas não há que se falar em direcionamento ilícito, pois a escolha do contratado é opção

discrecionária do gestor, desde que satisfeitos os requisitos estabelecidos no art. 26 da Lei 8.666/1993: justificativa do preço, razão da escolha do contratado e, se for o caso, caracterização da situação emergencial.” (TCU, Ac. 1.157/2013)

Também se mostra correta a escolha recair no autor do menor preço. Como se trata de circunstância em que a licitação seria possível, ou seja, o objeto admite cotejamento de propostas por critérios objetivos de comparação, não seria razoável a escolha recair em proposta de valor mais elevado.

O problema dessa metodologia está na comunicação restrita da oportunidade. Conforme já citado anteriormente⁸³, “...a contratação direta (...) pressupõe um procedimento formal prévio, destinado a produzir a melhor escolha possível para a Administração...”.

Assim considerando, temos que reconhecer que o procedimento da contratação direta, mormente nos casos de dispensa, deve, tanto quanto possível, respeitar os princípios atinentes ao *dever geral de licitar*, dentre eles, o da *competitividade*, o da seleção da proposta mais vantajosa e o da isonomia. Assim, a justificativa de preços que deve instruir o processo de dispensa de licitação deve seguir os mesmos parâmetros e as mesmas bases que seriam utilizadas caso fosse realizado o torneio licitatório.

Em primeiro lugar, devem ser consultadas o maior número possível de empresas do ramo pertinente, não sendo adequado, em homenagem ao princípio da eficiência e da razoabilidade, que o órgão se contente com apenas três cotações. Aliás, nesse sentido:

⁸³ Op. Cit.

“Consulte, nas contratações em que seja aplicável a hipótese de dispensa de licitação, o maior número de possível de propostas de potenciais interessados, de modo a aperfeiçoar parâmetros de comparação quanto a escolha do fornecedor, do objeto a ser executado e a razoabilidade dos preços cotados.” (TCU, Acórdão 21/2006 Segunda Câmara)

Além disso, seria de ótimo alvitre que o setor de compras realizasse a análise de mercado exatamente como o faria caso estivesse diante de uma licitação, ou seja, consultar licitações, contratos e atas de outros órgãos, preços anunciados na internet. Tal procedimento viabilizaria excelentes condições de negociação com os proponentes aptos a celebrar contrato com o órgão. Inclusive, caso o órgão realize procedimento de Cotação Eletrônica de Preços⁸⁴, para viabilizar a hospedagem da cotação no sistema, terá que realizar a pesquisa de preços nos mesmos moldes da licitação.

Por fim, anote-se que nos casos de dispensa emergencial, em que a situação é altamente crítica, pode ser que não haja tempo necessário para que se realize a justificativa de preços previamente à celebração do contrato (como em uma catástrofe climática, por exemplo), exigindo que o Gestor adote a providência com um grau de imediatismo que conflitaria com o tempo normalmente gasto nos procedimentos de análise de mercado.

Mas, mesmo nessas situações excepcionais, e mesmo já tendo sido realizado o objeto do contrato emergencial, a análise de mercado deverá ser realizada, só que *a posteriori*, para dar fundamento de validade ao ato de pagamento.

84 Portaria n° 306, de 13 de dezembro de 2001, do MPOG.

Nessa etapa, caso a área responsável identifique que o preço cobrado pelo executor está acima da média de mercado, deverá empreender negociação junto ao executor de modo a viabilizar a redução do valor cobrado.

Capítulo 20 – A consulta de balcão (in loco) e por meio telefônico

Em trabalho publicado no ano de 2011, Jessé Torres e Marinês Restelatto⁸⁵ já admitiam ser possível o uso da consulta no balcão das empresas ou ainda a pesquisa realizada por meio de contato telefônico, como fonte idônea para apuração dos valores referenciais das contratações públicas, manifestando-se nos seguintes termos, *verbis*:

“O valor do objeto da licitação ou da contratação direta deve balizar-se segundo os preços praticados no mercado, a serem conferidos com os preços:

(...)

c) praticados no balcão, de empresas do ramo do objeto, inclusive por meio telefônico ou eletrônico, precatando-se, o agente responsável, de registrar a razão social da empresa consultada, a data, nome de quem prestou a informação, entre outros dados;

Nessa mesma linha, seguiu a norma interna do Tribunal de Contas da União, que baliza o procedimento de pesquisa de preços no âmbito de suas contratações:

85 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações e contratações diretas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 116, p. 921, ago. 2011.

Portaria Nº. 128, de 14 de maio de 2014

Art. 10. As pesquisas de preços no mercado poderão ser realizadas na internet, por telefone, via e-mail ou correspondência, em publicações especializadas, e pessoalmente junto a fornecedores por meio de representante da Administração do TCU, observadas as seguintes orientações:

(...)

II - no caso de pesquisa de preços realizada por telefone, devem ser registrados e juntados aos autos, o número do telefone, a data, o horário, o nome da empresa e das pessoas que forneceram o orçamento;

(...)

V - no caso de pesquisas de preço pessoalmente realizadas junto a fornecedores por meio de representante da Administração do TCU, deverá ser juntado aos autos documento em nome da empresa, contendo a data, o nome e a assinatura do representante ou responsável pelo fornecimento do preço.

Em que pese o elevado grau de respeitabilidade da doutrina acima transcrita, bem como a importância do normativo indicado, não as rejeitando, vejo com reservas o uso de tais fontes.

É regra comezinha do Direito que atos administrativos devem ser motivados e devidamente registrados nos autos do processo. Compete ao agente público usar de todos os meios disponíveis para a realização de seu ofício, visando alcançar o melhor resultado possível para o interesse público (princípio

da eficiência). Também é seu dever, diante de situações em que há caminhos variáveis, optar por aquele que representa a melhor solução dentre as viáveis (princípio da razoabilidade), ou, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁶, “escolher a solução ótima”.

Entendo que, em homenagem aos princípios acima elencados, o uso da pesquisa com visita pessoal do técnico do órgão nas empresas ou o uso da pesquisa realizada por contato telefônico devam ser lançadas apenas em caráter complementar, isto é, para somar mais dados ao conjunto já obtido nas demais fontes, as quais já tratamos aqui neste estudo. Deve-se evitar que a pesquisa pessoal ou telefônica sejam a principal (ou única) base de dados, pela fragilidade que as mesmas representam.

Ainda que se diga e se reconheça que o ato administrativo goza de presunção de veracidade e de legitimidade⁸⁷, nesses casos, o único registro que haveria nos autos do processo seria a “palavra” do agente. Mesmo que tenha registrado data, hora, nome e cargo da pessoa que o atendeu, tal registro seria de difícil resgate, em caso de pesar dúvidas sobre a própria veracidade do dado coletado, o que colocaria o agente em posição de extrema vulnerabilidade diante de uma auditoria ou tomada de contas. Isso porque, ao tentar ratificar a informação, a probabilidade de o atendente não mais estar vinculado àquela empresa é enorme, considerando

86 *Curso de Direito Administrativo*. 30^a, ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 98.

