

PESQUISA DE MERCADO: REFLEXÕES CRÍTICAS E POSICIONAMENTO DAS CORTES DE CONTAS¹

LUCIANO ELIAS REIS²

Vestibularmente, é necessária uma investigação normativa sobre a importância do tema ante a Lei nº 8.666/93, isto porque em várias oportunidades o legislador enfatizou a pesquisa de mercado e a justificativa do valor licitado e contratado.

O parágrafo primeiro do artigo 23 da Lei de Licitações determina “as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”, logo é imperioso esquadriñar o mercado do ponto de vista técnico e econômico a fim de constatar a licitude ou não do parcelamento do objeto.

A hipótese de dispensa do inciso VII do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 demanda uma percuciente pesquisa de mercado para dessumir se o preço está acima ou não daqueles praticados no mercado nacional. O inciso X do mesmo artigo também preconiza o exame do valor do mercado para legitimar a compra ou locação do imóvel. O inciso XXIII somente autoriza a contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas se o preço for compatível com o

¹ Este tema já foi tratado em outra oportunidade pelo autor, porém o presente ensaio é mais completo, recente e atualizado diante da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 07, de 29 de agosto de 2014 e das decisões das Cortes de Contas.

² Advogado; Sócio do escritório Reis, Correa e Lippmann Advogados Associados; Mestre em Direito Econômico pela PUCPR; Especialista em Processo Civil e em Direito Administrativo, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná; Professor de Direito Administrativo da UNICURITIBA; Professor convidado de diversas Instituições de Ensino em cursos de Pós-Graduação; Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo; Autor das obras “Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência (Editora Negócios Públicos, 2013) e “Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado” (Editora Juruá, 2013); Autor de diversos artigos jurídicos e coautor com artigos publicados também nas seguintes obras “Estado, Direito e Sociedade” (Editora Iglu), “Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina”(Editora Fórum), “Direito Administrativo Contemporâneo” (2. Ed. - Editora Fórum), “Direito Público no MERCOSUL” (Editora Fórum, 2013), Co-coordenador dos “Anais do Prêmio 5 de junho 2011: Sustentabilidade na Administração Pública” (Editora Negócios Públicos); Colunista mensal da Revista LICICON; Ministrante de cursos e palestras na área de licitações públicas e contratos administrativos.

mercado. O artigo 26, parágrafo único, inciso III, reputa indispensável que o processo de contratação direta tenha a justificativa do preço, a qual precisará cotejar os valores praticados no mercado, sob pena inclusive de ocasionar a irregularidade do processo.³

O artigo 43 da Lei n. 8.666/93 estipula que o julgamento das propostas e a análise da exequibilidade dar-se-á pela comparação dos preços de mercado, inclusive não se admitindo proposta com valores discrepantes (inexequíveis ou excessivos, superfaturados). No mesmo diapasão apresenta-se o artigo 48. Ainda tem a norma “morta” do artigo 120 que predetermina a revisibilidade dos valores alçados na Lei nº 8.666/93 consoante o termômetro do mercado, “os valores fixados por esta Lei poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo Federal, que os fará

³ Vide alguns acórdãos do Tribunal de Contas da União e a posição da Advocacia Geral da União transcritos em minha obra “Licitações e Contratos: Um guia da Jurisprudência” (2. Ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2015):

A inexigibilidade de licitação em razão de fornecedor exclusivo não exige a Administração Pública do dever de justificar o preço contratado

(...). O relator, a despeito de entender não haver irregularidade na aquisição de livros por inexigibilidade de licitação com base no fundamento legal utilizado, ressaltou que “tal condição não é suficiente para dispensar o gestor da justificativa para os preços contratados”, em face do que determina o art. 26, inciso III, do mesmo diploma legal. Para ele, “apesar de os fornecedores de material didático terem sido contratados em função de exclusividade relativa, nada impedia a (omissis) de efetuar pesquisa de preços em outras praças, ou até mesmo em outros órgãos públicos, já que os livros adquiridos no âmbito do mencionado programa educacional têm distribuição em todo o território nacional. E, nesse sentido, cai por terra a argumentação apresentada pelos defendentes de que a mera exclusividade do fornecedor constituiria obstáculo à realização de tal pesquisa”. Desse modo, o relator propôs a irregularidade das contas dos gestores envolvidos, bem como a aplicação de multa, o que contou com a anuência do Colegiado.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 43 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 6803/2010-Segunda Câmara, TC-020.500/2006-4, Rel. Min. André Luís de Carvalho, 16.11.2010).

Dispensa de licitação com base em situação emergencial ou calamitosa: necessidade de justificativa de preços a serem praticados

“Em casos de dispensa de licitação (...) há a necessidade de se fazer consignar nos autos do respectivo processo elementos que demonstrem a compatibilidade dos preços contratados com aqueles vigentes no mercado ou com os fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os que constam em sistemas de registro de preços, bem como que foi consultado o maior número possível de fornecedores ou executantes”. Esse foi o entendimento ao qual chegou o relator, em seu voto, ao apreciar denúncia formulada ao TCU, com notícias a respeito de supostos procedimentos irregulares adotados na contratação de serviços advocatícios pela (omissis). (...)

