

LEI Nº
14.133
2021

Conteúdo
atualizado
com a **nova**
Lei de Licitações

CONTEÚDO
GRATUITO



A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A JUSTIFICATIVA DE PREÇOS EM CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE

Gabriela Pércio
Ronny Charles L. Torres

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO



ONLL

Autores

Gabriela Pércio

Ronny Charles L. Torres

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A JUSTIFICATIVA DE PREÇOS EM CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE

*Esse material é protegido por direitos autorais sendo vedada a reprodução não autorizada, gratuita ou onerosamente, sob pena de ressarcimento, em caso de infração aos direitos autorais.

É permitido citar os excertos em petições, pareceres e demais trabalhos, desde que seja informada a fonte, garantidos os créditos dos autores dos artigos, do órgão emanador da decisão ou informação e da publicação específica, conforme a licença legal prevista no artigo 46, III da Lei nº 9.610/1998.

A nova Lei de Licitações e a justificativa de preços em contratação por inexigibilidade¹

Gabriela Pércio

Advogada e consultora para a Administração Pública em Licitações e Contratos. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito de Curitiba – FDC-UNICURITIBA. Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Itajaí-SC. Autora de livros e artigos jurídicos.

Ronny Charles L. Torres

Advogado da União. Palestrante. Professor. Doutorando em Direito do Estado (UFPE). Mestre em Direito Econômico (UFPB). Pós-graduado em Direito tributário (IDP). Pós-graduado em Ciências Jurídicas (UNP). Coordenador (junto com o Prof. Jacoby Fernandes) da pós-graduação em Licitações e contratos, da Faculdade Baiana de Direito. Professor do Centro de Ensino Renato Saraiva (CERS). Membro da Câmara de licitações e contratos administrativos da Consultoria Geral da União. Autor de livros e artigos jurídicos.

¹ O presente artigo é uma atualização de artigo anterior, com o objetivo de preservar a utilidade da abordagem considerando a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, nº 14.133/21. O artigo original intitula-se “A justificativa de preços em contratação por inexigibilidade de licitação” e foi publicado na Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, v.19, n. 227, nov. 2020.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	5
2. PESQUISA DE PREÇOS E JUSTIFICATIVA DE PREÇOS	6
3. CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE E COTAÇÃO COM OUTROS FORNECEDORES.....	8
<i>3.1 Entendimento do TCU e Instrução Normativa nº 65-SEGES/ME, de 7 de julho de 2021</i>	<i>8</i>
<i>3.2 Confronto da premissa com a compreensão de que há diferentes hipóteses de inexigibilidade</i>	<i>10</i>
<i>3.3. Inexigibilidade e justificativa de preços</i>	<i>12</i>
<i>3.4 Ponderação econômica sobre o preço da contratação por inexigibilidade</i>	<i>14</i>
<i>3.5 Da inadequação da adoção do parâmetro preço para a escolha de um fornecedor contratado por inexigibilidade</i>	<i>17</i>
4 CONCLUSÃO	19
REFERÊNCIAS.....	19

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar o papel da pesquisa de preços na justificativa que deve instruir os processos de contratação direta por inexigibilidade de licitação, especialmente sob o enfoque da caracterização da inviabilidade de competição, requisito que dá sustentação às hipóteses listadas exemplificativamente pela Lei nº 14.133/21 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - NLCC.

O art. 72 da NLCC disciplina a instrução do processo de contratação direta, indicando os respectivos documentos a serem anexados, em especial “a estimativa de despesa, que deve ser calculada na forma estabelecida no art. 23” (inc. II) e a “justificativa de preços” (inc. VII). Esta alusão em diferentes incisos do caput do artigo 72 ressalta a importância da aferição e justificativa do preço, seja referencial ou transacional, na contratação pública.

No inciso II, o referido art. 23 trata da fixação do valor estimado da contratação, estabelecendo que “deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado” e ser aferido com a utilização dos parâmetros indicados em seus incisos, de forma combinada ou não. Tais parâmetros são os mesmos utilizados para a composição da cesta de preços nos processos de licitação. Já no inciso VII, o art. 23 trata da justificativa de preços, que se apresenta como um esclarecimento sobre o valor da contratação firmada.