87 Esta prerrogativa só atinge os atos das pessoas jurídicas de direito público interno. Logo, nem podem suscitar tais atributos em seus atos as empresas públicas, sociedade de economia mista, as entidades do Sistema ‘S’ e os Conselhos Profissionais (Federal e Regional).

a alta rotatividade de funcionários na iniciativa privada. Na verdade, pode até ser que a própria empresa não esteja mais em atividade.

Por isso deve-se ter bastante cautela ao realizar-se consultas diretamente no balcão de empresas ou por contato telefônico, utilizando tais meios ou de forma complementar, ou ainda quando, justificadamente, não tiver sido possível obter dados fidedignos nas fontes de consulta usuais.

Capítulo 21 – A consulta formal realizada junto ao fornecedor

A forma mais clássica e usual de obtenção de dados de precificação é a consulta formulada diretamente aos fornecedores. No Capítulo 7, pudemos debater o quão ineficiente pode ser o método de apuração do *Valor de Referência* calcado exclusivamente na consulta a fornecedores, não só pela dificuldade de obter as chamadas “cotações”, como pela imprecisão da informação transmitida. De toda sorte, não significa que se deve ignorar por completo tal fonte, ainda mais se considerarmos que, para as contratações sem licitação, tais problemas praticamente desaparecem. Daí vemos pertinência em desdobrar algumas linhas a respeito dessa fonte de consulta, a fim de que a mesma possa ser melhor aproveitada.

Quanto à consulta formal (por escrito) dirigida ao fornecedor, assim orientam as duas normas que vimos tratando ao longo do desenvolvimento deste trabalho:

IN nº 5/2014/MPOG/SLTI

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

(...)

IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

Art. 3º Quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, estes deverão receber solicitação formal para apresentação de cotação.

Parágrafo único. Deverá ser conferido aos fornecedores prazo de resposta compatível com a complexidade do objeto a ser licitado, o qual não será inferior a cinco dias úteis.

Portaria TCU nº 128/2014:

Art. 10. As pesquisas de preços no mercado poderão ser realizadas na internet, por telefone, via e-mail ou correspondência, em publicações especializadas, e pessoalmente junto a fornecedores por meio de representante da Administração do TCU, observadas as seguintes orientações:

(...)

III - no caso de pesquisa de preços realizada por e-mail ou correspondência, deverão ser juntados aos autos o pedido e a resposta do fornecedor;

Art. 11. Para as pesquisas de preços no mercado via e-mail ou por correspondência deverão ser adotados os seguintes procedimentos:

I - após 5 (cinco) dias úteis, contados da emissão do e-mail ou da correspondência, não

havendo resposta, o responsável pela pesquisa de preços deverá reiterar o pedido;

II - decorrido o prazo de 20 (vinte) dias úteis, contado da emissão do primeiro e-mail ou da primeira correspondência, os procedimentos relacionados à estimativa de preços poderão ser continuados com base nas propostas já obtidas, ainda que em número inferior a 3 (três), desde que comprovado que os procedimentos previstos neste artigo foram adotados.

Não há muita distinção entre as disposições de ambos os normativos, sendo que a principal diferença está na Portaria 128/2014, do TCU, que fixa prazos para que o técnico responsável pela coleta de preços considere “não respondida” em caráter definitivo a consulta dirigida. No mais, ambas cuidam do que parece ser o óbvio. Afinal, conferir “prazo razoável” (IN 05/2014, art. 3º, par. único) para que o fornecedor responda a consulta é o mínimo que se pode esperar da Administração; não utilizar “cotações” com diferença de datas não superiores a 180 dias (IN 05/2014, art. 2º, IV) é uma disposição que sequer necessitava estar escrita, por não ser plausível que “cotações” oferecidas com tal margem de lapso temporal ainda estejam atuais; “juntar nos autos o pedido e a resposta do fornecedor” (Portaria 128/2014, art. 10, III) é também o mínimo que se espera da instrução do processo.

Penso que há dois aspectos que devem ser cuidadosamente observados no que se refere à consulta direta a fornecedores. O primeiro deles diz respeito às informações sobre o objeto a serem repassadas ao fornecedor consultado; o segundo é sobre o elemento formal da proposta.

A consulta formulada por correspondência ou por meio eletrônico (e-mail, caixa *fale conosco* no site da empresa etc.) deve descrever o objeto nos pormenores que possam influenciar decisivamente no preço. Se o fornecedor recebe uma consulta de uma Secretaria Estadual para precificar 100 unidades de um determinado equipamento, a partir das características técnicas básicas, o fornecedor vai levar em consideração que não será obrigatório entregar o equipamento com nenhum acessório e que a entrega será total e imediata.⁸⁸ Contudo, se o edital, ao ser publicado, contiver, por exemplo, obrigação de entrega em vários locais, inclusive no interior do Estado, claro que na formulação da proposta o licitante calculará o custo da distribuição conforme o edital, e isso tornará o preço mais elevado do que aquele informado na *cotação*.

Daí que a descrição do objeto a ser repassada ao fornecedor deve abordar as características físicas do objeto (medidas, funcionalidades, acessórios obrigatórios), bem como as características relacionadas ao contrato (quantidades, cronograma e local de entrega). Também devem ser informados os serviços acessórios aos quais o futuro contratado se obrigará caso vença a licitação, tais como montagem/instalação, assistência técnica e garantia.

88 Segundo o art. 40, § 4º da Lei 8.866/1933, considera-se total e imediata o fornecimento que tenha previsão de entrega total em até 30 (trinta) dias da apresentação da proposta.

Quanto às *cotações*, o analista deverá aplicar sobre as mesmas o mesmo rigor que empregaria se as estivessem recebendo numa licitação, recusando validade sobre a proposta que contenha um vício que inviabilize a sua recepção. Mas há uma pequena ressalva. Na licitação, a proposta viciada em elemento essencial não pode ser emendada e, portanto, seu destino é a desclassificação. Mas na fase interna da contratação, a *cotação*, que, em essência, não deixa de ser uma proposta, pode ser emendada, sem prejuízo para o processo, pois serve apenas como meio de informação de mercado, não chegando sequer a vincular o fornecedor.

As propostas constituem verdadeiras declarações de vontade. É a palavra (do proponente) empenhada ao oblato (destinatário da proposta). O efeito principal da proposta é a vinculação de seus termos que assume o proponente. Como corolário do princípio da boa-fé, se alguém se compromete com outrem, deve respeitar tal promessa nos termos em que foi formulada. No entanto, para que a proposta gere tal efeito, é necessário que a declaração de vontade não esteja viciada; que sejam cristalinos seus termos e identifique adequadamente seu objeto. Em lição clássica, Marcelo Caetano⁸⁹ ensina que as propostas, para serem apreciadas, devem ser “sérias, firmes e concretas”.

Séria é a proposta formulada com o intuito e a possibilidade de ser executada. A proposta inexequível não é considerada uma proposta séria na medida em que seu custo ou forma de execução não viabiliza o contrato. Uma *cotação* inexequível não constitui um dado fiel para o fim de apuração

89 CAETANO, Marcelo. *Manual de direito Administrativo*, 1ª ed., t 1, Rio de Janeiro, Forense, 1970, pág. 539.

de preço de mercado, porque se encontra muito fora da curva de preços.