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 29 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2019/2010-Plenário, TC-008.804/2009-3, Rel. Min. José Múcio Monteiro, 11.08.2010).

Orientação Normativa/ AGU nº 17, de 01.04.2009 (DOU de 07.04.2009, S. 1, p. 14, alterada pela PORTARIA AGU Nº 572, DE 13.12.2011 - publicada no DOU I 14.12.2011) - 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.

publicar no Diário Oficial da União, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado, no período.”

Pela rápida transcrição dos inúmeros dispositivos normativos da Lei 8.666/93 que amparam o dever de pesquisa de mercado, nota-se a relevância do tema, porém fica o questionamento: **O que é afinal pesquisa de mercado e o que é ampla pesquisa de mercado preconizada para o sistema de registro de preços no parágrafo primeiro do artigo 15?**

Considera-se pesquisa de mercado a busca pela Administração Pública dos valores e das condições comumente praticados no mercado para determinado objeto. Usualmente, a aludida pesquisa é refletida pela apresentação de três orçamentos de fornecedores e pela aferição técnica da melhor definição do objeto. Não se trata de uma norma positiva que imponha a juntada de três orçamentos, porém doutrinariamente e principalmente as Cortes de Contas compreendem que um orçamento não reflete mercado, dois orçamentos poderão ser falhos porque um pode servir e outro ser discrepante, razão pela qual no mínimo três orçamentos servirão para transluzir o mercado.⁴

Abre-se parêntese para utilizar a expressão “pesquisa de mercado” de maneira mais ampla, sendo que a pesquisa de preço faz parte dela. Adota-se uma posição um pouco diversa àquela explanada no Caderno de Logística de Pesquisa de Preços da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, o qual define pesquisa de mercado como o “procedimento para verificação das exigências e condições do mercado

⁴ “9.1.2. proceda, quando da realização de licitação, à 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 art. 43, inc. IV, da Lei 8.666/93, consubstanciando a pesquisa no mercado em, pelo menos, três orçamentos de fornecedores distintos, os quais devem ser anexados ao procedimento licitatório; (Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1.547/2007-Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

Recomendação à (*omissis*) no sentido de que atentem para a necessidade de realização de cotação eletrônica ou pesquisa de preços com, no mínimo, três fornecedores do ramo pretendido, devidamente comprovada no processo licitatório, e com a identificação do servidor responsável e de quem revisou o trabalho.

(Tribunal de Contas da União, item 9.3.13, TC-009.578/2012-9, Acórdão nº 1.162/2013-Plenário).

“PREJULGADO Nº 1905 1. (...) 2. Na aplicação dos recursos, deverá ficar demonstrada a compatibilidade com os preços de mercado, que poderá ser feita com a apresentação, por exemplo, de três orçamentos”.

(Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina; Processo: CON-07/00317627; Parecer: COG — 511/2007; Decisão: 2556/2007; Origem: Fundação do Meio Ambiente — FATMA; Rel. Cons. Luiz Roberto Herbst; Data da Sessão: 22/08/2007; Data do Diário Oficial: 11/09/2007).

fornecedor do objeto a licitar” e pesquisa de preços “procedimento prévio e indispensável à verificação de existência de recursos suficientes para cobrir despesas decorrentes de contratação pública.”⁵

Primeira crítica a ser destacada é a falta de uma efetiva pesquisa de mercado nos processos licitatórios e nos contratos administrativos, quando se deseja instaurar uma licitação, celebrar um contrato, prorrogar para fins de renovação ou restabelecer o reequilíbrio econômico-financeiro por intermédio da revisão. Os agentes públicos simplesmente solicitam orçamentos para vários fornecedores e então “pegam”, no mínimo, três para juntar no processo e exaurir a dita (ou maldita no dia a dia) pesquisa de mercado.

Com o digno respeito, a mera juntada de três orçamentos dentro do processo licitatório ou de contratação não representa nenhuma análise de mercado, bem como não possui qualquer serventia para que a Administração Pública analise a economicidade de suas contratações públicas.

O primeiro passo, para o orçamento ser útil ao propósito perquirido, é imprescindível ter uma solicitação formal e completa pela Administração Pública. Esta deverá pedir um orçamento a partir do repasse de dados essenciais ao fornecedor, quais sejam: (i) quem está pedindo; (ii) qual o prazo de execução do contrato; (iii) quais são as condições de pagamento; (iv) quais são as condições de execução; (v) quais são as obrigações do contratado; (vi) quais são as possíveis sanções em caso de descumprimento contratual.⁶

Ora, estas informações são básicas para quem está formulando um orçamento ou uma proposta.⁷ Como posso formular uma proposta de parecer se não sei o que efetivamente um cliente deseja? Não basta o cliente falar que necessita de um parecer em um processo judicial envolvendo licitação.

⁵ <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/1-0-instrucao-normativa-no-05-versao-final-1-1a.pdf>

⁶ Convém recordar que o orçamento repassado pelo fornecedor não vincula a sua proposta na licitação. Sobre o assunto, vide: “Os preços obtidos pela Administração na fase interna da licitação, em coletas destinadas apenas a formar o preço de referência dos bens e serviços a serem licitados, não vinculam as propostas que eventualmente os fornecedores venham a apresentar no certame. Logo, esses preços não se mostram hábeis a compor o referencial utilizado na quantificação de aparente superfaturamento de preços. A comparação para esse fim há de considerar os preços efetivamente praticados pelo mercado fornecedor em situação semelhante.” (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 198 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2149/2014 – Primeira Câmara, TC 019.511/2011-6, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 20.5.2014).

