

O que muda na atividade de análise de mercado: breves comentários à IN 73/2020

Por Luiz Cláudio de Azevedo Chaves

1 – Introdução

No último dia 06 de agosto o Governo Federal, por meio da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e governo Digital, do Ministério da Economia, publicou uma nova Instrução Normativa para o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. A norma entra em vigor exatamente na data da sua publicação, sendo, portanto, obrigatória desde já, exceto para os processos que já se encontravam em andamento, inclusive as prorrogações contratuais.

Observando o seu teor, nota-se que não há alterações significativas. Percebe-se uma tentativa de modernizar e tornar mais eficiente os procedimentos de planejamento da despesa com compras e contratação de serviços (a precificação das obras permanece regulada pelo Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013), mas considero que em muitos aspectos houve uma perda de oportunidade de efetivamente trazer mais orientação aos agentes públicos dedicados a esta atividade em seus órgãos/entidades.

De todo modo, como se trata de novo texto normativo, nos vemos no dever de interpretá-lo e transmitir as nossas conclusões, visando o aperfeiçoamento do referido procedimento.

No entanto, como já dito, a nova instrução normativa não traz muitas inovações e, por tal razão, este trabalho irá se dedicar apenas naquilo que representa novidade.

2 – Análise dos dispositivos que inovaram em relação à IN 05/2014

Art. 1º Esta Instrução Normativa dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Em que pese não se tratar de novidade, a disposição do art. 1º reprisa a expressão “pesquisa de preços” que já constava do artigo correspondente na norma revogada. Penso ser pertinente fazer uma reflexão sobre essa expressão, em razão de a mesma não se refletir adequadamente a atividade a ser desenvolvida pelos agentes responsáveis.

· Bacharel em Administração e Direito. Especialista em Direito Administrativo. Professor da Fundação Getúlio Vargas e da Escola Nacional de Serviços Urbanos-ENSUR e Professor Convidado da PUC-Rio. Autor, dentre outras, das seguintes obras: *A Atividade de Planejamento e Análise de Mercado na Contratações governamentais*/Ed. JML, 2018; e, *Gerenciamento de Riscos nas Aquisições e Contratações de Serviços na Administração Pública*/Ed. JML, 2020. Ministra regularmente, em âmbito nacional o curso *Como Pesquisar Preços e Negociar com Fornecedores e Prestadores de Serviço da Administração Pública*.

A expressão que ora combatemos sugere que se trata de uma atividade simples, desprovida de maior complexidade. Tanto é assim, que em muitos órgãos e entidades, é chamada de cotação (expressão mais inadequada ainda). Isso acarreta que o profissional que é investido de tal atribuição não vê a importância técnica e estratégica do seu trabalho reconhecida no ambiente organizacional. 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 que realizam a pesquisa de preço são montados (quando existentes) 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 “pesquisa de preços”, pois sugere atividade elementar, o que está longe de ser verdade. O que os agentes devem 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 apenas *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 dado coletado corresponde ao objeto, muitas vezes altamente complexo, como é o caso dos serviços cuja precificação é decomposta em planilhas de custo. Nessa análise crítica, o agente verificará se o dado coletado 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”.

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Objeto e âmbito de aplicação

(...)

§ 2º Os órgãos e entidades da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, quando executarem recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, deverão observar os procedimentos para realização de pesquisa de preço de que trata esta Instrução Normativa.

§ 3º Para aferição da vantajosidade das adesões às atas de registro de preços, deverá ser observado o disposto nesta Instrução Normativa.

A norma anterior subordinava apenas os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG) do Poder Executivo da União. Seguindo o mesmo espírito das normas infraconstitucionais relacionadas às contratações públicas, a nova regulamentação também atingirá Estados, Distrito Federal e Municípios, quando tais entes promoverem despesas de contratações com recursos financeiros da União, a exemplo das regras de gestão de convênios (Decreto nº. 6.170/2007) e da modalidade pregão, na forma eletrônica (Decreto nº. 10.024/2019).

Por isso, é bom que tais entes da Federação se atualizem e capacitem seus agentes, de modo que a prestação de contas das despesas com recursos federais não fique prejudicada no que concerne aos procedimentos de pesquisa de preços, notadamente, em relação à formalização e às fontes válidas de consulta.