Firme é a proposta formulada sem reservas, sem titubeio, sem senões. Se a *cotação* é apresentada com algum elemento condicionante ou resolutivo, igualmente deixa de se apresentar como um dado fidedigno, pois sua informação somente teria efeito real caso o elemento condicionante ou resolutivo se concretizasse. Seria a hipótese, por exemplo, de a *cotação* informar o valor condicionado a um determinado prazo de pagamento. Significaria que o valor informado somente seria praticado naquela condição estipulada, não representando um comportamento natural do mercado para aquele objeto.

Finalmente, *concreta* é a proposta cujo conteúdo ofertado encontra-se integralmente determinado nela mesma. A proposta indeterminada, aquela que não identifica o objeto de forma integral, não constitui dado idôneo, pois o preço estaria sendo formado a partir de um objeto que não se saberia exatamente o que é. Se a *cotação* informa o preço, mas não informa a marca do produto, temos uma proposta indeterminada, porquanto não identifica o objeto.

Conforme já nos adiantamos, sempre que o analista receber uma *cotação* que apresente falha em um desses três elementos, deverá solicitar ao fornecedor informante que a emende. Caso não o faça, o dado deve ser descartado do conjunto de dados coletados.

Capítulo 22 – Cuidados na instrução do processo e competência para realizar a Análise de Mercado

Uma vez realizada a análise de mercado, o técnico responsável deve juntar toda a documentação obtida, para fins de instrução do processo. Quando a consulta for com fornecedores, devem ser reunidos os pedidos de *cotação*, reiteraões desses pedidos e respectivas respostas. Já para os preços públicos (licitações de outros órgãos, atas de Registro de Preços, contratos) bastará a referência, tais como número da Ata, da licitação ou do contrato, e a data e veículo de publicação. Na hipótese de precificação com base em planilha de composição de custo relativa a contratos de serviços ou obras com outros órgãos, é de bom alvitre que seja juntada a cópia da planilha. Tabelas oficiais e publicações especializadas, quando consultadas, bastará a referência bibliográfica (editora, fonte, data de publicação). Quanto aos preços obtidos em sítios da rede mundial de computadores, deve ser juntada a cópia da página que serviu de dado de precificação.

Em relação à instrução do processo, podem ser adotadas duas rotinas: a) reunir a documentação e juntá-la nos autos; ou, b) arquivar a documentação em separado enquanto o processo tramita, levando-se para o processo apenas uma planilha resumo e as notas técnicas com a memória de cálculo, além das demais justificativas de aproveitamento dos dados coletados. Penso que a segunda alternativa é a melhor.

Se o processo é instruído desde o início com a documentação relativa à Análise de Mercado, é certo que os autos ficarão muito volumosos desde muito cedo. Isso pode se tornar contraproducente, porque o processo muito grande se torna muito mais difícil de ser manipulado (salvo os processos eletrônicos, é claro), além do risco de perda de documento.

Quanto à competência para a realização desse mister, é preciso reconhecer que uma das tarefas mais árduas em termos de governança corporativa no serviço público é atribuir “quem” deve fazer “o quê”. Como os órgãos públicos têm por hábito estabelecer rotinas e processos de forma burocrática, a atividade para a qual não se tem norma regulamentar acaba sendo dirigida de forma imprecisa e desprovida de técnica.

Nas entidades da Administração Pública, raramente encontramos normas ou regulamentos internos que associem processos de trabalho, com estabelecimento de competências bem definidas. E quando tal ocorre, a tarefa de realizar a análise de mercado acaba sendo encaminhada para os setores que tratam das licitações (setores de compras, secretarias de licitação), não raro desprovidos de maior preparo que possibilite uma adequada investigação de mercado.

É óbvio que, por mais estudiosos e dedicados sejam os servidores da área de licitações, não é possível crer que teriam plenas condições de precificar objetos de todos os segmentos. Esse *modus operandi* acarreta uma série de problemas que poderão conduzir a um resultado equivocado. Em primeiro lugar, os setores técnicos acabam não se envolvendo no processo, atuando como se fossem simples consultores.

Entendem que não é deles a responsabilidade pela pesquisa de preços, justamente por se tratar de um setor operacional e a atividade seria de cunho administrativo. Em segundo, o resultado da apuração de mercado tende a ser frágil, obtido a partir de dados não fidedignos. Logo, o resultado do certame (ou da contratação) tende a ser deserto ou fracassado.

A análise de mercado exige conhecimento técnico sobre o objeto a ser pesquisado, o que indique que seu responsável natural é o setor técnico especialista do objeto. Não faria qualquer sentido um profissional ou setor de outra área responsabilizar-se por esse encargo.

O setor especialista nem sempre coincide com o setor demandante, sendo importante diferenciá-los. Muitas vezes o órgão estabelece internamente que aquele que solicitar a contratação deverá especificar e precificar o objeto. Mas nem sempre o setor demandante é o especialista no objeto. Digamos que a Assessoria Jurídica necessite de um *scanner* de alta resolução, que servirá para digitalizar documentos e processos. Mas o órgão consultivo não é especialista em equipamentos de TI. É mero usuário. Caso permaneça com a responsabilidade de realizar a pesquisa de preços, certamente o fará sem a técnica adequada, pois não conhece tecnologias nem mesmo o mercado relativo a esse segmento, não tendo, assim, condições de realizar a adequada análise crítica dos dados coletados.

Haverá ainda casos em que a responsabilidade será compartilhada. Isso ocorre quando o objeto é afeto a duas áreas técnicas distintas. Caso típico das contratações de serviços de treinamentos. Normalmente, o setor que

centraliza e instrui o processo de contratação de cursos é o de Gestão de Pessoas, Setor de Treinamento ou ainda a Escola de Governo. Mas se o tema do curso pretendido é, por exemplo, relativo à área de TI. Assim, ambos os setores deverão avaliar, em conjunto, os dados de precificação obtidos no mercado, pois haverá circunstâncias específicas de cada especialidade, que deve ser tratada pelo respectivo especialista.

Nada impede, todavia, que o órgão monte um setor especializado em pesquisa de preços, capacitando seus servidores para tal mister. Há inúmeros itens que são adquiridos regularmente e que servem a todos os setores do órgão, representado uma rotina administrativa regular, tais como material de limpeza, material de expediente, material para pequenos reparos de obra civil, entre outros.

Capítulo 23 – As modificações introduzidas pela IN MPOG nº 3, de 20/4/2017

A Instrução Normativa em epígrafe, promoveu alterações significativas na Instrução Normativa nº 5/2014, notadamente, no que se refere ao uso das diversas fontes de pesquisa para o fim de obtenção do preço de referência para contratações governamentais no âmbito dos órgãos e entidades da União.

De fato, a despeito de ter sido a primeira norma a dar maior atenção a essa importante atividade da fase interna da contratação, seus dispositivos, a olhos vistos, careciam de revisão. Muito embora, a meu particular aviso, ainda sejam necessárias algumas adaptações, bem como maior

detalhamento para alguns procedimentos, sem dúvida já vemos um avanço que irá melhorar muito o dia a dia do técnico responsável pela investigação de mercado.