⁷ Fala-se orçamento ou proposta, porque os orçamentos servem para a fase interna de uma licitação, para a prorrogação (renovação) do contrato ou para fins de revisão de preços, já as propostas são utilizadas nas contratações diretas.

Preciso saber qual a complexidade e quais serão as condições mínimas para a execução do meu serviço; quando o cliente precisa receber o parecer; qual será a forma de pagamento, etc..

Imagine uma aquisição de doces e salgados na confeitaria. Dependendo da solicitação, o custo unitário da coxinha e do brigadeiro será uma. Será que quero somente o fornecimento? Será que desejo forminhas normais ou de tecido? Qual o prazo para o pagamento? Cheque, cartão de crédito ou à vista? Deverá ser entregue em algum local ou buscará no balcão? Caso tenha que entregar, deverá colocar um garçom a disposição para servir e um gerente para montar a mesa no local?

Acerca do assunto, o Tribunal de Contas da União já alertou um jurisdicionado sobre a “necessidade de aprimorar a metodologia de pesquisa de preços de mercado, atentando, entre outros aspectos, para a necessidade de definir precisamente as características do objeto a ser licitado, de modo a obter preços estimados próximos à realidade de mercado, evitando discrepâncias significativas entre o valor orçado e o efetivamente licitado.”⁸

Convém ainda lembrar que na pesquisa de mercado a Administração Pública deverá desconsiderar aqueles valores orçados que estejam em notório descompasso com a realidade do mercado. Por isso é preciso que sejam buscados alguns orçamentos, e não somente um, para alijar qualquer possível erro na mensuração e estimativa do preço de mercado. Sobre o assunto, vide decisão do Tribunal de Contas da União refletindo esta preocupação do respectivo órgão de controle externo:

Na elaboração de orçamentos destinados às licitações, deve a administração desconsiderar, para fins de elaboração do mapa de cotações, as informações relativas a empresas cujos preços revelem-se evidentemente fora da média de mercado, de modo a evitar distorções no custo médio apurado e, conseqüentemente, no valor máximo a ser aceito para cada item licitado.

(...) Dentre os fatores incidentes para a conformação de sobrepreço, fora verificada a inclusão, na planilha de cotação, de preços, fornecidos por uma determinada sociedade empresária, significativamente diferentes dos apresentados pelas demais pesquisadas. Nesse ponto, anotou o relator que o fato “*provocou significativa elevação dos preços médios e, por conseguinte, do valor máximo que veio a ser admitido pelo (omissis) no Pregão 3/2009*”. Exemplificando, destacou que, no lote de maior relevância econômica, cuja média apurada fora de R\$ 215,00 por convidado, a média cairia para R\$ 201,50 caso fosse excluída a cotação exorbitante. Em termos globais, a inclusão da empresa implicou na elevação em 16% no valor orçado. Nessas condições, concluiu o relator que “*a inclusão da empresa no mapa de cotação elevou indevidamente a média e afetou negativamente a competição, ao permitir que os licitantes cotassem preços maiores que aqueles praticados por eles mesmos*”. Assim, o Plenário, acolhendo a proposta do relator,

⁸ Tribunal de Contas da União, item 1.8.2, TC-019.061/2014-5, Acórdão nº 2.718/2014-Plenário.

determinou ao (*omissis*), dentre outras medidas, que nas futuras licitações da espécie “*deixe de considerar, para fins de elaboração do mapa de cotações, as informações relativas a empresas cujos preços revelem-se evidentemente fora da média de mercado (...) de modo a evitar distorções no custo médio apurado e, conseqüentemente, no valor máximo a ser aceito para cada item licitado*”.⁹

Postas estas brevíssimas considerações, conclui-se que na grande maioria das vezes a Administração quer receber um orçamento, porém não oferece condições ao fornecedor para o seu preenchimento e ainda por cima solicita que a planilha esteja preenchida “em todas as suas tabelas”.

Neste compasso de realidade e teoria, percebe-se que uma das causas da inefetividade do conteúdo dos orçamentos usados já decorre da própria Administração Pública que fornece informações precárias e deficitárias, o que já configura um enorme problema desta grande mazela no ciclo da contratação pública que é a pesquisa de preços de mercado.

Contudo o imbróglio não está somente no pedir da Administração Pública, porque o fornecedor também ciente que o seu orçamento servirá de baliza para formular o preço máximo ou preço estimado da licitação, então ele já encaminha muitas vezes um orçamento “com gordura”.¹⁰

Em cursos, sempre questiono quando vocês pedem orçamento ao mercado, os fornecedores não perguntam para que será empregado tal valor? Baliza de uma nova licitação? Para analisar a vantajosidade na prorrogação de um contrato de serviço contínuo, por exemplo? Para contratação direta? Dependendo da finalidade, é um numerário (“preço”) repassado pelo fornecedor.

⁹ Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 175 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2943/2013-Plenário, TC 023.919/2012-4, relator Ministro Benjamin Zymler, 30.10.2013.

