



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

NOTA TÉCNICA Nº 002/2021 – PGE/CLC

Interessado: Central de Licitações e Contratos - CLC/PGE

Assunto: consulta jurídica sobre a fixação do valor máximo de contratação, através de percentual de acréscimo ou supressão de percentual sobre o valor estimado, na forma da IN 73/2020.

EMENTA: FIXAÇÃO DO VALOR MÁXIMO EM PERCENTUAL SUPERIOR AO CUSTO ESTIMADO. COMPROVAÇÃO DE NECESSIDADE NOS AUTOS. PERCENTUAL FIXADO COM BASE NA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. POSSIBILIDADE.

1. DO OBJETO

Trata-se de manifestação jurídica por meio de Nota Técnica acerca da possibilidade de fixação do preço máximo da contratação a partir do preço estimado, acrescido ou subtraído de determinado percentual, de forma justificada.

2. DO CABIMENTO

A Nota Técnica é modalidade de manifestação prevista na Resolução n.º 04/2019 - CONSUP PGE-AP, que alterou o art. 9º da Resolução jurídica, n.º 004/2018-CONSUP PGE-AP, sem obrigatoriedade de homologação pelo Procurador-Geral do Estado, quando a emissão de parecer não for necessária, obrigatória ou recomendável, diante de consultas de baixa complexidade, que admitem pronunciamento simplificado.

Considerando-se que a consulta envolve baixa complexidade jurídica e amparada nos princípios da economia processual, celeridade e eficiência, adota-se a presente manifestação técnica para orientar a CLC/PGE.

3. DA COMPETÊNCIA

Os Procuradores do Estado têm a competência para emitir notas técnicas com base no art. 132 da Constituição Federal de 1988, no art. 153 da Constituição do Estado e na Lei Complementar n.º 089/15, que atribuem à PGE as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Estado do Amapá, combinado com o disposto na Resolução n.º 04/2019 - CONSUP PGE-AP.

O analista jurídico também detém competência para emitir nota técnica, nos termos do art. 4º, XVII da Lei Estadual n.º 1.296/09, que atribui-lhe a competência de prestar assistência em áreas relacionadas à aplicação de leis, decretos e regulamentos



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

de interesse interno, examinando processos, emitindo manifestações e elaborando documentos de interesse do órgão ou ente de atuação, em consonância com as leis e normas que constituem ordenamento jurídico estadual.

O art. 12 da Resolução nº 004/2019 – CONSUP/PGE-AP veda a utilização da nota técnica na fase interna dos processos e procedimentos licitatórios, salvo nos eventos próprios ao âmbito dos órgãos internos da Central de Licitações, quando o Procurador-Chefe, caso não seja o subscritor, poderá homologar as respectivas manifestações, sendo esse o caso em apreço.

4. DO MÉRITO

Sabe-se que, durante a fase interna da licitação, a realização da pesquisa de preços constitui etapa extremamente importante, vez que dela decorrem determinadas características do procedimento licitatório, como a modalidade da licitação, a possibilidade de dispensa por baixo valor, entre outros, além da própria análise de disposição orçamentária para realização da contratação.

Por meio da pesquisa de preços determina-se, ainda, o custo estimado da contratação, obtido a partir da média, mediana ou do menor dos preços coletados no decorrer do procedimento.

Em agosto de 2020, o Ministério da Economia expediu a IN nº 73/2020, que regulamenta a realização da pesquisa de preços, estabelecendo regras a serem seguidas por todos os órgãos da Administração Direta e Indireta Federal, bem como pelos demais entes federados, quando da realização de contratação com recursos provenientes de transferência voluntária de recursos federais.

Entre as inovações trazidas pelo referido regulamento, encontra-se a previsão expressa da possibilidade de fixação do preço máximo em valor diverso do custo estimado. Ressalte-se que a distinção entre preço máximo e preço estimado já era reconhecida doutrinariamente e pelo próprio Tribunal de Contas da União, como se verifica no julgado a seguir:

o 'valor orçado' ou '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. Num dado certame, por exemplo, o preço máximo poderia ser definido como o valor orçado acrescido de



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

determinado percentual. São conceitos, portanto, absolutamente distintos, que não se confundem¹.

