

**CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EMERGENCIAIS:
A CONTROVERSA FIDEDIGNIDADE DOS PARÂMETROS
DE PESQUISA ADOTADOS PARA O ENFRENTAMENTO DA
PANDEMIA DE COVID-19**

***EMERGENCY PUBLIC CONTRACTS:
THE CONTROVERTIAL TRUSTWORTHINESS OF PRICE RESEARCH
PARAMETERS ADOPTED TO CONFRONT CORONAVIRUS PANDEMIC***

Alice Aragão Magalhães

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito do
Recife/UFPE
Estagiária do Ministério Público Federal

RESUMO: O presente artigo trata do contexto das contratações públicas para enfrentamento da pandemia de COVID-19. Para tanto, são abordados aspectos conceituais dos preços públicos e a importância de uma prévia estimativa de custos no âmbito dessas contratações. Municiados desse conhecimento, pretendemos discutir a fidedignidade dos parâmetros de pesquisa de preços adotados para equipar o aparato estatal para a pandemia de COVID-19, porquanto se irá demonstrar que os instrumentos normativos ora disponíveis não o assistem nesse sentido.

ABSTRACT: *The article deals with the context of public procurement to face the COVID-19 pandemic. For this purpose, conceptual aspects of public prices and the importance of a prior cost estimate within the scope of these contracts are addressed. Drawing on this knowledge, it is intended to discuss the reliability of the price research parameters adopted to provide the state apparatus with the COVID-19 pandemic, as it will be demonstrated that the normative instruments now available do not assist in this regard.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Existe uma grande expectativa em torno do próprio conceito de Administração Pública que enseja no imaginário social a concepção de que a gestão do Estado funciona de modo solidamente estruturado. Isso porque, seja pela infinidade de normas definidoras de planejamento e organização social ou pela condução das políticas públicas, vislumbra-se a Administração Pública como instrumento de amparo, por meio do qual são satisfeitas as necessidades e anseios sociais. Não obstante, com o impacto da pandemia de COVID-19 nas relações socioeconômicas, implicando uma necessária readequação dos diferentes setores, o poder público não se quedou isento de tais alterações, sobretudo no que tange às contratações públicas para enfrentamento do estado de emergência na saúde pública.

O cenário das contratações públicas reflete a aplicação da teoria dos jogos¹, obra do matemático John von Neumann, na atuação dos agentes econômicos no mercado competitivo, bem como no processo de tomada de decisão. A estratégia eficiente apontada pela teoria consiste na maximização dos resultados esperados, levando-se em consideração o fenômeno a ser decidido e o comportamento dos integrantes. Trata-se, com efeito, de uma temática pertinente ao âmbito das contratações públicas, haja vista que, a despeito das limitações burocráticas impostas aos certames, constitui papel do gestor público manejar os artificios necessários para garantir o resultado mais satisfatório à Administração Pública.

Nesse contexto, a obrigatoriedade das pesquisas de preço nas contratações públicas mediante licitação ou durante a gestão contratual, preceituada pela Lei nº 8.666/93, decorre de um fundamento lógico-econômico baseado na redução de assimetria de informação entre o ente público, o agente contratante e o fornecedor. Considera-se, portanto, um mecanismo por meio do qual o poder público torna-se ciente da situação aproximada do mercado. Nesta senda, dispõe o artigo 15 desta lei que os preços considerados como de referência serão os praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, devendo o registro de preços ser

1 “[...] a teoria dos jogos ajuda a entender teoricamente o processo de decisão de agentes que interagem entre si, a partir da compreensão da lógica da situação em que estão envolvidos. Tudo isso em benefício dos cidadãos”. FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**: para cursos de administração e economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

precedido de uma ampla pesquisa de mercado². Assim, as justificativas sobre os preços são firmadas com fundamento nas estimativas de custos, sendo necessária a observância de tal procedimento, ainda que nas hipóteses de contratação direta.

Em 2014, o então Ministério do Planejamento, por intermédio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, elaborou a Instrução Normativa nº 05/2014, posteriormente alterada pela Instrução Normativa nº 03/2017, com a finalidade de estabelecer parâmetros ao direcionamento da pesquisa de preços na prática administrativa, tradicionalmente realizada por meio de uma pesquisa de mercado baseada em três orçamentos distintos³. Com efeito, fato a merecer destaque, à luz do debate ora proposto, advém que a adoção de tais parâmetros decorreu, sobretudo, da percepção de que uma pesquisa de preços baseada nessa operação tradicional implicava pouca fidedignidade e alto custo burocrático, porquanto a conceituação do preço como transmissor de informações constitui uma abordagem bastante controvertida, haja vista que, sendo um fator dinâmico e flexível, não há garantias de precisão do resultado alcançado. Nesse sentido, os desafios enfrentados pelos órgãos de controle e fiscalização das contratações públicas relacionam-se diretamente à volatilidade do fenômeno preço.