Visando não só esclarecer as mudanças como também apontar em quais pontos houve avanços e em quais reside a necessidade de adaptação, será adotada a sistemática de comentários dispositivo por dispositivo do novo normativo a partir do quadro comparativo. Senão, vejamos:

| IN nº 5/2014 | Redação pela IN nº 3/2017 |
|--|--|
| Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização de um dos seguintes parâmetros: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 7, de 29 de agosto de 2014) | Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização de um dos seguintes parâmetros: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 7, de 29 de agosto de 2014) |

A redação do *caput* do art. 2º ficou mantida, o que é uma lástima. Apesar de os incisos apontarem várias fontes possíveis de serem investigadas, segundo o que ali se encontra disposto, a atividade de coleta de dados será satisfeita a partir da busca a ser realizada por apenas uma dessas fontes.

É preciso compreender que a atividade de *análise de mercado*, expressão que, conforme nosso primeiro texto deste ensaio, melhor define a atividade em tela, é, em essência, uma pesquisa estatística. E, como é comecinho, um resultado estatístico será mais ou menos preciso a depender da quantidade de dados (naquele mesmo texto explicamos porque também preferimos ao termo “cotação”) e do maior

número de fontes possível. Uma pesquisa de opinião ou de satisfação do cliente deve abranger todas as faixas etárias, classes sociais e níveis de escolaridade e, dependendo do objeto da pesquisa, várias regiões. O IBGE, por exemplo, define a metodologia para o cálculo do SNIPC:⁹⁰

O Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor - SNIPC, consiste em **uma combinação de processos** destinados a produzir índices de preços ao consumidor. [...] O sistema abrange as regiões metropolitanas do Rio de Janeiro, Porto Alegre, Belo Horizonte, Recife, São Paulo, Belém, Fortaleza, Salvador e Curitiba, além do Distrito Federal e do município de Goiânia. **É a partir da agregação dos índices regionais referentes a uma mesma faixa de renda** que se obtém o índice nacional. Os índices mensais resultam, regra geral, da comparação dos preços vigentes nos 30 (trinta) dias do período de referência com os 30 (trinta) do período base. A coleta integral de preços se dá a cada período de 30 (trinta) dias que é segmentado, sem interrupção, em 4 (quatro) subperíodos. Cada um deles contém cerca de 7 (sete) dias com datas definidas através do Calendário Anual de Coleta do SNIPC. Em um subperíodo efetua-se a coleta de uma quarta parte fixa de estabelecimentos. Desta forma, é possível extrair do sistema índices com períodos base e de referência de 30 (trinta) dias ao final de cada conjunto de quatro subperíodos. Os índices podem ser obtidos para diversas populações-objetivo desde que estejam disponíveis as respectivas estruturas de ponderações correspondentes a famílias de diferentes faixas de rendimento mensal. (grifo acrescentado)

90 Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/informet.shtml>. Acesso em: 4/5/2017.

Como visto, o cálculo procura várias regiões, períodos e famílias, de modo a ter o resultado mais preciso possível.

Ora, se a norma admite que o resultado será validado a partir da busca de apenas uma das fontes, é nítido que o mesmo tenderá à imprecisão, pois não levará em consideração as variáveis de mercado que somente surgiriam em outras fontes. Aliás, o Tribunal de Contas da União já estava sensível a esse aspecto técnico quando do exame dos seguintes precedentes:

Enunciado: A deflagração de procedimentos licitatórios exige estimativa de preços que pode ser realizada a partir de consultas a fontes variadas, como fornecedores, licitações similares, atas de registros de preço, contratações realizadas por entes privados em condições semelhantes, entre outras. No entanto, os valores obtidos por meio dessas consultas que sejam incapazes de refletir a realidade de mercado devem ser desprezados.

[...]

6. Para a estimativa do preço a ser contratado, é necessário consultar as fontes de pesquisa que sejam capazes de representar o mercado. A propósito, o Voto que conduziu o Acórdão 2.170/2007 - TCU - Plenário, citado no relatório de auditoria, indica exemplos de fontes de pesquisa de preço, in verbis: *“Esse conjunto de preços ao qual me referi como ‘cesta de preços aceitáveis’ pode ser oriundo, por exemplo, de pesquisas junto a fornecedores, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos - inclusos aqueles constantes no Comprasnet -, valores registrados em atas de SRP, entre outras*

fontes disponíveis tanto para os gestores como para os órgãos de controle - a exemplo de compras/contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública -, desde que, com relação a qualquer das fontes utilizadas, sejam expurgados os valores que, manifestamente, não representem a realidade do mercado.
(Ac. 868/2013-Plenário)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.3. dar ciência ao Ministério da Justiça de que:

9.3.1. no âmbito do Pregão Eletrônico 28/2014, constatou-se que o orçamento estimado foi elaborado com base tão somente em consulta a fornecedores, contrariando jurisprudência do TCU no sentido de que, na elaboração de orçamento na fase de planejamento da contratação de bens e serviços, bem como quando da demonstração da vantajosidade de eventual prorrogação de contrato de serviço contínuo, **devem ser utilizadas fontes diversificadas, a fim de dar maior segurança no que diz respeito aos valores a serem adjudicados;**

9.3.2. para fim de orçamentação nas licitações de bens e serviços, devem ser priorizados os parâmetros previstos nos incisos I e III do art. 2º da IN SLTI/MPOG 5/2014, quais sejam, “Portal de Compras Governamentais” e “contratações similares de outros entes públicos”, em detrimento dos parâmetros contidos nos incisos II e IV daquele mesmo art.

2º, isto é, “pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo” e “pesquisa com os fornecedores”, cuja adoção deve ser vista como prática subsidiária, suplementar; (Ac. 1.445/2015-P) (grifo acrescentado)

ACÓRDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.2. determinar ao Controle Interno do Exército Brasileiro, com fundamento no art. 250, inciso II, do RITCU, que:

9.2.1. oriente as unidades do Exército Brasileiro no sentido de que:

9.2.1.1. na elaboração de orçamento, durante a fase de planejamento da contratação de bens e serviços, devem ser utilizadas fontes diversificadas, a fim de dar maior segurança no que diz respeito aos valores a serem adjudicados, priorizando-se os parâmetros previstos nos incisos I e III, do art. 2º, da IN SLTI/MPOG 5/2014, relacionados com o Portal de Compras Governamentais e com as contratações similares de outros entes públicos, sobre os parâmetros contidos nos incisos II e IV do mesmo art. 2º, com relação à pesquisa junto à mídia especializada, em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, e junto a fornecedores, cuja adoção deve ser vista como prática subsidiária e suplementar;

Perdeu-se uma excelente oportunidade de aperfeiçoar esse dispositivo, que se manteve na contramão da ciência estatística, bem como do posicionamento mais recente da Corte Federal de Contas.

| IN nº 5/2014 | Redação pela IN nº 3/2017 |
|---|---|
| I - Portal de Compras Governamentais - www.comprasgovernamentais.gov.br ; | I - Painel de Preços disponível no endereço eletrônico: http://paineldeprescos.planejamento.gov.br ; |

Foi significativa a alteração promovida no inc. I. Não pela norma em si, mas em razão da criação, pelo Ministério do Planejamento, de uma ferramenta de pesquisa muito mais ágil e interativa do que a anterior. Os operadores bem sabiam como era difícil realizar consultas no Portal de Compras do Governo Federal, pois era necessário indicar uma série de referências, tais como o número da UASG ou o nome do órgão. Com isso, não era possível realizar uma pesquisa ampla, mas pontualmente por UASG.