A disposição contida no § 3º, apenas torna expressa uma medida que já estava implícita no art. 22 do Decreto nº. 7.892/2013². No entanto, ainda pairava dúvidas acerca do destinatário do referido dispositivo. Muitos entendiam (equivocadamente) que a análise de pertinência seria do órgão gerenciador. Em verdade, é o aderente que deve instruir o seu processo com a análise de viabilidade técnica e gerencial da adesão à ata de registro de preços de outro órgão, o que, por óbvio, inclui a pesquisa de preços.

Assim, os órgãos não participantes de sistema de registro de preços (“carona”) devem realizar a análise de mercado. Mas, dois detalhes não podem escapar.

O primeiro é que a pesquisa de preços deve ser centrada levando-se em consideração uma contratação com base em SRP. Isto porque, esse sistema possui precificação, por parte dos empresários, bem diversa da licitação tradicional. O mercado se ressentia da incerteza que esse sistema provoca no negócio, pois são enormemente frequentes os órgãos gerenciadores não convocarem as quantidades registradas. O aumento da incerteza, gera aumento do preço na mesma proporção. Portanto, se um órgão pretende aderir a uma Ata de RP, sua análise de mercado não poderá ter como parâmetro contratações com entrega total e imediata.

O segundo ponto de atenção é que os Estados, Distrito Federal e Municípios que desejarem aderir a Atas de RP, utilizando recursos da União, também deverão instruir seus processos com a devida análise de mercado, mesmo que a ata a ser aderida seja de outro órgão estadual, distrital ou municipal, sob pena de não ser aprovada a respectiva prestação de contas.

Definições

Art. 2º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

[...]

² 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.

II - preço máximo: valor de limite que a administração se dispõe a pagar por determinado objeto, levando-se em consideração o preço estimado, os aspectos mercadológicos próprios à negociação com o setor público e os recursos orçamentários disponíveis; e

III - sobrepreço: preço contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado.

A nova IN traz novas definições, trazendo, pela primeira vez no arcabouço normativo das contratações governamentais, o conceito de preço máximo da contratação.

Assim, não se confundindo com o instituto do *valor de referência*, o preço máximo é o preço a partir do qual a Administração já presume inconveniente. Trata-se de um limitador da formulação 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 conterá 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; (GN)

Como qualquer critério de aceitabilidade de propostas, o estabelecimento do valor máximo é um ato discricionário, porquanto sua fixação depende 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, 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)

Importante a inclusão não só do conceito de *preço máximo*, mas também de como o mesmo pode vir fixado no documento de referência, uma vez que a sua determinação depende do resultado da investigação de mercado que subsidia a fase de planejamento da contratação.

No que se refere à operabilidade do preço máximo em documentos de referência e editais, faremos nossos apontamentos mais à frente, nos comentários ao artigo 10.

Já o conceito de sobrepreço insculpido no inciso III é um tanto impreciso.

A primeira vez em que essa expressão surge no cenário normativo de licitações públicas é na Lei Federal nº. 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, no seguinte dispositivo:

Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

[...]

§ 3º No caso de obras e serviços de engenharia, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários considerados relevantes, conforme dispuser o regulamento.

Posteriormente, vamos ver essa expressão na norma que instituiu o novo marco regulatório das empresas públicas e sociedade de economia mista, a Lei Federal nº. 13.303/2016:

Art. 31 [...]

§ 1º Para os fins do disposto no caput, considera-se que há:

I – sobrepreço 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

Nota-se que a IN nº. 73/2020/ME aproveitou a parte inicial do dispositivo acima citado, tornando seu conceito mais impreciso. Não significa, todavia, que deva ser desprezada a segunda parte pelo responsável pela tarefa de precificar a licitação (ou contratação direta). Isto em razão de que a forma de precificação deve ser levada em conta para que se estabeleça a correção dos preços orçados.