Portanto, a regulamentação expressa dessa distinção na IN nº 73/2020 vem apenas sedimentar esse entendimento. De grande valia, inclusive, a conceituação realizada pela Instrução Normativa, em seu art. 2º, I e II, segundo os quais considera-se:

I - preço estimado: valor obtido a partir de método matemático aplicado em série de preços coletados, podendo desconsiderar, na sua formação, os valores inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados;

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;

Note-se que a Lei de Licitações e Contratos, em seu art. 40, X, permite a fixação de preço máximo, cabendo à Administração decidir discricionariamente acerca de seu cabimento, na análise do caso concreto. Ressalve-se, todavia, que para certos objetos, o Tribunal de Contas da União entende ser obrigatória a fixação de preço máximo, conforme a disposição da Súmula 259 do TCU, segundo a qual “nas **contratações de obras e serviços de engenharia**, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com **fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor**”.

Antes da IN 73/2020 não haviam regras para a fixação desse limite, mas a praxe Administrativa era – e permanece assim, por enquanto – que o preço máximo, quando fixado, fosse idêntico àquele estimado. Contudo, a referida Instrução Normativa positivou a possibilidade de se extrair o preço máximo a partir do custo estimado, com supressão ou acréscimo de determinado percentual, desde que devidamente justificado. Veja-se:

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.

¹ Acórdão nº 392/2011 – Plenário



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

§ 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.

Essa previsão, inclusive, encontra guarida em precedentes do Tribunal de Contas da União, que, ao evidenciar a distinção entre preço máximo e preço estimado, admitiu a possibilidade de o valor máximo ser fixado com base em percentual superior ao orçado².

Leciona Luiz Cláudio de Azevedo Chaves que, como critério de aceitabilidade, a fixação do valor máximo é duplamente discricionário. Primeiro, porque, como já visto, cabe à Administração a análise da conveniência e oportunidade de se fixar um valor máximo. Segundo, porque a discricionariedade “alcança o valor em si, isto é, o limite propriamente dito que servirá de teto para a aceitação das propostas”³.

Isso porque não há regra específica que determine qual será o valor máximo, cabendo à Administração exercer sua discricionariedade pautada na eficiência e na razoabilidade. Os §§2º e 3º do dispositivo acima colacionado ofereceram como parâmetro a possibilidade de fixação de percentual inferior ou superior ao custo estimado, de forma justificada, aliando-se a atratividade do mercado e a mitigação de risco de sobrepreço.

Para melhor uso da didática, o autor supracitado exemplifica situações em que seria interessante ao Poder Público a fixação de preço máximo inferior ou superior ao custo estimado. Veja-se:

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

Também poderá a autoridade competente fixar o *Valor Máximo* acima do *Valor de Referência*. Não obstante sejam raros os casos,

² Acórdão 2.688/2013 – Plenário.

³ CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. A atividade de planejamento e análise de mercado nas contratações governamentais. Curitiba: JML, 2018. Pag. 162



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

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 fracassada⁴.

Contudo, ainda que a Instrução Normativa tenha oferecido algum parâmetro para fixação de preço máximo, é preciso que se chegue à compreensão de qual percentual enquadrar-se-ia nos limites do razoável, tendo como norte os princípios administrativos da razoabilidade, economicidade e eficiência.