O painel de preços é uma ferramenta que pretende oferecer ao usuário uma evolução no procedimento de pesquisa, pois reúne as informações de contratações de todos os órgãos e entidades integrantes do SISG. Algo mais aproximado aos sistemas privados que já existem no mercado, porém restrito às contratações da União. Mas o sistema ainda vai levar algum tempo em evolução para atingir integralmente seu objetivo.

Um dos problemas reside no fato de que as informações constantes do Portal não são padronizadas. Pelo fato de o sistema ser alimentado pelos próprios gestores, ainda ocorre, com enorme frequência, que um mesmo item receba nomenclaturas diferentes, o que dificulta bastante a pesquisa. Se o analista pesquisar por “material de escritório”, o resultado

da busca não alcançará os contratos ou atas de registro de preços relativos a “material de expediente”, a despeito de se tratar do mesmo objeto. Com isso, a qualidade do resultado da pesquisa ficaria comprometido.

| IN nº 5/2014 | Redação pela IN nº 3/2017 |
|--|---|
| <p>§ 1º No caso do inciso I será admitida a pesquisa de um único preço. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 7, de 29 de agosto de 2014)</p> | <p>§ 1º Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II e demonstrado no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência.</p> |

Nesse caso andou bem o normatizador. A redação anterior era absolutamente burra, pois admitia a absurda ideia segundo a qual um único dado poderia ser considerado como *média de mercado*. Pelas razões que foram expostas nos comentários do *caput* do presente artigo, essa era uma ideia nitidamente contrária aos requisitos científicos mais basilares da ciência estatística. Era quase um arbitramento de preços estimado.

A nova redação abre espaço para que a coleta de dados não se restrinja a apenas uma fonte ou mesmo a um único dado. Possibilita o uso das várias fontes possíveis de consulta, de forma combinada ou não. O problema reside no fato de que a norma parece dar uma discricção ao agente responsável pela pesquisa, quando, em verdade deveria ser vinculado, aliás, como já enxergado pelo TCU, como indicado no precedente acima transcrito.

De todo modo, ainda que não esteja no formato ideal, já se considera um bom avanço.

| IN nº 5/2014 | Redação pela IN nº 3/2017 |
|--|---|
| § 2º No âmbito de cada parâmetro, o resultado da pesquisa de preços será a média ou o menor dos preços obtidos. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 7, de 29 de agosto de 2014) | § 2º Serão utilizados, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados. |

Aqui também se nota um aprimoramento na orientação metodológica. Na redação anterior, era admitido como resultado da pesquisa a média (aritmética simples), que é o quociente da soma de todos os dados não classificados pelo número desses dados, ou o menor dos preços obtidos. Agora também é admitida a possibilidade de utilizar como resultado a mediana.

A mediana é uma medida de localização do centro da distribuição dos dados. Ordenados os dados coletados (preços), a mediana será o valor, pertencente ou não ao conjunto de dados, que o divide ao meio. O resultado obtido indicará que 50% dos dados são menores ou iguais à mediana e os outros 50% são maiores ou iguais à mediana.

Alguns estatísticos indicam que a média aritmética simples é *burra*, pois ela se contamina com qualquer dado que seja discrepante quando há menos de 28 dados coletados. Parte deles concorda que o ideal seria a utilização da média harmônica, também chamada de média subcontrária. A média harmônica é utilizada quando os dados coletados representam uma relação de grandezas inversamente proporcionais, como ocorre no caso do cálculo de velocidade média (tempo x velocidade). Se admitirmos que em um conjunto de dados de precificação teremos preços elevados empurrando a média para cima e, ao mesmo tempo, preços muito reduzidos puxando a média para baixo, realmente, a média harmônica parece ser uma solução mais adequada. Todavia, a nova redação mantém o principal problema anotado na redação anterior, qual seja a possibilidade de utilização do menor preço obtido.

Não é razoável admitir que, após uma pesquisa ampla de preços, seja dado como preço de referência o menor dos valores encontrados, pois este representaria apenas a ponta inicial da curva de mercado. Para fins de planejamento da despesa, o preço referencial a ser considerado deve ser aquele em torno do qual provavelmente as despesas serão efetivamente realizadas. De nada adiantaria uma representação ficta, pois poderá mesmo inviabilizar a própria licitação com a ausência de propostas. Tal resultado abriria espaço para uma solução, no mínimo, absurda e totalmente oposta aos objetivos constitucionais do *Princípio do Dever Geral de Licitar* (CF/88, art. 37, inc. XXI), qual seja, a contratação com dispensa de licitação (art. 24, inc. V, da Lei nº 8.666/1993). O apontamento do menor preço obtido como

valor de referência equivale ao de um simples *arbitramento*, o que é refutado pelo Tribunal de Contas da União:

“Abstenha-se de utilizar a variação de índice inflacionário para estimar o custo de bens e serviços a serem licitados, realizando, para tal mister, a devida pesquisa de mercado, nos termos do art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993.” (Acórdão 2361/2009 Plenário)

| IN nº 5/2014 | Redação pela IN nº 3/2017 |
|---|--|
| § 3º A utilização de outro método para a obtenção do resultado da pesquisa de preços, que não o disposto no § 2º, deverá ser devidamente justificada pela autoridade competente | § 3º Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados pela autoridade competente. |

O texto anterior remetia ao disposto no § 2º que, conforme abordado alhures, limitava a metodologia de obtenção do resultado da pesquisa a duas hipóteses: a média simples ou o menor dos preços obtidos. Na inovação, acrescentou-se a *mediana*.

O antigo parágrafo terceiro, como pode ser visto, dispunha sobre a possibilidade de uso de outra metodologia de obtenção do resultado. Em outro dizer, limitava-se a tratar do método do resultado. A novel redação faz supressão de duas partes importantes: eliminou a expressão “[...] para obtenção do resultado [...]” e “[...] que não o disposto no § 2º”.

Isso significa que a norma passou a admitir que outros métodos e critérios poderão ser adotados, não só para a obtenção do resultado, mas em relação à própria pesquisa, com o cuidado de ser justificada a sua adoção.

Nada obstante, há um grupo de intérpretes que tem emprestado interpretação restritiva ao dispositivo em tela, ignorando a alteração promovida, entendendo que a possibilidade de utilização de metodologia não explicitada na norma seria apenas em relação ao cálculo do resultado, mantendo engessada a metodologia também para pesquisa. Não é verdade.

A utilização de métodos e critérios diversos daqueles elencados na norma, desde que justificado tecnicamente, alcança tanto as fontes, como a forma de cálculo. E não poderia ser diferente. A variação quase infinita de casuísmos a que a norma poderá alcançar não poderia limitar a forma de investigação de mercado, sob pena de inviabilizar a obtenção de seu resultado.

Assim, poderão ser utilizadas outras fontes, como consulta de balcão ou por meio telefônico, admitida pela doutrina⁹¹ e por outros normativos⁹²; e outras formas de cálculo do resultado, como a média harmônica ou o coeficiente de variação.

91 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações e contratações diretas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 116, p. 921, ago. 2011.