A Instrução Normativa nº 65, de 7 de julho de 2021, que dispõe sobre a realização de pesquisa de preços no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, acrescenta, em seu art. 7º, algumas regras específicas para o caso de contratação por inexigibilidade.

Preocupação especial decorre do risco de interpretação que não considere as peculiaridades das diferentes hipóteses de inviabilidade de competição, quando da elaboração e análise das competentes justificativas.

Especialmente para fins de controle, há que se evitar premissas equivocadas, que conduzam a conclusões prejudiciais à eficiência e à eficácia da contratação, tal como a de que a mera existência de pesquisa de preços junto ao processo descaracteriza e, portanto, desautoriza a contratação direta por inexigibilidade de licitação, já verificada antes da entrada em vigor da Lei 14.133/21.

2. PESQUISA DE PREÇOS E JUSTIFICATIVA DE PREÇOS

É importante diferenciar, preliminarmente e de forma bastante objetiva, a pesquisa de preços da justificativa de preços.

O art. 23 da Lei 14.133/21 estabelece que “[o] valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.” A **pesquisa de preços** é, pois, o mecanismo pelo qual a Administração Pública obtém os preços que servirão de referência para a fixação do valor estimado da contratação, valendo-se, para tanto, dos parâmetros indicados no §1º do mesmo art. 23.

Nos últimos anos, tem prevalecido o entendimento de que a pesquisa deve ser tão ampla quanto necessário à vista do objeto, do mercado e dos riscos envolvidos na contratação, ficando, a utilização de três orçamentos, restrita a situações de menor potencial lesivo em caso de erros. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União se solidificou no sentido de que a pesquisa deve formar uma “cesta de preços” composta por preços de diversas fontes.¹

1 A propósito do tema, vide Acórdãos nº 2.170/2007, nº 819/2009 e nº 2637/2015, todos do Plenário do TCU.

Feita a pesquisa, os valores colhidos são submetidos ao tratamento por meio da utilização de método destinado à obtenção do preço estimado², o qual, a rigor, orientará a elaboração das propostas e o julgamento da licitação ou, o que aqui nos interessa, a justificativa do preço para a contratação direta.

A **justificativa do preço** é a demonstração da coerência entre a decisão administrativa de contratar por um determinado valor, considerando a pesquisa de preços realizada, o valor estimado e as características da contratação que está sendo realizada. A justificativa do preço, portanto, é muito mais do que a pesquisa. Seu objetivo é subsidiar, motivar a decisão administrativa sob os especiais enfoques da razoabilidade e da economicidade, considerando a situação concreta.

Há um componente variável, uma análise crítica de elementos específicos a cada contratação, destinada a demonstrar que o preço praticado, naquele caso, é o mais apropriado. Nesses termos, a construção da justificativa deve ser orientada a respaldar o gestor quanto ao acerto da sua decisão, demonstrando a coerência do preço praticado *para aquela contratação em especial*, levando em conta, inclusive, seu fundamento legal, não se limitando à comprovação, por meio de documentos fiscais ou tabelas de preços, de que o preço ofertado é condizente com o praticado pelo mercado.

2 IN nº 65/2021-SEGES/ME:

“Art. 6º Serão utilizados, como métodos para obtenção do preço estimado, 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 de que trata o art. 5º, desconsiderados os valores inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados.

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

§ 2º Com base no tratamento de que trata o caput, o preço estimado da contratação poderá ser obtido, ainda, acrescentando ou subtraindo determinado percentual, de forma a aliar a atratividade do mercado e mitigar o risco de sobrepreço.

§ 3º Para desconsideração dos valores inexequíveis, inconsistentes ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

§ 4º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados.

§ 5º Excepcionalmente, será admitida a determinação de preço estimado com base em menos de três preços, desde que devidamente justificada nos autos pelo gestor responsável e aprovada pela autoridade competente.

§ 6º Quando o preço estimado for obtido com base única no inciso I do art. 5º, o valor não poderá ser superior à mediana do item nos sistemas consultados.”

3. CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE E COTAÇÃO COM OUTROS FORNECEDORES

3.1 Entendimento do TCU e Instrução Normativa nº 65-SEGES/ME, de 7 de julho de 2021

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas, a justificativa do preço em contratações diretas no caso de inexigibilidade de licitação deve ser realizada, preferencialmente, mediante a comparação com os preços praticados pelo próprio fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas. No Acórdão nº 1.565/2015, indicou-se, aliás, uma adoção apenas preferencial desta forma de justificar o preço, sem afastar outras eventualmente cabíveis.