Neste ponto, destaco o Acórdão do Tribunal de Contas, do qual se extrai que contratações com variações de até 10% (dez por cento) do valor estimado não configurariam hipótese de sobrepreço, mas mera variação normal de mercado:

No memorial à peça 284, também se argumenta que o Tribunal de Contas da União, em algumas oportunidades, **já externou entendimento no sentido de que percentuais ainda maiores do que os ventilados neste processo de TCE estão longe de caracterizar um eventual superfaturamento** (Acórdão 136/1995-Plenário: 'diferenças em patamares de 9,7% estão longe de caracterizar superfaturamento, mas refletem apenas variações normais de mercado'; **Acórdão 2.239/2011-Plenário: 'oscilações de até 10% em relação ao montante apurado representam variações normais de mercado'**; Acórdão 2.158/2015-Plenário: '43. A jurisprudência desta Casa de Contas tem admitido baixos percentuais de sobrepreço na hipótese de restrições metodológicas no seu cálculo'; Acórdão 733/2013-Plenário: 'o percentual de superfaturamento na ordem de 3% do valor total da obra pode ser considerado variação normal de mercado'; Acórdão 2.032/2009-Plenário: ' (...) Esse valor, porém, equivale a apenas 7,94% do valor total faturado, sendo que a maior parte dele (59,82%) advém de diferenças entre os custos unitários contratados e os custos obtidos a partir do sistema de referência. Desse modo, o valor pago a maior, segundo entende a Secob, pode ser aceito como dentro da variação normal de mercado'⁵.

Todavia, esse percentual de alteração não é uma regra fixa, tampouco limita a possibilidade de variação do valor máximo, que depende **exclusivamente de análise detida do caso concreto**, exigindo análise de inúmeras situações de mercado, como a

⁴ CHAVES, Luiz Claudio de Azevedo. A atividade de planejamento e análise de mercado nas contratações governamentais. Curitiba: JML, 2018. Pag 163

⁵ Acórdão de nº 2621/2019



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

restrição de fornecedores, o contexto de crise que possa interferir nos valores do objeto, ou mesmo a interdependência entre o valor do objeto e o valor do dólar, por exemplo.

O art. 10, §3º da IN 73/2020 indica que o limite de fixação do valor máximo deve levar em consideração a atratividade de mercado e a mitigação do risco de sobrepreço, definido pelo art. 2º, III do mesmo diploma legal como “preço contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado”.

Dessa forma, a preocupação da Administração deve ser estabelecer um critério de aceitabilidade de preços que esteja de acordo com o praticado no mercado, evitando-se a exigência de preços inexequíveis, que tornem fracassada ou deserta a licitação, ou exorbitantes, caracterizando o sobrepreço e, em consequência, o superfaturamento. Tal análise deve atentar-se às particularidades do comércio local, conforme posicionamento do Tribunal de Contas da União:

O sobrepreço deve ter por base a comparação dos preços de aquisição com aqueles vigentes no mercado local no mesmo período, descaracterizando-se eventual débito a apuração baseada em parâmetros de preços vigentes em regiões com características distintas daquela em que foram feitas as aquisições contestadas ou com fundamento em preços praticados em outras licitações, efetuadas por órgãos com características diferentes⁶.

Diante da omissão jurisprudencial e doutrinária sobre um percentual que atenda às especificações e critérios estabelecidos na referida Instrução Normativa, cabe à Administração Pública realizar verdadeiro esforço interpretativo que viabilize a aplicação da norma, adotando parâmetros já utilizados em hipóteses semelhantes ou correlatas para justificar suas decisões.

Assim, temos como parâmetro o Tribunal de Contas da União manifestando-se pela possibilidade de se considerar o percentual de 10% como variação normal de mercado, mas sem fixar este como percentual máximo de variação. Já o Superior Tribunal de Justiça, ao elaborar o seu Manual de Pesquisa de Preços⁷, consignou que os preços superiores em 30% aos demais deveriam ser considerados excessivamente elevados e, portanto, descartados de pronto da pesquisa realizada.

Dessa forma, diante da análise do caso concreto, é possível e recomendável que a equipe responsável pela Pesquisa de Preços analise a necessidade de se fixar um

⁶ Acórdão 8.232/2011, 2ª Câmara.

⁷ Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/MOP/article/view/3495/3618>. Acesso em 24 jan 2021.