Sucedede que, em condições típicas, já se demonstra deveras dificultoso à Administração Pública lidar com as dinâmicas da precificação; com o impacto da pandemia de COVID-19, inevitavelmente, as controvérsias relacionadas às pesquisas de preço nas contratações públicas tornaram-se ainda mais latentes. Prova disso, com a publicação da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, foi declarada a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), oficializando-se, portanto, a adoção das medidas necessárias para dinamizar e otimizar o procedimento de contratação pública, haja vista os impasses implicados no provimento à estrutura

2 Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: inciso V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública; § 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm

3 Art. 2º. A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros: I - Painel de Preços disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br>; II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas-revogadas/instrucao-normativa-no-5-de-27-de-junho-de-2014-revogada-pela-in-no-73-de-2020>

administrativa dos bens e serviços indispensáveis ao enfrentamento do novo coronavírus (SARS-CoV-2/COVID 19).

Destarte, se os instrumentos normativos editados para regulamentar a atuação do poder público diante da pandemia não garantem a contenção dos riscos sociais e econômicos inerentes ao enfrentamento desse cenário, a confiabilidade das justificativas de preço apresentadas pelo poder público representa uma problemática a merecer criteriosa explanação.

1. CONCEITUAÇÃO E ABRANGÊNCIA DO FENÔMENO PREÇO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Aduz o economista norte-americano Gregory Mankiw tratar-se a economia de um processo de *tradeoff*, isto é, o enfrentamento de tomada de decisões que exige a escolha de um objetivo em detrimento do outro. Segundo esse autor, o equilíbrio dos preços deriva, justamente, das escolhas realizadas e de como elas se ajustam no tempo e no espaço.

Em linhas gerais, no âmbito das contratações públicas, os preços são definidos em três categorias: 1) preços de referência; 2) preços de mercado; 3) preço licitado. Tal segmentação compreende uma cadeia lógica, porquanto a justificativa de preços empreendida pela Administração Pública decorre justamente da preparação de um arcabouço para o encontro desses fatores, ou seja, é a partir da pesquisa entre os licitantes, tomando-se por base a comunicação entre os preços de referência e os preços do mercado, que se obtém o preço transacional, resultante da negociação para a concretização da compra.

Partindo desse cenário, define-se como preço de referência a espécie de parâmetro imposta no âmbito das contratações, obtida com base em uma “cesta de preços variáveis” a fim de balizar os preços praticados no mercado. Significa dizer, portanto, que a Administração Pública estipula um valor referencial acerca do produto ou serviço a ser adquirido, sobre o qual ainda incidirão os comandos do mercado. Como fonte a ser perquirida, a Lei de Licitações, nº 8.666/93 faz referência à exigência de que, sempre que possível, as compras realizadas pela Administração Pública sejam balizadas pelos preços praticados por outros órgãos ou entidades dessa estrutura, restando uma cristalina inferência sobre a importância de um preço referencial preliminar.

Paralelamente, o preço de mercado conceitua-se como o preço formado a partir do equilíbrio entre os interesses antagônicos dos consumidores e produtores, isto é, após a compatibilização dos mecanismos de mercado. Constitui, assim, o preço praticado no mercado pesquisado. Existem diferentes previsões para aferição do preço de mercado, dentre estas, destacam-se a disposição da Instrução Normativa nº 05/2014, que adota como resultado a média ou o menor dos preços obtidos no âmbito das pesquisas de preço, bem como o Decreto nº 7.983/2013, que define a mediana como parâmetro a ser utilizado para essa determinação. Em acréscimo a esse posicionamento, o Tribunal de Contas da União, com entendimento exarado no Acórdão 3068/2010, associa a média à mediana como medidas de tendência central para aferir os preços praticados no mercado.

Por sua vez, ao preço pelo qual o objeto foi adjudicado pela vencedora do certame dá-se a denominação de preço transacional, posto que infere a carga de negociações e procedimentos de mercado impostos até que tal preço seja alcançado. Por sua natureza, depreende-se, sobretudo, a exigência de um processo competitivo para seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, associada à equação econômico-financeira entre as partes.

Há que se destacar, ainda, a distinção entre preço estimado e preço máximo, visto que, a depender da previsão editalícia de determinado certame licitatório, o valor orçado pode ser qualificado sob essas modalidades. De acordo com o art. 40, inciso X, da Lei nº 8666/93, o preço máximo pode ser estipulado de modo opcional, contanto que, em sendo estabelecido, seja divulgado no edital e figure como limite para apresentação de propostas, as quais serão desclassificadas se superiores a ele forem. O preço estimado, por sua vez, é obrigatório para as modalidades de Convite, Tomada de Preços e Concorrência, contudo não constitui limite para as propostas.

Dessa forma, verifica-se que o cerne para a compreensão das contratações públicas emergenciais em face da pandemia de COVID-19 – senão de todas as modalidades de compras públicas – decorre do quanto se pode depreender do fenômeno preço. Isso porque, a despeito de considerarmos o equilíbrio nos termos abordados pelo referido economista, sabe-se que esse fator, enquanto transmissor de informações, não é capaz de refletir todas as nuances relativas à particularidade do licitante contratado.