Em 2019, contudo, o Acórdão nº 2.280, da Primeira Câmara do TCU, gerou discussão ao divulgar o entendimento de que “a realização de cotação de preços junto a potenciais prestadores dos serviços demandados, a fim de justificar que os preços contratados estão compatíveis com os praticados no mercado, afasta a hipótese de inexigibilidade de licitação, por restar caracterizada a viabilidade de competição.”

Na oportunidade, afirmando a necessidade de atentar para o caso concreto tratado no acórdão³ e evitar a aplicação generalizada da referida conclusão, nele contida, abordamos o tema em artigo intitulado “Ilegalidade da pesquisa de preços em contratação por inexigibilidade de licitação”⁴, chamando atenção para necessidade de dar tratamento

3 Tratava-se de um Pedido de Reexame interposto contra decisão que, ao apreciar auditoria realizada para verificar o funcionamento do modelo de concessão de bolsas e a execução de projetos custeados com recursos do Sesi/PR e do Senai/PR, dentre outras medidas, aplicou a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 aos responsáveis. O Tribunal considerou irregular a contratação, por inexigibilidade de licitação, de uma empresa para ministrar treinamentos, entre outras razões, por ter sido realizada pesquisa de preço com outras empresas do ramo. Na ocasião, os responsáveis alegaram que “o preço não se constituiu em fator decisivo, visto que as contratações se fundamentaram em inexigibilidade de licitação ante a inviabilidade de competição decorrente da superioridade técnica das empresas sobre as demais. Justificaram que, apesar disso, os preços praticados estavam dentro dos parâmetros de mercado.” Não obstante, foi negado provimento ao recurso, mantendo-se a multa aplicada.

4 Publicado na Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 18, n. 210, p. 22-25, jun. 2019.

diverso à matéria, conforme se trate de inviabilidade de competição relativa ou absoluta, hipóteses contempladas tanto no art. 25 da Lei nº 8.666/93 quanto no art. 30 da Lei 13.303/06, evitando-se, assim, uma aplicação disfuncional das normas legais.

As disposições da Lei 14.133/21 e da Instrução Normativa nº 65/21-SEGES/ME, editada para regulamentar a pesquisa de preços no seu âmbito, trouxeram novamente à tona a necessidade de uma abordagem clara sobre o assunto. Da análise conjunta, as seguintes regras podem ser extraídas:

- a) O processo de contratação por inexigibilidade de licitação deve ser instruído com a estimativa de despesa (valor estimado da contratação), que será obtida por meio de pesquisa de preços nos parâmetros a partir dos parâmetros do art. 23 da Lei 14.133/21 (art. 72, inc. II da Lei 14.133/21);
- b) O processo de contratação por inexigibilidade de licitação deve ser instruído com a justificativa de preços (art. 72, inc. VII da Lei 14.133/21);
 - a. A justificativa de preços terá como base os valores de contratação de objetos idênticos comercializados pela empresa a ser contratada em até um ano antes da data da contratação, por meio de notas fiscais ou outro meio idôneo, quando não for possível estimar o valor na forma do art. 23 da Lei 14.133/21 (art. 7º, §1º da IN nº 65/2021-SEGES/ME);
 - b. A justificativa de preços poderá ter como base valores de objetos semelhantes, caso a empresa a ser contratada nunca tenha comercializado objeto idêntico (art. 7º, §2º da IN nº 65/2021-SEGES/ME);
 - c. Será vedado contratar por inexigibilidade quando a justificativa de preços demonstrar a possibilidade de competição (art. 7º, §3º da IN nº 65/2021-SEGES/ME).

A regra do §3º do art. 7º da IN nº 65/2021-SEGES/ME, indicada na letra “c” *supra*, requer cuidado em sua aplicação, cabendo ser considerada conjuntamente com a regra do §1º do mesmo artigo, evitando-se, assim, sua compreensão à luz da premissa abraçada pelo Acórdão nº 2.280, da Primeira Câmara do TCU.