¹⁰ Sobre a relevância do uso da pesquisa de mercado para análise da exequibilidade, o Tribunal de Contas da União já decidiu que:

O parâmetro para a avaliação da conformidade dos preços ofertados são os valores de mercado, e não as propostas apresentadas por outros licitantes.

(...) Em juízo de mérito, o relator considerou que, para a caracterização de sobrepreço, não bastaria afirmar que os valores adjudicados e registrados na ata encontram-se superiores aos valores orçados, “*muito menos tomar como parâmetro tão somente propostas de outros licitantes ...*”, mas deve-se demonstrar “*que os valores adjudicados e registrados encontravam-se acima dos efetivamente praticados no mercado à época*”. Recorreu ainda ao consignado no Acórdão 267/2003-Plenário, no sentido de que “*a Lei nº 8.666/93 não ordena a desclassificação de propostas de preços desconformes com o orçamento, mas sim de propostas de preços desconformes com o mercado, este que é, na verdade, o padrão efetivo para avaliação da conformidade das ofertas, como se percebe dos artigos 24, inciso VII, e 43, inciso IV, da mencionada lei*”. Nesse sentido, considerando que a licitação fora promovida por autarquia estadual, propôs o encaminhamento da deliberação ao Tribunal de Contas competente para apuração de eventual sobrepreço, “*desta feita sob a ótica dos valores de mercado praticados quando da realização do certame*”. (...) (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 173 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2796/2013-Plenário, TC 006.235/2013-1, relator Ministro José Jorge, 16.10.2013).

Tudo isso demonstra o grande eclipse existente na precificação e na orçamentação pela Administração Pública em qualquer licitação ou contratação.

Para tanto, defende-se que o órgão ou entidade licitador deverá buscar os preços e orçamentos não somente com os fornecedores, mas também deverá pesquisar em contratos administrativos celebrados, licitações homologadas, atas de registro de preços já formalizadas, etc...

Aqui merece a atenção para o fato de estas outras fontes serem utilizadas com critério e pautado no regime jurídico administrativo, principalmente em seus princípios, dentre eles o da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesta toada, não se faz razoável que a Prefeitura de Barra do Jacaré no norte pioneiro do Paraná, para fins de referência na fase interna, ao desejar comprar cem microcomputadores utilize um contrato celebrado pelo Município de São Paulo por meio de sua Prefeitura para a aquisição de dez mil computadores. É ululante que os preços serão diferentes ainda que sejam, por ventura, praticados pelo mesmo fornecedor. Ora é uma clara situação de economia de escala, isso sem falar de custos de transporte e entrega.

Portanto, ao utilizar preços já praticados em sede de licitações e contratos, são necessários alguns cuidados, quais sejam: (i) analisar a região geográfica; (ii) examinar se é licitação para celebrar contrato ou é licitação para registro de preços; (iii) conferir se as condições de entrega, execução e obrigacionais são similares; (iv) investigar se o mercado de fornecedores é o mesmo (uma compra pequena no interior do Rio Grande do Sul não possui o mesmo universo de fornecedores de uma compra no interior do Acre).

Para averiguar a identidade de objetos e mercados similares, os agentes públicos deverão tomar as cautelas suscitadas, porque, do contrário estará comparando duas realidades de mercado diversas e conseqüentemente chegará a conclusões díspares.

Vários bancos de preços poderão ser utilizados para tal mister, como, por exemplo, o próprio "COMPRASNET", o portal do Banco do Brasil, Sistemas Internos de Despesas Públicas ou ainda portais privados como é o caso do Banco de Preços.

Ecoando esta sistemática que proponho há anos nos mais diversos cursos pelo Brasil, o Tribunal de Contas da União possui posição favorável

ao mencionar o uso de uma cesta de preços para amparar a referida pesquisa.

O voto do Ministro Relator Ubiratan Aguiar no Acórdão nº 2.170/2007 - Plenário ponderou que se deve primar por uma “cesta de preços” confiável para averiguar a aceitabilidade do preço diante do valor praticado no mercado:

31. Não obstante tais considerações, concordo com o ACE da Serur quando afirma que “o paradigma, seja para aferição de sobrepreço de um produto ou para definir sua adequação aos valores de mercado, não é o ‘preço de adjudicação’ de um determinado pregão” (fl. 78 - Anexo 5), mas, sim, o valor que se encontra dentro de uma faixa de preços praticada pelos fornecedores desse mesmo produto, o que “pressupõe um valor mínimo e um valor máximo de mercado para cada produto” (fl. 76 - Anexo 5). O sobrepreço ficaria caracterizado, nesses termos, se o valor adjudicado ultrapassasse o máximo da faixa de preços aceitáveis praticada para o produto a ser adquirido pela Administração.

32. Esclareço que preço aceitável é aquele que não representa claro viés em relação ao contexto do mercado, ou seja, abaixo do limite inferior ou acima do maior valor constante da faixa identificada para o produto (ou serviço). Tal consideração leva à conclusão de que as estimativas de preços prévias às licitações, os valores a serem aceitos pelos gestores antes da adjudicação dos objetos dos certames licitatórios, bem como na contratação e posteriores alterações, por meio de aditivos, e mesmo os parâmetros utilizados pelos órgãos de controle para caracterizar sobrepreço ou superfaturamento em contratações da área de TI devem estar baseados em uma “cesta de preços aceitáveis”. A velocidade das mudanças tecnológicas do setor exige esse cuidado especial.