92 Portaria TCU nº 128, de 14.5.2014, art. 10, *caput*.

| IN nº 5/2014 | Redação pela IN nº 3/2017 |
|--|---|
| § 4º No caso do inciso IV, somente serão admitidos os preços cujas datas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. | § 4º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados. |

O parágrafo anterior foi completamente eliminado, mas a sua disposição foi levada para o inc. IV do art. 2º, o que nos parece ser mais razoável. Ou seja, as cotações de fornecedores somente poderão ser utilizadas caso não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

O atual § 4º traz redação que realmente faltava no texto original, qual seja a obrigação (sim, o ato é vinculado) de que os dados coletados sofram análise crítica do técnico responsável, a fim de que este possa verificar se, de fato, o valor compõe a realidade do mercado.

Entretanto, cumpre esclarecer que esse dever não está limitado aos casos em que os dados coletados estejam muito díspares entre si. O dever se estende a qualquer dado coletado, pois a inconsistência pode ser oriunda de razões diversas, por exemplo, especificação mal informada, ou uma ata de Registro de Preços que, embora em vigor, não esteja gerando negócios.

O dever de criticar os dados obtidos há muito tempo é alvo das intervenções do Tribunal de Contas da União. À guisa de exemplo, veja-se o seguinte precedente:

A pesquisa de preços que antecede a elaboração do orçamento de licitação demanda avaliação crítica dos

valores obtidos, a fim de que sejam descartados aqueles que apresentem grande variação em relação aos demais e, por isso, comprometam a estimativa do preço de referência. Representação que segundo a autora, a estimativa de preços que integrou o projeto básico da licitação revelou-se inconsistente, visto que os valores pesquisados apresentaram grandes variações de preços, *“suficientes para se afirmar que a média desses preços não se presta para representar os preços praticados no mercado”*. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu apenar os responsáveis com multa do art. 58 da Lei nº 8.443/1992. Precedente mencionado: Acórdão 1.108/2007-Plenário. **Acórdão 403/2013-Primeira Câmara, TC 013.319/2011-6, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 5.2.2013.**

| IN nº 5/2014 | Redação pela IN nº 3/2017 |
|---|--|
| <p>§ 5º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores.</p> | <p>§ 5º Para descon sideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.</p> |
| <p>§ 6º Para a obtenção do resultado da pesquisa de preços, não poderão ser considerados os preços inexequíveis ou os excessivamente elevados, conforme critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.</p> | <p>§ 6º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores.</p> |

A nova redação do § 5º orienta no sentido de que o descarte de dados sempre será dependente da utilização de critérios objetivos. Não se admitirá o juízo pessoal do técnico como balizador da decisão de desconsiderar este ou aquele preço obtido.

Conforme já visto, ao se utilizar a fonte *licitações* é possível que o técnico verifique que do seu resultado final, o preço vencedor pode ter ficado muito abaixo dos demais, o que significaria, no mínimo, uma inexecuibilidade relativa⁹³. Ou ainda, perceber, a partir da análise da Ata de Julgamento, que os últimos classificados não movimentaram seus preços durante a fase competitiva, o que certamente significaria preço mais situado na parte de cima da faixa de mercado, ou mesmo acima dela. O descarte desses preços encontraria justificativa objetiva, com base nos dados coletados.

Pode ser que não seja possível perceber, de forma objetiva, uma eventual discrepância entre os preços obtidos. Pode não ser tão aparente a razão das diferenças encontradas. Para esse fim, poderá ainda ser utilizada a fórmula de cálculo de dispersão, com base em desvio padrão. O coeficiente de variabilidade será alvo do nosso próximo e último texto, no qual melhor explicitaremos sua metodologia.

Certo é que, ao aplicar uma fórmula matemática, elimina-se, por completo, o subjetivismo da decisão, tornando estável o modo de tratamento dos dados coletados.

O § 6º apenas repete o texto do antigo § 5º, não trazendo nenhum impacto nos procedimentos.

93 Para Marçal Justen Filho, a inexecuibilidade relativa não deve gerar a desclassificação da proposta na licitação. *Comentários...*, p. 653.

Capítulo 24 – O tratamento crítico dos dados coletados: uma proposta de método de cálculo de dispersão dos preços obtidos para afastamento de valores discrepantes⁹⁴

(com a colaboração do Prof. Joandyr Pintas)

Conforme já pudemos ver neste trabalho, quaisquer que sejam os dados coletados, não importando a fonte consultada (licitações, fornecedores, atas de SRP, contratos de outros órgãos, *Internet*), é primordial que neles se faça uma análise crítica, de forma a evitar que preços discrepantes em relação à faixa média do mercado possam ser incluídos na memória de cálculo, atraindo resultado irreal sobre a média efetiva de mercado. Foi, aliás, a principal alteração introduzida pela Instrução Normativa MPDG nº 3, de 20 de abril de 2017:

Art. 2º. *Omissis*

§ 2º Serão utilizadas, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, **desconsiderados os valores inexecutáveis e os excessivamente elevados**

[...]

4º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica,

94 Este Capítulo contou com a colaboração do Professor Joandyr Pintas.

em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados (grifei).

No mesmo sentido, está encaminhada a norma interna dos procedimentos de pesquisa de preços no Tribunal de Contas da União, regulada pela Portaria TCU nº 128, de 14 de maio de 2014:

Art. 9º. *Omissis*

§ 1º No cálculo da média aritmética simples a que se refere o *caput* deverão ser excluídos os valores extremos e desarrazoados que possam alterar significativamente a tendência central do resultado da amostra.

E é fácil entender a razão desse cuidado. Por tratar-se de uma pesquisa que visa encontrar um certo *comportamento* de mercado quanto à formação de preço de um determinado produto ou serviço, é claro que o resultado do trabalho deve estar afinado com a efetiva realidade de seu segmento. Na medida em que um ou outro dado esteja fora dessa sintonia, o resultado final tende a ser distorcido, o que provocaria uma ideia falseada da real faixa de preços, acarretando planejamento ineficiente para a Administração.

A análise crítica visa justamente prover o técnico responsável de um mínimo de confiabilidade em relação ao dado coletado. Vários fatores podem influenciar na recepção de um dado não fidedigno. Uma licitação realizada por outro órgão público pode ter anotado como vencedor um preço relativamente inexequível⁹⁵; uma Ata de Registro de Preços ainda em vigor, mas perto de caducar, pode não estar mais

⁹⁵ Vide nota 76.

gerando negócios por ter registrado um preço não mais suportável pelo beneficiário da Ata; um contrato em vigor, já na terceira prorrogação, pode não ter sofrido a repactuação ordinária por preclusão do direito ao reajustamento em razão da inércia do contratado⁹⁶. Na ocorrência de qualquer uma dessas circunstâncias, o planejamento financeiro da contratação já estaria comprometido.

Daí a necessidade de o agente responsável se debruçar sobre cada um dos dados coletados, antes de considerar os preços obtidos durante a pesquisa como válidos, a fim de identificar possíveis fragilidades.