3.2 Confronto da premissa com a compreensão de que há diferentes hipóteses de inexigibilidade

A pesquisa de preços com diferentes fornecedores é incompatível apenas e tão somente com a inviabilidade de competição absoluta, ou seja, aquela fundada na ausência de outros particulares aptos oferecer o produto ou serviço buscado pela Administração, a rigor em decorrência da exclusividade do fornecedor ou prestador. Nos casos de inviabilidade de competição relativa, é possível admitir pesquisa com a finalidade de parametrizar a análise de razoabilidade da contratação que será feita pela autoridade responsável e orientar a elaboração da justificativa da contratação, **sem o objetivo, portanto, de definir quem será o contratado.**

O §3º do art. 7º da IN nº 65/2021-SEGES/ME estabelece que, “[f]ica vedada a contratação direta por inexigibilidade caso a justificativa de preços demonstre a possibilidade de competição”, podendo parecer ao leitor mais apressado que a *pesquisa de preços*, por si, é um indicativo da ilegalidade da contratação por inexigibilidade, qualquer que seja seu fundamento.

É primordial entender o referido dispositivo à luz da diferença entre as duas hipóteses de inviabilidade de competição já referidas e da diferença já apontada entre pesquisa de preços e justificativa de preços. A justificativa de preços será distinta em ambos os casos e, ainda, será sempre distinta em relação à justificativa de preços que instrui contratações via licitação ou hipóteses de contratação direta por dispensa, pelo simples fato de que a justificativa de preços está obrigatoriamente relacionada à situação concreta de uma dada contratação.

Isto posto, é incontroverso que o requisito da inexistência de mais de um particular apto a atender à demanda da Administração e, portanto, a inviabilidade de competição absoluta, caracteriza a hipótese dos incs. I e V do art. 74 da Lei 14.133/21, mas não as previstas nos incisos II, III e IV, nem vincula, portanto, a noção de inexigibilidade de licitação. A inexigibilidade, em tais hipóteses, não decorre da ausência de outros possíveis competidores, mas da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento (incs. II e III) e da inaptidão da licitação para o alcance dos resultados pretendidos, necessários à satisfação do interesse público (inc. IV).

Desse modo, diante de hipótese legal de inexigibilidade de licitação que admita a existência de vários potenciais contratados, não será possível afirmar que a mera consulta de preços junto a mais de um particular descaracteriza a inviabilidade de competição, tornando ilegal a contratação direta. Não é verdadeira a premissa da exclusividade do fornecimento ou prestação do serviço, que levaria à ausência de competição e, conseqüentemente, à impossibilidade de uma pesquisa de preços no mercado. Em tais hipóteses, a discricionariedade na escolha é um elemento intrínseco claro e irrefutável à respectiva hipótese legal de inexigibilidade de licitação, conforme reconhecido pela doutrina e pelo TCU, a exemplo da célebre Decisão 439/1998 – TCU/Plenário.⁵

Esse contexto nos leva a um dos pontos que merece destaque nesta análise: sendo maior a discricionariedade, maior será a sensação pessoal de perigo ao gestor e, por conseqüência, maiores serão os cuidados relacionados à legalidade da contratação em todos os seus aspectos, inclusive quanto ao preço. Por isso, é razoável que, diante de uma pluralidade de possíveis contratados em condições de executar um objeto que não permita uma comparação objetiva de propostas, o

5 “10. Destarte, partilho do entendimento esboçado pelo Ministro Carlos Átila no sentido do reconhecimento de que há necessidade de assegurar ao Administrador ampla margem de discricionariedade para escolher e contratar professores ou instrutores. Discricionariedade essa que deve aliar a necessidade administrativa à qualidade perseguida, nunca a simples vontade do administrador. Pois, as contratações devem ser, mais do que nunca, bem lastreadas, pois não haverá como imputar à legislação, a culpa pelo insucesso das ações de treinamento do órgão sob sua responsabilidade.”

gestor busque conhecer os preços praticados por outros particulares, para uma melhor avaliação de riscos e motivação de sua escolha. Isso poderá ocorrer por meio de consulta a diversos prestadores de serviço e a justificativa de preços que considere as conclusões extraídas desta “pesquisa” não indicará, por óbvio, a ilegalidade de uma contratação por inexigibilidade, por não descaracterizar a inviabilidade de competição relativa admitida pela Lei.