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

valor máximo distinto do custo estimado, mormente em razão do elevado número de licitações realizadas no Estado que resultam fracassadas em razão do baixo valor designado pela Administração. Tal percentual, no entanto, deverá ser fixado com base na razoabilidade e na proporcionalidade, segundo parâmetros objetivos que reflitam a efetiva necessidade do mercado para o objeto pleiteado.

Para fins de subsidiar sua decisão, a Administração pode tentar limitar o percentual aos 10% ora mencionados, porém, mostrando-se insuficiente tal variação, deverá observar o limite de 30% fixado pelo STJ como preço excessivo, sempre justificando e comprovando detalhadamente as suas decisões.

Insta destacar, ainda, que o percentual deverá ser fixado ainda durante a fase de elaboração da pesquisa de preços, posto que, após a aferição dos preços de mercado e a efetiva fixação do percentual, este **deverá ser transformado em valor nominal, para então integrar o edital do certame como valor máximo da contratação**, sob pena de violação ao art. 40, X da Lei 8.666/93.

Ressalve-se que, na Contratação de itens de Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC, para a fixação do preço máximo, deve-se utilizar como parâmetro o Preço Máximo de Compra de Item de TIC - PMC-TIC, salvo se a pesquisa de preços realizada resultar em valor inferior ao PMC-TIC, em que poderá ser utilizado percentual, desde que não ultrapasse tal limite, por força do art. 8º da IN 73/2020.

Por fim, da lição de Luiz Claudio Chaves extrai-se que, no pregão eletrônico, a análise de compatibilidade dos preços da proposta com o valor máximo fixado nos autos **só deverá ocorrer após a etapa de lances e a posterior negociação do pregoeiro, quando será permitido ao licitante reduzir sua proposta ao valor limite fixado**. Somente após essa tentativa de negociação é que poderá o pregoeiro desclassificar a proposta do licitante. O Tribunal de Contas da União, no Acórdão de nº 934/2007-1ª Câmara, também já se manifestou nesse mesmo sentido.

O mesmo raciocínio aplica-se, inclusive, à Cotação Eletrônica de Preços, na qual também é permitida ao Coordenador da Sessão Pública a negociação com os participantes.

5. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que:

- a) A IN 73/2020 permitiu a fixação de valor máximo da contratação em percentual superior ao custo estimado, desde que devidamente justificado



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

nos autos e atendendo a razoabilidade e a proporcionalidade, evitando-se o sobrepreço.

- b) Diante da impossibilidade de se estabelecer um percentual fixo que atenda a tais exigências, cumpre à Administração, especialmente à equipe responsável pela pesquisa de mercado e de preços, diante do caso concreto, fixar o percentual adequado, preferencialmente limitado aos 10% previstos no Acórdão 2239/2011- Plenário do TCU, ou, não sendo suficiente, respeitando-se a posição do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual configura-se demasiadamente excessivo o preço que seja 30% superior aos demais coletados na pesquisa realizada.
- c) Qualquer que seja o percentual estabelecido, o setor de Pesquisa de Preços deverá, após sua fixação, transformá-lo em valor nominal, para que este conste expressamente no edital do certame como valor máximo da contratação (ou do item/lote individualmente considerado).
- d) A desclassificação de licitantes que apresentarem propostas em valor superior ao estimado só deverá ocorrer após a fase de negociação, pois nesta fase o licitante terá oportunidade de reduzir sua proposta ao valor limite. O mesmo raciocínio deverá ser aplicado nas hipóteses de Cotação Eletrônica de Preços.

Remeta-se à apreciação da Procuradora-Chefe a fim de que homologue a presente Nota Técnica, para que produza os seus efeitos jurídicos, nos termos da Resolução nº 004/2019 – CONSUP PGE-AP.

Macapá-AP, 27 de janeiro de 2021.

ERYCA RUBIELLY C. TOLENTINO

Analista Jurídico (Matrícula nº 09698434-02)

Homologado por

JEANE ALESSANDRA TELES MARTINS PAIVA

Procuradora-Chefe da Central de Licitações e Contratos – CLC/PGE