Bom lembrar que *preço de mercado* deve ser entendido como sendo uma faixa de valores dentro da qual transitam os preços do produto a ser pesquisado. O resultado da pesquisa deve ser um valor que se situe na parte central dessa faixa, porquanto ser o ponto em que reside a maior probabilidade de se situarem as propostas. Se a Administração fixa como valor de referência um valor mais próximo da base das cotações, aumentam as chances de a licitação ficar inviabilizada por ser um preço não suportável pela maioria dos proponentes; se, ao contrário, o preço de referência ficar mais próximo da ponta superior, estaria aberta a possibilidade de não ser selecionada a proposta mais vantajosa, ou até mesmo a prática de sobrepreço. Daí porque a IN nº 5/2014, com a redação que lhe foi dada a IN nº 3/2017, atribui como resultado da pesquisa, a média, a mediana ou o menor dos preços obtidos.

96 IN MPOG/SLTI nº 2/2008, art. 40, § 7º – As repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

Todavia, mesmo após o operador realizar análise crítica dos dados, pode ser que algum dos preços obtidos e já filtrados ainda permaneça aparentemente fora da curva média, podendo significar sobrepreço ou preço inexequível, mas cuja identificação não foi possível determinar de forma segura. Um exemplo bem ilustrará o que ora se afirma. Veja-se o quadro a seguir:

| <i>FONTES DE DADOS</i> | | <i>DADOS COLETADOS</i> |
|-------------------------------|------------------------------|-------------------------------|
| 1. | Licitação Pregão nº 001/2017 | R\$ 600,00 |
| 2. | Ata de RP nº 003/2017 | R\$ 1.050,00 |
| 3. | Contrato nº 004/2017 | R\$ 1.080,00 |
| 4. | Shoptime.com | R\$ 1.100,00 |
| 5. | Dias & Dias Parados Ltda-ME | R\$ 1.400,00 |

Nota-se que os dados 1 e 5 estão, aparentemente, muito distantes dos demais. Partindo da premissa segundo a qual os dados inseridos já sofreram análise crítica e não foram identificadas razões para descartá-los, ou seja, concluiu-se que todos são preços válidos e suportáveis. Assim o próximo e necessário passo é verificar se todos esses dados podem ser aproveitados para cálculo do preço referencial.

Para esses casos, não será correto que se faça o descarte de um dado apenas por obra de uma valoração subjetiva e pessoal do analista, pois esse método pode representar um equívoco em relação justamente à concentração da média. Razão disso é que a atual Instrução Normativa nº 5/2014 prevê, em seu art. 2º, § 5º, que a desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados deve ser realizada

a partir de critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

Sabendo-se que a média aritmética simples e a mediana se contaminam com a presença de resultados muito baixos ou muito elevados, a ideia é investigar se o conjunto de dados coletados na pesquisa realizada é ou não homogêneo. Se o conjunto de dados for homogêneo, todos os dados poderão ser aproveitados, pois significa que não há nenhum elemento que contamine o resultado final; se for heterogêneo, significará que dentre os dados obtidos, há um ou mais que distorcem o resultado final, devendo, por isso, ser eliminado. Uma das técnicas para se fazer tal verificação é a utilização do método do Coeficiente de Variabilidade.

O Coeficiente de Variabilidade (CV) é um método seguro para analisar a dispersão, em termos relativos, de seu valor médio quando duas ou mais séries de valores apresentam discrepâncias. Assim, podemos dizer que CV expressa o grau de variação dos valores, excluindo-se a influência da ordem de grandeza da variável, ou seja, os valores discrepantes. Seu cálculo é feito a partir da aplicação da seguinte fórmula:

$$CV = (S \div \bar{X}) \times 100$$

Onde,

S → é o desvio padrão da série dos valores

\bar{X} → é a média aritmética da série dos valores

CV → é o coeficiente de variação

O CV calcula a taxa de dispersão dos dados, isto é, grau de afastamento daquele valor em relação à média do conjunto a que pertence, razão pela qual seu resultado é dado em porcentagem (%). Quanto menor o CV, mais homogêneo será o conjunto dos valores analisados. Utiliza-se o limite de até 25% para se afirmar que os valores apresentados (no caso desse estudo, os preços) não possuem discrepâncias ou valores fora do padrão de preços.

Aplicando-se a metodologia ora apresentada numa planilha eletrônica, podemos observar que o trabalho de escolha do preço de referência no planejamento de uma licitação fica mais simples e seguro. Mais ainda: torna-se padronizado, o que confere estabilidade à rotina administrativa, que não será flexibilizada ao nuto do analista responsável. Como sempre, um exemplo se mostrará bastante útil para compreensão da presente proposta metodológica. Com base no quadro acima proposto, montamos a planilha com as fórmulas acima, obtendo o seguinte resultado:

| Pesquisa de Preços - Prof. Luiz Claudio de Azevedo Chaves | | | | | |
|---|--|--|--------|-----------|------------|
| Objeto | | | CP | RG | Quantidade |
| Servidor 16GB | | | 85.067 | 2222/2017 | 10 |

| COTAÇÃO MÉDIA DE PREÇOS REGULARES ==> | | | | R\$ 1.046,00 | Coefficiente Variabilidade | OK! Cotações com Preços Regulares |
|---------------------------------------|----|-------------------------------|------------------------------------|--|----------------------------|--------------------------------------|
| Cotação Desconsiderada | Nº | Dados Coletados | 1º Inserir Preços Cotados e Manter | 1º Repetir Preços Cotados 2º Deletar Preços Irregulares | 24,50% | |
| | 1 | Licitação Pregão no. 001/2017 | 600,00 | 600,00 | 12,19% | |
| | 2 | Ata de RP no. 03/2017 | 1.050,00 | 1.050,00 | 27,42% | |
| | 3 | Contrato no. 004/2017 | 1.080,00 | 1.080,00 | 27,55% | |
| | 4 | Shoptime.com | 1.100,00 | 1.100,00 | 27,59% | |
| | 5 | Diaz & Diaz Danadon Ltda. ME | 1.400,00 | 1.400,00 | 31,64% | |

Nota-se que o CV ficou em 24,50%, o que indica que todos os dados coletados se encontram dentro de uma margem aceitável da concentração da média do conjunto de dados coletados. Caso o analista fizesse essa exclusão “de olho”, provavelmente teria retirado da base de cálculo um preço correto. Vamos agora a outra simulação, agora com o CV maior que 25%:

| Pesquisa de Preços - Prof. Luiz Claudio de Azevedo Chaves | | | | | | |
|---|----|-------------------------------|------------------------------------|--|----------------------------|--|
| Objeto | | | CP | RG | Quantidade | |
| Servidor 16GB | | | 85.067 | 2222/2017 | 10 | |
| COTAÇÃO MÉDIA DE PREÇOS REGULARES ==> | | | | | Coefficiente Variabilidade | Desconsiderar Cotação Indicadas Abaixo |
| Cotação Desconsiderada | Nº | Dados Coletados | 1º Inserir Preços Cotados e Manter | 1º Repetir Preços Cotados 2º Deletar Preços Irregulares | 25,65% | |
| | 1 | Licitação Pregão no. 001/2017 | 570,00 | 570,00 | 12,19% | Desconsiderar Coleta |
| | 2 | Ata de RP no. 03/2017 | 1.050,00 | 1.050,00 | 28,74% | |
| | 3 | Contrato no. 004/2017 | 1.080,00 | 1.080,00 | 28,87% | |
| | 4 | Shoptime.com | 1.100,00 | 1.100,00 | 28,91% | |
| | 5 | Dias 8. Dias Datas Ltda. ME | 1.400,00 | 1.400,00 | 31,17% | |