Um ponto importante que merece brevíssima abordagem é que não se pode confundir os conceitos de *sobrepreço* e *superfaturamento*. O primeiro diz respeito à oferta; o segundo diz respeito ao crédito. O *sobrepreço* se verifica a partir da oferta, ou seja, do dado coletado, mas que não causa qualquer obrigação de pagamento. O *superfaturamento*, por óbvio, só ocorre se houver, antes, o *sobrepreço*, mas somente se verifica quando o autor da oferta celebra o ajuste com o contratante, levando o mesmo à

contrair obrigação iníqua, que causa enriquecimento sem causa ao contratado, o que é repudiado pela legislação de regência.

Nota-se que a norma em tela aponta que somente haverá *sobrepreço* nos casos em que o dado coletado for **expressivamente** superior aos preços referenciais de mercado.

Considerando que, para esse fim, *mercado* é o conjunto de preços (dados) praticados pelo segmento a que pertence o objeto alvo da investigação, o conjunto de dados coletados irá necessariamente identificar uma curva de preços, que apontará o menor e o maior valor encontrado. Logo, não basta que o dado encontrado esteja na parte superior dessa curva, nem mesmo que seja o valor mais elevado dentre os encontrados. É necessário que o dado, para ser considerado *sobrepreço*, esteja a um patamar que represente enriquecimento sem causa.

Não há uma faixa percentual que se possa fixar como dado presumido de *sobrepreço*, uma vez que cada segmento possui comportamento próprio e as variáveis são infinitas, somente sendo possível identificar o *sobrepreço* diante do caso concreto.

A análise de mercado (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)

Por fim, o fato de o agente ou o setor responsável pela investigação de mercado coletar um dado de precificação e, posteriormente, ao criticá-lo, identificar a prática de *sobrepreço*, em nada acarretará ao autor do preço. Se o dado veio diretamente de uma cotação de fornecedor, este dado é apenas uma informação que não causa obrigação para a Administração; se originado de um preço público (Atas de RP, licitações ou contratos com outros órgãos), a responsabilidade é do órgão cujo preço está caracterizado como superfaturamento. A única consequência é a desconsideração desse dado com *sobrepreço* do conjunto de dados coletados para fins de extração da média ou mediana.

CAPÍTULO II

ELABORAÇÃO DA PESQUISA DE PREÇOS

Formalização

Art. 3º A pesquisa de preços será materializada em documento que conterá, no mínimo:

I - identificação do agente responsável pela cotação;

II - caracterização das fontes consultadas;

III - série de preços coletados;

IV - método matemático aplicado para a definição do valor estimado;

V - Justificativas para a metodologia utilizada, em especial para a desconsideração de valores inexecutáveis, inconsistentes e excessivamente elevados, se aplicável.

Aqui encontramos disposição que regulamenta a instrução do processo. Na Instrução Normativa 05/2014, não havia qualquer disposição nesse sentido. E essa lacuna, de fato, prejudicava o trabalho do agente responsável, por não estabelecer quais os documentos e que requisitos intrínsecos os mesmos deveriam apresentar. Os padrões instrutórios eram diversos, o que dificultava, inclusive, o controle externo, pois cada órgão instruía como achava devido, adotando metodologias e informações diversas.

O Rol dos incisos do art. 3º traz um mínimo de segurança e transparência processual, pois a reunião daquelas informações sugere a elaboração de um documento formal que integrará os Estudos Preliminares.

O inciso V é mais do mesmo. A IN 05/2014/MPDG já dispunha de dispositivo com esse jaez, no art. 2º, § 5. Apenas alterou-se a sua redação sem contudo alterar-lhe o significado.

Parâmetros

Art. 5º A pesquisa de preços para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:

[...]

II - aquisições e contratações similares de outros entes públicos, firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

III - dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso; ou

Quanto às fontes de consultas, chamada de parâmetros pela norma, as únicas alterações foram nos prazos de validade dos dados de consulta retirados da fonte “preço público” e “mídia especializada e sítios eletrônicos, de domínio amplo”. No primeiro caso, estendeu-se de 180 dias para um ano; no segundo, limitou-se a 6 meses.

No entanto, a norma repete o pecado da instrução revogada em não descrever como utilizar as fontes de consulta. Há vários aspectos envolvidos e que necessitariam de melhor detalhamento, visto que é da natureza de uma Instrução Normativa ser um balizador para rotinas administrativas.