Esse raciocínio não se aplica, todavia, a inexigibilidades fundadas no inc. I do art. 74 da Lei 14.133/21, por exemplo, para a qual não há e não pode haver outros fornecedores com quem pesquisar preços, caso em que a efetiva obtenção de orçamentos para um objeto com as mesmas características junto a mais de um fornecedor indicará, a rigor, o descabimento da contratação direta.

3.3. Inexigibilidade e justificativa de preços

No que concerne à justificativa de preços para a contratação direta por inexigibilidade de licitação, embora seja exigida como elemento de instrução processual pela NLLC, não há uma definição legal de rito ou forma para sua concretização. Assim, a conduta esperada do gestor responsável é, certamente, por uma questão de lógica, seguir a orientação firmada pelo TCU no sentido comparar os preços praticados pelo fornecedor junto a outras organizações, públicas ou privadas.⁶

Contudo, esta não é a única conduta possível, conforme já enfatizado pela AGU⁷ ao admitir a utilização de outros “meios igualmente idôneos” destinados a aferir a razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade. O §1º do art. 7º da IN nº 65/2021-SEGES/ME segue nessa linha ao estabelecer que, quando não for possível estimar o valor do objeto da forma convencional, ou seja, utilizando-se dos parâmetros previstos pelo art. 23 da Lei 14.133/21 e repetidos no

6 Acórdão 1.565/15-TCU/Plenário e Acórdão 2.993/18-TCU/Plenário.

7 Orientação Normativa nº 17, de 1º de abril de 2009, alterada pela Portaria AGU nº 572, de 13 de dezembro de 2011.

art. 5º da referida IN, a justificativa de preços poderá se dar a partir de notas fiscais emitidas pela empresa no período de até um ano antes ou por *outro meio idôneo*. Desse modo, embora seja esperado que o gestor se valha, para justificar o preço, de contratos similares celebrados pelo particular a ser contratado, outras formas com o mesmo propósito não podem ser afastadas.

Um cenário comumente encontrado é aquele em que, diante de vários profissionais notoriamente especializados, o gestor decide-se, desde logo, pela contratação de um deles. Para tanto, considera, por exemplo, a *confiança formada in concreto* em decorrência de trabalhos anteriores realizados junto à própria Administração contratante, sendo-lhe claro que essa alternativa, devidamente justificada no processo, é a mais adequada para o alcance dos objetivos da organização, na linha do que prescreve o §3º do art. 74 da Lei no 14.133/21. Então, inicia a instrução do processo para a contratação, independentemente dos preços praticados por outros profissionais notoriamente especializados. A justificativa de preços se dará mediante informações referentes a outras contratações celebradas pelo profissional, comprovando que o preço praticado é o *seu* preço corrente.

Porém, esse mesmo gestor, por cautela, pode decidir consultar outros prestadores notoriamente especializados para o serviço, a fim de identificar um parâmetro financeiro e dar maior segurança à sua decisão ou mesmo conferir-lhe elementos para eventual negociação. Imagine-se, para ilustrar, que há três profissionais (A, B e C) com notória especialização potencialmente suficiente para ministrar um treinamento avançado na área de licitações e contratos para uma estatal, objeto evidentemente singular. Tendo em vista a notoriedade dos três profissionais, mesmo tendo a compreensão de que A seria não apenas a melhor opção, como também a mais adequada, em virtude de desempenho anterior e publicações sobre temas de especial interesse da estatal para o pretendido treinamento, o gestor solicita orçamento aos outros dois. O objetivo do zeloso gestor não é realizar a escolha considerando tão somente o aspecto financeiro, ao qual não está vinculado, mas ter informações que possam auxiliá-lo na negociação e na tomada de decisão.

Duas situações podem, então, ocorrer: a) todos os orçamentos apresentarem valores muito similares, deixando o gestor bastante confortável em sua decisão; b) os orçamentos apresentarem valores muito diferentes, levando o gestor a uma análise mais acurada antes de definir a escolha do executor, considerando os aspectos técnicos e, também, financeiros da contratação. Se realizada nesses termos, ou seja, *com o objetivo de parametrizar a avaliação da economicidade da contratação e justificar de forma mais apropriada a opção administrativa*, a pesquisa não se afigura inadmissível. E, como dito, ela é, de fato, exequível, tendo em vista a multiplicidade de possíveis contratados, mesmo diante de um objeto em que há a inviabilidade de competição justificadora da inexigibilidade.