33. 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 - inclusive 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.

34. Assim, não somente os “preços praticados no âmbito da Administração Pública”, conforme redação dos subitens 9.3.1 e 9.3.3 do acórdão recorrido, devem ser tomados como referência pelos gestores do MCT ao aferir os valores ofertados pelas empresas NT Systems e Redisul, mas sim todos aqueles considerados válidos - que não representem viés - para a faixa de preços aceitável. Cabe, portanto, retirar tal expressão dos mencionados subitens do Acórdão nº 2.400/2006 - Plenário, para que a pesquisa de preços a ser efetivada pelos gestores do Ministério, em conjunto com as contratadas, se amolde aos parâmetros considerados válidos pelo Tribunal (conforme indicados no item precedente deste voto).

35. No que tange ao texto constante do item 10 do Voto Revisor apresentado pelo Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, de que teria “ocorrido uma leitura inadequada de que os preços praticados na Administração Pública seriam o único parâmetro”, nota-se, a partir do raciocínio que desenvolvi nos itens precedentes, que os preços de contratação em órgãos públicos não podem, por um lado, ser ignorados, nem, por outro, serem utilizados como parâmetro único para se aferir sobrepreço ou superfaturamento. O que defendo, repito, é a construção de uma “cesta de preços aceitáveis” que auxiliem os gestores e os órgãos de controle a identificar quais preços podem ser considerados como sendo de mercado.

36. Além disso, qualquer comparação deve ser feita em épocas próximas e, especialmente com relação a serviços, levando-se em conta as condições de contratação específicas de cada caso analisado (fatores a serem considerados: quantidade contratada, necessidade de parcelamento na entrega do produto, local

de entrega do produto ou da prestação do serviço, impostos incidentes nesse local, exigências de qualificação da equipe técnica, condições e local para prestação de assistência técnica pelo contratado, entre tantos outros).

37. Destaco que a utilização de fontes que não sejam capazes de espelhar o mercado de TI para produtos com certa complexidade ou serviços fornecidos para o setor público- como sites na Internet, inclusive internacionais -, pode servir apenas como mero indicativo para o gestor ou para os agentes de controle, sem que sirvam, por si sós, para imputação de sobrepreço ou superfaturamento.

38. A argumentação anterior demonstra a premência de construção de um banco eletrônico de preços para a aquisição de produtos e contratação de serviços de TI para a Administração Pública federal - assim como existe para a construção civil, que conta com o Sinapi, ou para as obras rodoviárias, que contam com o Sicro. Tal sistema, em conjunto com um modelo de licitação e contratação de serviços de informática, ainda em estágio inicial de construção por parte da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG), conforme conclusão consignada no Acórdão nº 1.480/2007 - Plenário, conformaria um quadro positivo para as aquisições do setor público, o que o tornaria menos suscetível à ocorrência de falhas e irregularidades, com as quais o Tribunal constantemente se depara.¹¹

Posteriormente, a Corte de Contas replicou tal posição em outras decisões e explicou um pouco mais sobre as metodologias a serem adotadas, conforme se pode vislumbrar abaixo:

“10.2.3.5. Assim, da referida apreciação sobressaem os seguintes preceitos:

- consultas a sites na Internet podem servir apenas como mero indicativo para o gestor ou para os agentes de controle, sem que sirvam, por si sós, para imputação de sobrepreço ou superfaturamento, especialmente por não haver garantias de que os valores obtidos a partir desse tipo de fonte espelham a realidade das contratações no setor público;
- a velocidade das mudanças tecnológicas no setor de informática exige que os parâmetros utilizados pelos gestores e pelos órgãos de controle para caracterizar sobrepreço ou superfaturamento em contratações da área de TI devem estar baseados em uma faixa de preços aceitáveis, que reflita o contexto de mercado;
- a mera conversão cambial, sem que sejam consideradas demais parcelas incidentes, a exemplo do imposto de importação e frete, inviabilizam a apreciação relativa aos preços efetivamente praticados.”¹²

1.7.1.1. ausência de orçamento do objeto a ser contratado com base em uma “cesta de preços aceitáveis”, oriunda, por exemplo, de pesquisas junto a cotação específica com fornecedores, pesquisa em catálogos com fornecedores, pesquisa em bases de sistemas de compras, avaliação de contratos recentes ou vigentes, valores adjudicados em licitações de outros órgãos públicos, valores registrados em atas da SRP e analogia com compras/contratações realizadas por corporações privadas, expurgados os valores que, manifestamente não representem a realidade do mercado e, ainda, devidamente detalhado a ponto de expressar a composição de todos os seus custos unitários (cf. item 5.7, fl. 42 dos autos);

1.7.1.2. falta de especificação, de forma detalhada, clara, suficiente e precisa do objeto que se quer contratar, com todos os elementos e informações necessárias para que as empresas interessadas possam elaborar propostas de preços com total e completa ciência dos serviços que compõem o objeto da contratação (cf. item 5.10, fl. 45 dos autos);¹³

¹¹ Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2170/2007 - Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 19/10/2007.