No caso dos sítios de internet, há aspectos como, quais os sites confiáveis (o que é domínio *amplo*?), como tratar a questão dos preços promocionais,

como usar (ou não) o custo do frete, entre outras questões. Já em relação ao preço público, como utilizar o resultado de licitações de outros órgãos, possibilidade ou não de uso de planilhas de custo de contratos em vigor, como tratar a questão do reajuste dos contratos que serviram de base para a pesquisa de mercado. Nada disso foi tratado, carecendo de orientação mais objetiva os órgãos da Administração Pública.

Com o objetivo de dar essa orientação (e outras), recomendo a obra *Atividade de Planejamento e Análise de Mercado nas Contratações Governamentais*, de minha autoria, pela Editora JML, cuja versão eletrônica tem distribuição gratuita no site da editora. No final deste artigo, o leitor irá encontrar o QRCode que o levará diretamente para o *download*.

Art. 5º. [...]

§ 2º Quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, nos termos do inciso IV, deverá ser observado:

[...]

II - obtenção de propostas formais, contendo, no mínimo:

- a) descrição do objeto, valor unitário e total;
- b) número do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ do proponente;
- c) endereço e telefone de contato; e
- d) data de emissão.

III - registro, nos autos da contratação correspondente, da relação de fornecedores que foram consultados e não enviaram propostas como resposta à solicitação de que trata o inciso IV do caput.

A determinação de que o processo seja instruído com os dados elencados nas alíneas do inciso II acima transcrito cumpre finalidade de dar maior segurança em termos de controle do ato administrativo, mitigando o risco de se ter dados fictos e viabilizando a aferição da veracidade das informações.

Sempre defendi que, em homenagem ao princípio da eficiência, o agente ou setor responsável deveria informar nos autos o rol dos fornecedores consultados, mas que não ofertaram cotações, bem como aqueles preços que não puderam ser aproveitados (sobrepço, inexequíveis, tecnicamente impertinentes). Esse dever passa a ser um ato vinculado em virtude do teor do inciso III.

CAPÍTULO III

REGRAS ESPECÍFICAS

Inexigibilidade de licitação

Art. 7º Os processos de inexigibilidade de licitação deverão ser instruídos com a devida justificativa de que o preço ofertado à administração é condizente com o praticado pelo mercado, em especial por meio de:

I - documentos fiscais ou instrumentos contratuais de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada, emitidos no período de até 1 (um) ano anterior à data da autorização da inexigibilidade pela autoridade competente;

II - tabelas de preços vigentes divulgadas pela futura contratada em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, contendo data e hora de acesso.

§1º Poderão ser utilizados outros critérios ou métodos, desde que devidamente justificados nos autos pelo gestor responsável e aprovados pela autoridade competente.

§2º Excepcionalmente, caso a futura contratada não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço de que trata o caput pode ser realizada com objetos de mesma natureza.

§3º Caso a justificativa de preços aponte para a possibilidade de competição no mercado, vedada está a inexigibilidade.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, às hipóteses de dispensa de licitação, em especial as previstas nos incisos III, IV, XV, XVI e XVII do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O art. 7º da nova Instrução Normativa é uma tentativa de integrar uma lacuna existente na norma anterior, pois aquela foi pensada na investigação de preços de mercado em processos licitatórios, esquecendo-se que um dos requisitos processuais de eficácia dos processos de contratação direta é a justificativa de preços (art. 26, par. único, III, da L. 8.666/93).

A despeito de seus dispositivos, essa lacuna ainda persiste. Explico.

A inviabilidade de licitação pode decorrer de três situações fáticas: a) ausência de competidos; b) impossibilidade de fixação de critérios objetivos de julgamento; e, c) impertinência do processo licitatório.

A ausência de competidores é a hipótese de comercialização do objeto, que pode ser um bem ou um serviço, em caráter de exclusividade. A exclusividade, por sua vez, pode ser *absoluta*, quando só há um fornecedor apto; ou, *relativa*, quando há vários que comercializam o produto, mas circunstancial ou transitoriamente, somente um estará autorizado a comercializar o objeto. O melhor dos exemplos é o caso de representação comercial exclusiva, que, na lição de Marçal Justen Filho: “...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”³.

A impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento é o caso da contratação de serviços singulares, executados por notórios especialistas (art. 25, II e §1º c/c 13, VI, da L. 8.666/1993)⁴ e a contratação de profissionais do setor artístico (art. 25, III, da L. 8.666/1993)⁵.

³ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 14ª. Ed., São Paulo, 2010, p. 363.

⁴ Na Lei 13.303/2016, o dispositivo correspondente é o art. 30, II e no Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema ‘S’ é o art. 10, II.

⁵ Na Lei 13.303/2016, não há dispositivo correspondente; no Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema ‘S’ é o art. 10, III.

Por fim, quando a licitação se revela impertinente para o alcance dos objetivos pretendidos, também será reconhecida a inviabilidade de licitação. São os casos em que se utiliza do procedimento de contratação conhecido por credenciamento. É cediço que a licitação objetiva selecionar a (uma) proposta mais vantajosa para o interesse da Administração. No entanto, há casos em que a Administração necessita de todas que se mostrem vantajosas. Nesses casos, de nada adiantaria realizar a licitação, pois a necessidade da Administração não restaria satisfeita. Em que pese não estar expressamente descrita na Lei nº. 8.666/1993, o TCU há muito vem reconhecendo a possibilidade de se afastar o *dever geral de licitar* (art. 37, XXI, da CR) com o uso do instituto do credenciamento:

O credenciamento, entendido como espécie de inexigibilidade de licitação, é ato administrativo de chamamento público de prestadores de serviços que satisfaçam determinados requisitos, constituindo etapa prévia à contratação, devendo-se oferecer a todos igual oportunidade de se credenciar. (Informativo de Licitações e Contratos, no. 386/2020, Acórdão no. 436/2020, Plenário, Relator Min. Raimundo Carreiro)

No entanto, o dispositivo em exame cuida da inexigibilidade sem atentar para as específicas peculiaridades de cada espécie de inexigibilidade de licitação, dando como parâmetro fundamental a apresentação de documentos fiscais ou instrumentos contratuais do próprio indicado para a execução. Ocorre que esta prática somente é aplicável para uma das formas de inexigibilidade, que é a exclusividade absoluta, pois é a hipótese em que, de fato, o mercado é composto somente pela pessoa do escolhido.

Mas nos casos de contratação de objeto por exclusividade relativa ou transitória, o mercado é plural, ou seja, há outros que comercializam o produto e, portanto, o mercado sendo plural, deve ser pesquisado, não devendo a justificativa de preços se restringir ao executor.

Do mesmo modo, a contratação de serviços singulares, que somente em casos especiais, não é possível estabelecer um mercado, o que deve ser visto a cada caso concreto. Não se pode confundir *singularidade* com ausência de alternativas, conforme o próprio TCU já reconheceu:

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. Benjamim Zymler)

Por assim dizer, havendo pluralidade de mercado, deve a investigação se estender a outros possíveis executores, ainda que não seja possível estabelecer

critérios objetivos de julgamento em razão da natureza singular do objeto, mas o preço de mercado é comparável.

Raciocínio idêntico deve ser aplicado à contratação de profissional do setor artístico, por possuir as mesmas características do objeto singular: pluralidade de executores, mas impossibilidade de comparar o objeto do seu serviço por meio de critérios objetivos de cotejamento de propostas.

No caso do credenciamento, a questão é mais intrigante ainda, pois nesta espécie de contratação, é a Administração que formula e oferece o preço que pretende pagar. Não há proposta por parte dos interessados, que apenas concordam (ou não) com o preço ofertado. Assim, a pesquisa de preços no credenciamento irá balizar a decisão da Administração quanto ao valor do serviço que irá pagar.

Importantíssimo destaque deve se dar em relação ao procedimento de investigação de mercado na inexigibilidade de licitação quando fundada em contratos anteriores do próprio executor.

Não raro, os agentes e setores responsáveis não realizam a pesquisa, deixando essa tarefa para o próprio executor, exigindo que o mesmo traga para a Administração seus contratos e/ou notas fiscais anteriores, o que é absolutamente incorreto, posto que o executor terá oportunidade de omitir contratos com precificação mais reduzida para obter uma contratação que lhe seja mais favorável financeiramente. É a Administração contratante que deve investigar os contratos anteriores do escolhido, o que dará mais transparência, lisura e segurança na contratação.