Percebe-se agora que o CV ficou em 25,65%, o que indica que há pelo menos um dado que se afasta do grau aceitável de concentração da média do conjunto de dados. E, nesse caso, a planilha indicou que o dado 1 é justamente aquele que desvirtuará o resultado final, caso mantido, indicando que o mesmo deve ser desconsiderado da memória de cálculo do preço referencial. Retirando-se o referido valor, teremos o seguinte resultado:

Pesquisa de Preços - Prof. Luiz Claudio de Azevedo Chaves

| Objeto | CP | RG | Quantidade |
|---------------|--------|-----------|------------|
| Servidor 16GB | 85.067 | 2222/2017 | 10 |

| COTAÇÃO MÉDIA DE PREÇOS REGULARES ==> | | | | R\$ 1.157,50 | Coefficiente Variabilidade | OK! Cotações com Preços Regulares |
|---------------------------------------|----|---------------------------------|------------------------------------|--|----------------------------|--------------------------------------|
| Cotação Desconsiderada | Nº | Dados Coletados | 1º Inserir Preços Cotados e Manter | 1º Repetir Preços Cotados 2º Deletar Preços Irregulares | 12,19% | |
| Desconsiderada | 1 | Licitação Pregão no. 001/2017 | 570,00 | | 12,19% | |
| | 2 | Ata de RP no. 03/2017 | 1.050,00 | 1.050,00 | 12,27% | |
| | 3 | Contrato no. 004/2017 | 1.080,00 | 1.080,00 | 13,06% | |
| | 4 | Shoptime.com | 1.100,00 | 1.100,00 | 13,46% | |
| | 5 | Diag. P. Diag. Parados Ltda. ME | 1.400,00 | 1.400,00 | 14,18% | |

Uma vez que o preço discrepante foi retirado, o CV caiu para 12,19%, indicando que os dados restantes podem ser utilizados na cesta de cálculo da média para fixação do valor de referência.

Frise-se que o “descarte” de dados coletados, seja em fase preliminar (logo após sua coleta), seja a partir da aplicação do cálculo do CV, só deve atingir a memória de cálculo, não o processo. Em outro dizer, significa que, em homenagem ao dever de eficiência (CF, art. 37, *caput*), todos os preços obtidos durante os atos de pesquisa devem permanecer nos autos do processo administrativo correspondente, ainda que tenham de ser excluídos do cálculo do *Valor de Referência*.

Destarte, como boa prática de rotina administrativa, no tratamento dos dados coletados para fins de precificação, bem como em atenção ao disposto no art. 2º, § 4º, da IN nº 5/2014, com a redação que lhe deu a IN nº 3/2017:

- a) os dados coletados, qualquer que tenha sido a fonte, deve passar por processo de crítica, a fim de identificar possível formação errônea de preço, sobrepreço ou preço inexequível;

- b) após a realização da análise crítica recomenda-se o uso de técnica de cálculo de dispersão, a fim de identificar o grau de concentração do conjunto de dados em relação à sua média;
- c) o Coeficiente de Variabilidade (CV) é um dos métodos mais eficientes para determinação do grau de confiabilidade dos dados coletados;
- d) quando o CV for igual ou inferior a 25%, será considerado o conjunto de dados homogêneos e adotada a média aritmética de todo o conjunto;
- e) quando o CV for superior a 25%, será considerado o conjunto de dados heterogêneos e será adotada a média aritmética do subconjunto de dados homogêneos, excluindo-se aquele que a fórmula de dispersão identificou como sendo o dado discrepante; e,
- f) os registros de todos os dados coletados devem ser mantidos nos autos do processo, independentemente de aproveitamento ou não na memória de cálculo, demonstrando o caminho percorrido pelo analista até chegar ao resultado final, em homenagem ao dever constitucional de eficiência.

■ BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

— Lei n.º 4.320, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

— Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

— Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública. Brasília: Senado, 2002.

— Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Lei do Pregão. Brasília: Senado, 2002.

— Lei n.º 10.520, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Brasília: Senado, 2002.

BRÄUNERT, Rolf Dieter, *Como elaborar editais e contratos para obras e serviços de engenharia*. 3ª. ed. JML. Curitiba, 2014.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito Administrativo*. 1ª ed., t 1, Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CAMPITELI, Marcus Vinicius. Medidas para Evitar o Superfaturamento Decorrente dos “Jogos de Planilha” em Obras Públicas. Dissertação de Mestrado em Estruturas e Construção Civil (2006), E.DM – 009A/06, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 109 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

CHAVES, Luiz Claudio de Azevedo. *Curso Prático de Licitações: os segredos da lei 8.666/93 – manual prático para pregoeiros, presidentes e membros de comissões de licitação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/IBAM, 2011.

– *Diálogos de Gestão-Novos Ângulos, Várias Perspectivas* (co-autoria), Curitiba: JML, 2013.

– *Licitação Pública, Compra e Venda Governamental Para Leigos*, Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994

– CHIAVENATO, Idalberto, *Introdução à Teoria Geral da Administração*, 7ª. ed. Elsevier. São Paulo: 2004

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta Sem Licitação*, 9ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo – Estudos sobre a interpretação da Lei*. São Paulo: Malheiros, 1995.

JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2012.

LEMOS, Getúlio Silva. *Interdisciplinaridade e pensamento complexo: dois caminhos em busca da totalidade perdida*. Disponível em <http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/035e3.pdf>

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª, ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e contratos Anotada*. 7ª ed., Curitiba: Zênite, 2009.

MONTANA, Patrick J. e CHARNOV, Bruce H. *Administração*. São Paulo: Saraiva, 2003 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas Licitações e Contratos*. 11ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da eficiência: dimensão jurídico-administrativa*. São Paulo, ILC no. 70, dez/1999, PP. 952/957.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, SPINK, Peter Kevin. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Editora FGV.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

— DOTTI, Marinês Restellato. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Tribunal de Contas da União. *Licitações e Contratos – Orientações Básicas*. 4ª. ed., Brasília, 2010.

PEROSSI, Sebastião Augusto. Política salarial: o desafio. Disponível em: <http://www.rh.com.br/Portal/Salario_Beneficio/Artigo/3685/politica-salarial-o-desafio.html>

RESENDE, Antonio José Calhau. *O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público*. Revista do Legislativo. Abril, 2009.

SÃO PEDRO, Bruno da Conceição. *Análise da inexequibilidade nas licitações*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1713, 10 mar. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11012>>. Acesso em: 17 fev. 2018

SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Licitações & Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro, Esplanada ADCOAS, 1998.

SPÍNOLA, André Silva. *O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido concedido à microempresa e à empresa de pequeno porte*. Disponível em: <http://jus.com>.

br/artigos/3724/o-tratamento-diferenciado-simplificado-e-favorecido-concedido-a-microempresa-e-a-empresa-de-pequeno-porte#ixzz32TS9kLkZ

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, vol V: o orçamento na Constituição*, 2ª Ed. Ver., Rio de Janeiro: Renovar, 2000

— O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade”. Rio de Janeiro, Revista do TCE/RJ, nº 22, jul/199