¹² Tribunal de Contas da União, Acórdão 616/2010 - Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, Dou 06/04/2010.

¹³ Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 5323/2010, 1ª Câmara, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU 06/09/2010.

Determinação à *(omissis)* para que, ao estimar o custo de contratação, adote como base, preferencialmente, os preços praticados em contratações similares, bem como aqueles parametrizados em indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes, se for o caso, nos termos do art. 15, inciso XII, b, da IN/SLTI-MP nº 2/2008, valendo-se de consultas de preços diretamente junto a potenciais fornecedores somente quando não for possível utilizar-se dos citados expedientes.¹⁴

“o TCU deu ciência ao *(omissis)* para que aperfeiçoe a metodologia de pesquisa de preços na fase de planejamento do certame, prevendo consultas a fontes variadas, como fornecedores, licitações similares, atas de registros de preço, contratações realizadas por entes privados em condições semelhantes, entre outras, sem olvidar, no entanto, que os valores obtidos por meio dessas consultas que sejam incapazes de refletir a realidade de mercado devem ser desprezados, conforme Acórdão nº 868/2013-P.”¹⁵

É recomendável que a pesquisa de preços para a elaboração do orçamento estimativo da licitação não se restrinja a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, adotando-se, ainda, outras fontes como parâmetro, como contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados, portais oficiais de referenciamento de custos.¹⁶¹⁷

A título complementar, valioso trazer estudo realizado pelos Procuradores Federais sobre o tema. Após parecer de lavra do Procurador Federal Daniel de Andrade Oliveira Barral, a Advocacia Geral da União editou a Conclusão nº 02/2012 sobre a questão de pesquisa de mercado. Apesar de reconhecer a linha defendida pela Corte de Contas, a AGU sinalizou pela possibilidade de utilizar os preços praticados em outros contratos administrativos para cotejar com os orçamentos solicitados de empresas no mercado, mas sem alijar a pesquisa junto aos fornecedores.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N 02/2012

I - A ADMINISTRAÇÃO DEVE INSTRUIR TODOS OS AUTOS DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS VOLTADOS À CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COM PESQUISA DE PREÇOS ADEQUADAMENTE PARAMETRIZADA, AMPLA E ATUALIZADA, QUE REFLITA, EFETIVAMENTE, O PREÇO PRATICADO NO MERCADO.

II – COM O INTUITO DE DISCIPLINAR A CORRETA INSTRUÇÃO DOS AUTOS COM A PESQUISA DE PREÇO ADEQUADA, É RECOMENDÁVEL QUE A ADMINISTRAÇÃO EDITE ATO NORMATIVO INTERNO, DISCIPLINANDO, OS SEGUINTEs ASPECTOS:

A) INDICAÇÃO DO SETOR RESPONSÁVEL PELA REALIZAÇÃO DA PESQUISA DE PREÇOS;

B) DEFINIÇÃO DE MODELO DE FORMULÁRIO DE PESQUISA DE PREÇOS, QUE IMPONHA A INDICAÇÃO DA EMPRESA CONSULTADA, COM A SUA

¹⁴ Tribunal de Contas da União, item 1.6.2, TC-027.685/2011-0, Acórdão nº 3.395/2013-2ª Câmara.

¹⁵ Tribunal de Contas da União, item 1.7.1.2, TC-032.168/2013-6, Acórdão nº 853/2014-1ª Câmara.

¹⁶ Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 220 do Tribunal de Contas da União, Acórdão¹⁶2816/2014-Plenário, TC 000.258/2014-8, Rel. Min. José Múcio Monteiro, 22/10/2014.

¹⁷ Vide também item 1.7.1.1 do Acórdão nº 5.323/2010-1ª Câmara do Tribunal de Contas da União e Acórdão nº 868/2013-Plenário do Tribunal de Contas da União, bem como outras decisões no livro “Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência” (2. Ed. Editora Negócios Públicos, 2015).

QUALIFICAÇÃO COMPLETA, RAMO EMPRESARIAL A QUE SE DEDIQUE, E INDICAÇÃO DOS SEUS SÓCIOS;
C) DETERMINAÇÃO DE PADRÃO DE ANÁLISE DAS PESQUISAS DE PREÇOS, E A RESPONSABILIDADE PELA EXECUÇÃO DESTE ESTUDO.
III – A CONSULTA ÀS EMPRESAS DO RAMO PERTINENTE NÃO DEVE SER DISPENSADA OU SUBSTITUÍDA PELA CONSULTA A PREÇOS PÚBLICOS, MESMO QUE NAS PRORROGAÇÕES OU REACTUAÇÕES.

Constatando a dificuldade da Administração Pública na dita pesquisa de preços e suas mazelas, a Instrução Normativa SLTI-MPOG n. 06, de 23 de dezembro de 2013, alterou a Instrução Normativa n. 02/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), dentre outros aspectos na apreciação da pesquisa de mercado para a prorrogação dos contratos de serviços terceirizados.

Na redação inicial, o artigo 30, § 2º, da Instrução Normativa n. 02/2008 previa que “toda prorrogação de contratos será precedida da realização de pesquisas de preços de mercado ou de preços contratados por outros órgãos e entidades da Administração Pública, visando a assegurar a manutenção da contratação mais vantajosa para a Administração”.