No que se refere à justificativa de preços nas situações de dispensa de licitação, a norma foi muito infeliz em discorrer, em seu § 4º, que o procedimento destinado à inexigibilidade de licitação lhe seria aplicável, naquilo que couber, ainda que restrito para os incisos III (guerra ou grave perturbação da ordem pública), IV (situação emergencial ou de calamidade pública), XV (aquisição ou restauração de obra de arte), XVI (impressão de diário oficial ou formulários padronizados da Administração) e XVII (aquisição de peças originais de reposição) do art. 24.

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.

Assim considerando, deve-se reconhecer que o procedimento da contratação direta 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 a mesma metodologia 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:

“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, defende-se que o setor de compras realize 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 tende a viabilizar excelentes condições de negociação com os proponentes aptos a celebrar contrato com o órgão. Inclusive, caso o órgão realize procedimento de Dispensa Eletrônica (art. 51, do Decreto Federal nº. 10.024/2019), 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. 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.

Por tais motivos, o indigitado § 4º do art. 7º deve ser enxergado com reservas, sem desprezar a viabilidade de encontrar vários parâmetros de preços em variadas fontes de pesquisa, na mesma forma e metodologia descritos para procedimentos licitatórios, e, somente em casos excepcionalíssimos, ser realizada *a posteriori*.

Contratação de serviços com dedicação de mão de obra exclusiva

Art. 9º Na pesquisa de preço relativa às contratações de prestação de serviços com dedicação de mão de obra exclusiva, aplica-se o disposto na Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, observando, no que couber, o disposto nesta Instrução Normativa.

Mais um dispositivo que nada explica. O mesmo remete à IN 05/2017, que, em relação a essa atividade, tem a seguinte redação:

IN 05/2017 –

Art. 30. O Termo de Referência ou Projeto Básico deve conter, no mínimo, o seguinte conteúdo:

X - estimativas detalhadas dos preços, com ampla pesquisa de mercado nos termos da Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014; e

ANEXO V DIRETRIZES PARA ELABORAÇÃO DO PROJETO BÁSICO(PB) OU TERMO DE REFERÊNCIA (TR)

b.2. 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; e

Notem que a Instrução Normativa dedicada a serviços, quando trata da pesquisa de preços, já remete para a IN 05/2014. Logo, não há, pela norma nenhuma novidade e, penso, mais uma vez se perdeu excelente oportunidade de melhorar as orientações aos agentes públicos em uma tarefa altamente complexa e que exige muitos cuidados.

No Capítulo 14 da obra indicada no início deste trabalho discorreremos de modo mais minudente possível a metodologia a ser utilizada para a formação do valor estimado, e, portanto, entendemos que é desnecessário reprisá-la aqui, uma vez que o leitor terá acesso ao mesmo em sua versão eletrônica.

De todo modo, cabe um importante apontamento quanto à utilização da planilha de composição de custo.

Por muitos anos, os órgãos da Administração Pública, Estatais e Sistema S, adotaram o procedimento simplista (e equivocado) de consultar preços diretamente de fornecedores e prestadores de serviços como única fonte de consulta. Esse *modus operandi* também era utilizado para a montagem dos valores referenciais dos custos unitários das planilhas de composição de custo, que passou a ter mais força vinculante para a Administração a partir da entrada em vigor da IN 02/2008/MPOG. Se nas aquisições, o setor competente solicitava “cotações” formais dos possíveis interessados, nos serviços de custo planilhado, era o mesmo, sendo que o setor, ao solicitar a “cotação”, encaminhava a planilha de composição de custos em branco para ser preenchida pelo empresário consultado. Essa forma de obter preços referenciais em serviços é absolutamente equivocada e abre perigoso espaço para as empresas escondam o seu

custo e viabilizem uma formação de preços muito mais elevado do que a que seria possível formular. Vamos a um exemplo simples.