É evidente que a conduta sugerida não afasta a existência das condições de contratação direta por inexigibilidade de licitação, nem acarreta qualquer ilegalidade ao processo; ao contrário, reflete o verdadeiro exercício da discricionariedade administrativa, mediante uma avaliação adequada da conveniência e da oportunidade da contratação considerando todos os fatores envolvidos, à luz dos objetivos a serem alcançados. Tais aspectos, é fundamental que se diga, devem ser extraíveis do contexto do processo como elementos *influenciadores* da decisão, sendo recomendável sua explicitação quando da elaboração da justificativa do preço.

3.4 Ponderação econômica sobre o preço da contratação por inexigibilidade

Muitos negligenciam que a contratação, mesmo a pública, envolve uma troca, influenciada por elementos dinâmicos, caracterizada por assimetrias informacionais.

Compreender adequadamente o direito exige que se entenda “o movimento próprio das peças que é programado para reger”, sendo necessário conhecer o ser humano, o mercado e compreender suas

interações⁸. A Análise Econômica do Direito, notadamente em sua perspectiva normativa, tendo como ponto de partida a compreensão de que o agente racional faz escolhas de acordo com incentivos, objetiva emitir opiniões e ponderações sobre a adequação ou não de determinadas regras jurídicas a fins últimos.⁹

O comportamento induzido por uma leitura precipitada da IN nº 65/2021-SEGES/ME, influenciada por concepções formadas antes da Lei 14.133/21 e pela premissa contida no citado Acórdão nº 2.280/2019-TCU/Plenário, pode prejudicar a atuação diligente do gestor público que, mesmo diante de uma hipótese de inviabilidade relativa de competição, em que tal conduta não se faz necessária, resolve buscar parâmetros de preços junto a outras empresas ou profissionais.

Deve-se firmar: essa referência pode ser importante e até economicamente estratégica para reduzir assimetrias de informações e facilitar a negociação pelo órgão público. É plausível, por exemplo, a hipótese em que, diante de uma pretensão contratual caracterizável como inexigível, a empresa ou profissional detentor de comprovantes de contratações anteriores utilize seus maiores preços, apoiado no formato restritivo de demonstração indicado pelo Acórdão no 2.280/2019, e, assim, eleve o valor da sua contratação. Desse modo, a coleta de preços junto a outras empresas e profissionais pode servir para mitigar os riscos desse comportamento, pela referência com outra empresa ou profissional que também poderia, em tese, ser contratado. Outras medidas poderiam ser, também, adotadas e até sugeridas, dentro do exercício da discricionariedade administrativa.

Vale salientar que é racional e legítima a atitude do fornecedor ao apontar como parâmetros suas contratações que tiverem preços mais elevados, em detrimento de outras com preços menores. Também assim, deve ser entendida como racional, legítima e até recomendável, a atitude do gestor que busca identificar parâmetros outros para valoração do preço a ser pago numa contratação, mesmo quando inexigível a licitação.

8 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 5.

9 TIMM, Luciano Benetti. Direito Contratual Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. P. 178.

Imagine-se, agora, um procedimento para contratação de um músico consagrado. Embora ressabido que a escolha desse artista não se presta ao modelo de licitação, certamente existirão profissionais que detenham similar consagração pública e pratiquem preços mais ou menos parecidos. É também sabido que há períodos em que, sazonalmente, os preços para contratações desses artistas possuem vieses de alta e outros períodos em que ficam mais reduzidos, em função da relação demanda x oferta.

Nesse quadro, um consagrado cantor de forró, música dançante que marca a cultura nordestina, costuma cobrar mais por seus serviços em períodos de festas juninas. Se a contratação ocorrer em período diferente, ou mesmo em um período junino de menor demanda de festas, haverá relevante impacto no preço de mercado, o que poderá não ser identificado se adotado o comportamento formalista de tão somente exigir-se prova de preços praticados pelo próprio contratado. Ademais, sendo dado presumir que, racionalmente, os humanos escolhem, entre as opções disponíveis, aquela que lhe oferece a maior satisfação,¹⁰ parece razoável antever que, diante de diversas referências contratuais similares, com preços diferentes, o interessado, quando solicitado, apresentará aquelas de maior valor, ampliando a vantagem econômica de sua contratação.