Com a respectiva mudança em dezembro de 2013, houve o acréscimo do artigo 30-A que dispôs em seus parágrafos a imprescindibilidade de vantajosidade econômica para a prorrogação contratual nos casos de serviços contínuos, **todavia** esta vantajosidade poderá ser comprovada por outros meios que não a pesquisa de mercado e será presumida nos ajustes enquadrados nos incisos do § 2º do artigo 30-A:

§ 1º Os contratos de serviços de natureza continuada poderão ser prorrogados, a cada 12 (doze) meses, até o limite de 60 (sessenta) meses, quando comprovadamente vantajosos para a Administração, desde que haja autorização formal da autoridade competente e observados os seguintes requisitos: (IN 06/2013)

I - os serviços tenham sido prestados regularmente; (IN 06/2013)

II - a Administração mantenha interesse na realização do serviço; (IN 06/2013)

III - o valor do contrato permaneça economicamente vantajoso para a Administração; e (IN 06/2013)

IV- a contratada manifeste expressamente interesse na prorrogação. (IN 06/2013)

§ 2º A vantajosidade econômica para prorrogação dos contratos de serviços continuados estará assegurada, sendo dispensada a realização de pesquisa de mercado, quando o contrato contiver previsões de que: (IN 06/2013)

I - os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo ou em decorrência de lei; (IN 06/2013)

II - os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva 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 (IN 06/2013)

III - no caso de 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 Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP. (IN 06/2013)

No mesmo diapasão, houve a publicação da Instrução Normativa SLTI-MPOG nº 5, de 27 de junho de 2014, para disciplinar sobre a pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG). Neste ato administrativo normativo, em sua redação originária, ficou menosprezada a solicitação de orçamentos, já que passou a ser a última opção para comprovação no processo administrativo licitatório ou de contratação administrativa. Em **primeiro** lugar os agentes públicos deverão observar o portal de compras governamentais; em **segundo**, pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, os quais sejam reconhecidos por sua qualidade, segurança e dados fidedignos; em **terceiro**, contratações similares de outros órgãos e entidades, observados os comentários alhures neste artigo sobre tal pesquisa; e **por final**, em caso de insucesso das outras alternativas, deverá buscar junto aos fornecedores, mais precisamente por meio dos ditos orçamentos.¹⁸

Entretanto, após dois meses da Instrução Normativa SLTI-MPOG nº 5, foi publicada a Instrução Normativa SLTI-MPOG nº 7, de 29 de agosto de

¹⁸ Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização de um dos seguintes parâmetros, observada a ordem de preferência:

I - Portal de Compras Governamentais - www.comprasgovernamentais.gov.br;

II – pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso;

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

IV - pesquisa com os fornecedores

§1º Em observância à ordem de preferência estabelecida nos incisos do *caput*, a utilização do parâmetro seguinte dependerá da impossibilidade, devidamente justificada, de utilização do parâmetro que o precede.

§2º No âmbito de cada parâmetro, o resultado da pesquisa de preços será a média dos preços obtidos.

§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.

§4º No caso do inciso IV, somente serão admitidos os preços cujas datas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

§5º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores.

§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.

2014, que teve por escopo alterar parcialmente o artigo 2º e o artigo 6º. A ordem de preferência dos parâmetros para fins de pesquisa de preços foi afastado, ou seja, o agente público pode usar qualquer um dos quatro parâmetros previstos. Além disso, caso adote-se o portal de compras governamentais, o agente público poderá usar um único preço, não precisando colacionar no mínimo três preços em seu processo (§1º do artigo 2º). Esta regra é lamentável e extremamente perigosa, já que o uso de um único preço muito aquém ou muito além poderá, respectivamente, comprometer o sucesso da licitação ou a economicidade.¹⁹ Outra mudança foi a possibilidade de no âmbito de cada parâmetro, chegar ao resultado da pesquisa de preços pela média ou o menor dos preços obtidos (§2º do artigo 2º). Também se rechaça a adequação da referida regra, pois o preço de referência, o preço estimado e o preço máximo de uma licitação deverão ser encontrados a partir da média de preços colhidos no mercado, e não pelo uso do menor preço encontrado diante de outros vários possíveis orçamentos. Por último, foi modificado o parágrafo único do artigo 6º para prescrever que a Instrução Normativa não se aplica aos processos administrativos já iniciados, enquanto que na redação anterior preceituava a sua inaplicabilidade aos processos administrativos cujos instrumentos convocatórios já tivessem sido veiculados até o dia da publicação da instrução normativa (30 de junho de 2014).

Como se pode notar, o portal de compras governamentais ganhou relevo. Este por sua vez deverá ser de fácil acesso,²⁰ deverá permitir o acesso aos contratos em si e atas da licitação, exame dos editais e até juntada das propostas vencedoras, sob pena de serem ineficientes e inúteis as informações repassadas sem as reais condições para a execução do ajuste.

Ademais, não basta buscar qualquer dado no portal de compras. O agente público deverá agir com extremo cuidado ao apreciar as referidas informações lá disponíveis, sob pena de uso inadequado e prospectivamente grave dano ao interesse público com a frustração do adequado ciclo da contratação pública.