Imagine que, dentre os componentes de custo de um determinado serviço, haja o uniforme e este é composto de camisa polo e que, no mercado de uniformes, de acordo com as especificações do Termo de Referência, esta custe, em média, R\$ 25,00 já com a marca da empresa estampada no bolso. Encaminhada a planilha em branco para as empresas, estas poderiam anotar o preço que julgassem convenientes para este item, por exemplo, R\$ 50,00. Isso pode ser feito em todos os itens de custo direito. Na licitação, ao disputar com seus concorrentes, os descontos oferecidos na fase de lances seriam, em verdade, fictos, pois os custos unitários estariam com “gordura” para queimar.

Em serviços com custos decompostos em planilhas, o agente responsável ou o setor competente, deve pesquisar o componente de custo não com as empresas prestadoras de serviços, mas no mercado a que pertence o referido componente. Voltando ao exemplo acima, o setor responsável consultaria as empresas que fabricam uniformes profissionais, informando as características do produto e as quantidades e, das informações obtidas, retirar a média ou mediana como recomenda a instrução normativa *sub examine*.

Dentre as fontes de consulta viáveis, as planilhas de composição de custo de contratos com outros órgãos são extremamente úteis a esse desiderato, quanto mais porque vários contratos são comuns a muitos órgãos, como limpeza e vigilância. E não necessariamente deve ser utilizada a planilha integral, mas pode-se aproveitar os itens que forem do interesse do responsável pela consulta.

Sem sombra de dúvidas, trata-se de uma tarefa complexa e que deve ser realizada por profissionais capacitados para isso, pois há inúmeras variáveis, como depreciação de equipamentos próprios, cálculo de preço por unidade de medição (como o m² nos serviços de limpeza) entre outros.

CAPÍTULO IV

DISPOSIÇÕES FINAIS

Orientações gerais

Art. 10. O preço máximo a ser praticado na contratação poderá assumir valor distinto do preço estimado na pesquisa de preços feita na forma desta Instrução Normativa.

§ 1º É vedado qualquer critério estatístico ou matemático que incida a maior sobre os preços máximos.

§ 2º O preço máximo poderá ser definido a partir do preço estimado na pesquisa de preço, acrescido ou subtraído de determinado percentual, de forma justificada.

§ 3º O percentual de que trata o § 2º deve ser definido de forma a aliar a atratividade do mercado e a mitigação de risco de sobrepreço.

Conforme já adiantado acima, o preço máximo é um critério de aceitabilidade de propostas e, por esse motivo, sua fixação é discricionária. E duplamente discricionária. Quanto a ser ou não fixado no edital, o que será alvo de avaliação específica a cada caso concreto; e, ao valor propriamente dito, ou seja, o limite máximo de aceitabilidade das propostas.

Dado o caráter discricionário do ato, compete 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 da 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)

Nesse diapasão, jamais houve óbice legal para escolha de outro parâmetro, desde que acompanhado das devidas justificativas, o que agora consta expressamente do texto do art. 10 da IN 73/2020/ME.

A autoridade competente poderá fixar o *Valor Máximo abaixo* do *Valor de Referência*, o que indicaria que a intenção poderia ser a de 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*. Muito embora seja menos frequente 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 que motivaram a sua escolha.

3 – Conclusão

De todas as inovações trazidas, a mais relevante delas, no meu particular sentir, é ter tornado expressa a possibilidade de se fixar preço máximo em valor distinto do valor de referência, inclusive em patamar superior, pois, com ausência de norma nesse sentido, os órgãos se mantinham temerosos de adotar tal prática, vindo a perder licitações por incompatibilidade das ofertas com o valor de referência.

É sempre positiva a tentativa de melhoria, mas é cristalina a perda da oportunidade de se ter uma norma mais completa, que abranja as características específicas de cada espécie de contratação. A nova norma não explicita como poderão ser aproveitadas as licitações de outros órgãos ou as planilhas de composição de custo de contratos de outros órgãos, por exemplo. Também não possibilitou, expressamente, a utilização de fontes como a consulta por telefone ou de balcão, o que é tratado em pormenores na Portaria 128/2014 do TCU.

Baixe gratuitamente a versão e-book do livro *A Atividade de Planejamento e Análise de Mercado na Contratações governamentais*