Nesta senda, a consulta a outro artista consagrado pode proteger a Administração Pública e o próprio gestor de ser surpreendido por avaliações, seja do controle externo, da imprensa ou de cidadãos, que considerem inapropriados, excessivos ou até mesmo imorais os valores despendidos.

Enfim, a definição do preço é um processo dinâmico, porque “o preço é um encontro”, impactado por diversos elementos, subjetivos e objetivos, o que o torna um produto complexo¹¹, resultado de valorizações

10 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 45

11 NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Pesquisa de preços nas contratações públicas, em tempos de pandemia*. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/pesquisa-de-precos-nas-contratacoes-publicas-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em: 10/08/2020,

que se harmonizam no momento da conclusão do acordo. ¹²Diante desta percepção, justifica-se a coleta de preços praticados por outros particulares como instrumento utilizado para reduzir a assimetria de informações, facilitando uma boa negociação pela Administração.

Reitere-se, diante de hipótese inviabilidade de competição relativa, a coleta de preços praticados pode ser um comportamento racional estratégico para garantir uma contratação mais vantajosa.

3.5 Da inadequação da adoção do parâmetro preço para a escolha de um fornecedor contratado por inexigibilidade

Cabe importante ressalva, da qual pode depender, aí sim, a legalidade ou ilegalidade da contratação. A busca de preços junto a outros profissionais ou empresas notoriamente especializadas *não pode ser adotada com a finalidade de comparar preços* e, a partir disso, escolher o contratado, optando-se, eventualmente, pelo particular que oferecer o menor valor.

A justificativa de preços que indicar essa linha de conduta estará fatalmente equivocada e poderá inquirir de ilegalidade a contratação direta, que não tem o menor preço como justificativa para a contratação, mas, sim, a busca do melhor executor possível para um objeto considerado diferenciado, cuja aferição objetiva através do menor preço foi excepcionada pelo legislador, justamente, por inadequada e incompatível.

Tome-se como exemplo a inexigibilidade de licitação prevista no inc. III do art. 74, que autoriza a escolha discricionária de um determinado prestador de serviços notoriamente especializado *sob o fundamento de que seu* “conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização,

às 10:52.

12 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 119

aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”. Nessas condições, a realização da pesquisa com a finalidade de *justificar* o preço, sendo este o critério de escolha e, eventualmente, tendo-se como diretriz a contratação pelo menor valor, é incompatível com a caracterização da hipótese legal.

A pesquisa, independente da forma como realizada, deve ter a finalidade de parametrizar a análise de razoabilidade e orientar a elaboração da justificativa da contratação, jamais de definir quem será contratado.

De fato, sendo, a inexigibilidade de licitação, fundada na impossibilidade de comparação objetiva entre propostas, *a escolha não pode se dar em razão do preço*. Feita nesses termos, a seleção do executor resulta de uma comparação simples e objetiva e, portanto, frontalmente avessa à hipótese tratada. Ademais, se o preço é fator preponderante na escolha do contratado, cabe questionar se o objeto possui a singularidade necessária para justificar uma contratação por notória especialização, já que, a rigor, um objeto peculiar, diferenciado, com especial grau de dificuldade e incerteza na produção de resultados, a ponto de exigir a contratação de profissional ou empresa notoriamente especializada, não comporta a escolha do seu executor pautada simplesmente no preço.

Isso significa que, *a despeito da consulta a outros profissionais ou empresas notoriamente especializadas e da influência dos valores obtidos sobre a decisão do agente, os aspectos fundamentais da contratação precisam estar justificados adequadamente, de modo que não exsurja do processo a conclusão de que foi o preço, tão-somente, a definir seu resultado*.

Assim, a singularidade do objeto, os atributos de notória especialização do executor e a relação de dependência entre ambos, que condicionam o sucesso da contratação, devem estar demonstrados

mediante justificativa formal. Os agentes responsáveis pela sua instrução e aprovação devem caracterizar corretamente a singularidade do objeto de modo que a contratação de profissional ou empresa notoriamente especializada seja, conforme o objetivo da Lei, uma garantia de sua execução a contento. A escolha do executor, que se dará de forma discricionária, mas motivada, não se baseará no preço, mas, conforme já reconhecido pelo TCU em diversos acórdãos, na confiança, formada pelo conjunto de elementos trazidos ao processo, de que ele, indiscutivelmente, possui as condições necessárias para produzir os resultados esperados com a contratação.