¹⁹ Repisa-se que não deverão ser usados os orçamentos com preços discrepantes, fora da realidade de mercado.

²⁰ Reiteram-se os mesmos comentários sempre feitos ao artigo 48-A da Lei de Responsabilidade Fiscal. Não basta que os dados estejam disponíveis virtualmente, no entanto faz-se impreterível que sejam passíveis de acesso e inteligíveis.

A mídia especializada, os sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo deverão ser fruídos de maneira responsável. O agente público deverá obter as referências externas a partir de sites que tenham uma expertise no tema e experiências pretéritas bem sucedidas, atentando que o manuseio de informes equivocadas somente aumentará o prejuízo à Administração Pública. Não se entende como pertinentes e razoáveis os exemplos explicitados no Caderno de Logística de Pesquisa de Preços da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que cita os sites www.americanas.com e www.submarino.com como veículos de domínio amplo e adequados para fins licitacionais, já que os preços lá praticados não são verossímeis aos preços ofertados em sede de licitações.

As informações apuradas neste parâmetro em comento deverão constar num relatório com a data e a hora de sua extração, bem como o ideal seria que a mídia especializada e o sítio eletrônico pudessem repassar também o edital, as condições da proposta vencedora, o teor do contrato e a ata da licitação. Tais dados servirão para que o agente público examine se efetivamente a sua licitação em trâmite poderá aproveitar os contratos e os relatórios como pesquisa de mercado.

Insta sublinhar que o artigo 3º da novel instrução normativa ²¹ foi preciso ao determinar a imprescindibilidade de solicitação formal para apresentação de proposta pelo fornecedor, conforme já exposto neste ensaio. O ideal seria que a instrução ainda mencionasse os dados mínimos necessários (quantitativo, prazo de entrega, forma para a execução contratual, penalidades, prazo de pagamento, etc.) a serem repassados aos fornecedores para que estes possam efetivamente apresentar um orçamento com desidério de pesquisa de mercado.

Outro ponto muito polêmico sobre a pesquisa de mercado é de quem é a competência para efetuar esta tarefa na fase interna. Alinha-se ao entendimento de que esta atribuição é do setor requisitante ou da área técnica, porque não é possível e nem viável que recaia tal responsabilidade sobre os pregoeiros ou a comissão de licitação. Como o pregoeiro ou os

²¹ 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.

integrantes da comissão de licitação saberão quais são os fornecedores do mercado do objeto X de informática, do objeto Y de serviços, do objeto W de material de expediente, do objeto de equipamento odontológico, etc.? Neste prumo, o Tribunal de Contas da União possui um julgado retratando este raciocínio ao recomendar “ao (*omissis*) para que atribua faticamente competência à Divisão de Engenharia Hospitalar para cotar preços unitários de serviços para obras e serviços de engenharia de qualquer porte, devido ser matéria pertinente à sua área de atuação, em consonância com o Regimento Interno do (*omissis*).”²²

Contudo, atinente ao tema, a mesma Corte de Contas já entendeu que “é competência da comissão permanente de licitação, do pregoeiro e da autoridade superior verificar se houve recente pesquisa de preço junto a fornecedores do bem a ser licitado e se essa pesquisa observou critérios aceitáveis.”²³ Deve-se interpretar com prudência este julgado, porque a responsabilidade somente recairá sobre tais servidores em caso de claro equívoco dos orçamentos juntados pelo setor solicitante ou em situações de flagrantes e notórias irregularidades na pesquisa de mercado como, por exemplo, cotação com empresas coligadas ou que tenham vínculos de parentesco passíveis de serem visualizados tais impropérios.²⁴ Não se vislumbra necessidade do pregoeiro, da comissão de licitação ou da autoridade superior refazer a pesquisa de mercado, mas tão somente perquirir se foram usados métodos condizentes com o escopo.

Postas estas considerações, conclui-se que, apesar das dificuldades reais enfrentadas, a pesquisa de mercado é condição *sine qua non* para o sucesso ou insucesso de uma licitação e de uma contratação administrativa, sendo que a Administração Pública, por intermédio dos seus agentes competentes, deverá efetuar uma pesquisa de mercado efetiva, séria, fidedigna e atual a partir das reflexões ora alinhavadas.

²² Tribunal de Contas da União, item 9.1.5, TC-009.343/2012-1, Acórdão nº 746/2013- Plenário.

²³ Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 211 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2147/2014-Plenário, TC 005.657/2011-3, Rel. Min. Benjamin Zymler, 20.8.2014).

²⁴ “O TCU deu ciência à (*omissis*) de impropriedade verificada em pregão eletrônico caracterizada pelo fato de que, na fase de pesquisa de preços, foi considerada suficiente a cotação com três empresas que possuíam vínculo entre si, seja por meio de parentesco entre os sócios, seja pelo compartilhamento de uma mesma funcionária, deixando-se de realizar ampla pesquisa de mercado, mediante outras fontes, para estabelecer o custo estimado da contratação, com descumprimento da Norma Caixa AD020042.” (Tribunal de Contas da União, item 9.2.2, TC-022.991/2013-1, Acórdão nº 2.383/2014-Plenário).