Tais condições devem constar de justificativa formal, em que o gestor explicita de forma coerente sua opção. Como consequência desta especial situação, não haverá *comparação* de preço possível, senão considerando contratos já celebrados pelo próprio executor com outros contratantes, pois o preço estará atrelado às condições de trabalho e à situação de notória especialização que lhe são próprias.

Contudo, a depender da situação concreta, a busca de parâmetros junto a outros profissionais ou empresas notoriamente especializadas poderá ser útil ao balizamento da escolha feita pelo gestor, conforme demonstramos, sem qualquer reflexo na comprovação dos requisitos legais necessários a caracterizar a hipótese de inexigibilidade de licitação.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou trazer algumas provocações e incentivar maior reflexão sobre a assertiva, cogitada por ocasião da divulgação do Acórdão no 2.280/2019-TCU/Plenário, de que a realização de pesquisa de preços junto a outros fornecedores descaracteriza a inviabilidade de competição nas contratações por inexigibilidade.

A compreensão de que há diferentes hipóteses de inexigibilidade de licitação e de que a coleta de preços, em situações de inviabilidade relativa de competição, pode ser uma ação legítima e estratégica do

gestor público, é fundamental para evitar, na vigência da Lei 14.133/21 e diante do que estabelece o §3º do art. 7º da IN nº 65/2021-SEGES/ME, a adoção de uma premissa equivocada de interpretação e controle, como prejuízos ao processo de contratação e ao gestor por ela responsável.

É imperioso pontuar que a justificativa do preço para o processo de inexigibilidade de licitação, assim como toda a sua fase de instrução, deve levar em conta o respectivo fundamento legal e a situação concreta da específica contratação. Ao gestor público, há que se alertar quanto à impropriedade de, no caso da inviabilidade de competição relativa, tomar a comparação de preços como elemento de decidir, cabendo-lhe, tão-somente, nesses casos, levá-la em consideração como *elemento influenciador*, que possibilita uma motivação mais efetiva (e segura) da sua decisão.

Na contratação por inexigibilidade, qualquer que seja o seu fundamento, o gestor público não deve utilizar a coleta de preços com o objetivo de adotar o fator econômico como critério de decisão, escolhendo, a partir dele, o contratado. A justificativa de preços deverá guardar relação com a demonstração das razões da escolha da empresa ou profissional, a partir da correspondente hipótese legal, atentando-se, precipuamente, para a caracterização concreta da inviabilidade de competição.

Aos agentes do controle, de outra banda, cabe ponderar que, não sendo o caso de inviabilidade de competição absoluta, o só fato de ter sido realizada consulta a outros particulares não é suficiente para descaracterizar a inexigibilidade de licitação, cabendo investigar como as informações obtidas foram utilizadas pelo gestor na hora de decidir. A aplicação do §3º do art. 7º da IN 65/21-SEGES/ME deve ser cautelosa, respeitando-se as diferentes realidades concretas das quais se originam as contratações por inexigibilidade de licitação, as diferentes hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas em lei e, por fim, a autonomia do gestor para atuar da forma que lhe parecer mais apropriada para o atendimento do interesse público e para a tomada da melhor decisão.

REFERÊNCIAS

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 5.

NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Pesquisa de preços nas contratações públicas, em tempos de pandemia. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/pesquisa-de-precos-nas-contratacoes-publicas-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em: 10/08/2020, às 10:52.

TIMM, Luciano Benetti. Direito Contratual Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. P. 178.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas – Lei nº 14.133/2021**, 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021.

GUIMARÃES, Edgar... (et al). Coordenação Maria Sylvia Zanella di Pietro. Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021.



Fique por dentro

Cursos e Eventos

FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

ONLL

Curso Online

Nova Lei de Licitações e Contratos:
Inovações e Potencialidades

18 a 27 Outubro

Inscreva-se

Podcast Fórum

FÓRUM
Convida

#02 **AULA MAGNA**
NOVA LEI DE LICITAÇÕES
E CONTRATOS: INOVAÇÕES
E POTENCIALIDADES

Tatiana Camarão, Fabrício Matta
e Rafael Sérgio

OUÇA O PODCAST