Sob esse aspecto, seria contraproducente conjecturar todas as margens de preço sem uma efetiva pesquisa dos que são praticados no mercado. Em primeiro lugar, por

ferir o princípio da economicidade e o dever de observância à proposta mais vantajosa à Administração Pública; em segundo, porque a pesquisa de preços, ainda que nas contratações emergenciais – a depender dos parâmetros adotados nos procedimentos mais simplificados –, garante maior fidedignidade ao certame licitatório.

2. PROCEDIMENTO DE PESQUISA DE PREÇOS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Por todo o exposto quanto aos aspectos conceituais do preço, a estimativa de custos – ou pesquisa de preços – constitui uma obrigatoriedade no âmbito das contratações públicas por, baseando-se em um fundamento lógico-econômico, reduzir a dissonância de informações entre o licitante, o gestor público responsável e o ente público.

Noutros termos, a ciência sobre a situação do mercado, a partir de uma idônea estimativa de custos, permite evitar a ocorrência de sobrepreço ou de propostas inexequíveis.

Conforme mencionado no início deste trabalho, tradicionalmente, por determinação do Ministério do Planejamento a partir da elaboração da Instrução Normativa nº 05/2014 (alterada pela Instrução Normativa 03/2017), a pesquisa de preços a ser realizada para contratações públicas deve observar os seguintes parâmetros:

- painel de preços, disponibilizado, na Internet, pelo Executivo Federal;
- contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos **nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;**
- pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou
- pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

Observa-se, portanto, que o procedimento administrativo para a pesquisa de preços atende a uma formalização própria, orientada pela jurisprudência do Tribunal

de Contas da União com o escopo de garantir fidedignidade e representatividade à aferição dos preços praticados no mercado. Seguindo esse entendimento, a Advocacia Geral da União, no Parecer nº 12/2012, elaborou um roteiro para normatização da estimativa de custos:

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 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.

(Parecer nº 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU)

Há que se ressaltar ainda que, inclusive nas contratações diretas, faz-se a exigência de uma prévia estimativa de custos, demonstrando-se, portanto, a confiabilidade que se garante a esse procedimento.

3. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EMERGENCIAIS EM FACE DA PANDEMIA DE COVID-19

Diferentemente do setor privado, cujas relações comerciais gozam de maior discricionariedade, o poder público deve observar procedimentos formais prévios para suas contratações, visando à obtenção da melhor proposta possível. Destarte, em um contexto de crise, no qual as demandas são emergenciais e necessitam de pronto atendimento, surgem diferentes indagações no tocante a: i) como municiar o aparato estatal para o enfrentamento da ascensão da pandemia; ii) como regulamentar as aquisições realizadas pelas entidades administrativas; iii) quais os recursos públicos para tal; iv) qual o montante disponível para tal finalidade, levando-se em

municipais para o combate à pandemia. Asseveram a necessidade de adoção de novas metodologias, uma vez que os procedimentos tradicionais, baseados em condições de normalidade dos setores econômicos e sociais, não se demonstram razoáveis para direcionar as pesquisas de preço em tempos de pandemia⁵.

Outrossim, no âmbito normativo, o cenário reflete poucas certezas. A Lei nº 13.979/2020, com alterações impostas pela Lei nº 14.035/2020, define regras de desburocratização da fase de planejamento aventando a possibilidade de elaboração simplificada do termo de referência e do projeto básico. Além da permissividade para contratação direta mediante dispensa de licitação prevista na lei, o artigo 4º-E regulou relevantes considerações acerca da estimativa de preços. Em primeiro lugar, a estipulação de parâmetros para obtenção das estimativas, a exemplo da realização de pesquisas em sítios eletrônicos especializados para verificação de contratações similares por outros entes públicos (art. 4º, §1º, inciso IV). Ademais, fato a merecer destaque decorre da previsão do parágrafo 3º do referido artigo, possibilitando a contratação por preços superiores aos obtidos por meio da estimativa de custos em virtude das oscilações dos valores, desde que haja negociação prévia e devida fundamentação. Vale destacar a transcrição dos referidos dispositivos:

Art. 4º-E. Nas aquisições ou contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado referidos no **caput** deste artigo conterà:

- I – declaração do objeto;
- II – fundamentação simplificada da contratação;
- III – descrição resumida da solução apresentada;
- IV – requisitos da contratação;
- V – critérios de medição e de pagamento;
- VI – estimativa de preços obtida por meio de, no mínimo, 1 (um) dos seguintes parâmetros:

5 <https://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php/mais-noticias-invisivel/302-2020/junho/5453-tce-desenvolve-metodologia-de-verificacao-de-sobrepreco-nas-auditorias-da-covid-19>

- a) Portal de Compras do Governo Federal;
 - b) pesquisa publicada em mídia especializada;
 - c) sites especializados ou de domínio amplo;
 - d) contratações similares de outros entes públicos; ou
 - e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores;
- VII – adequação orçamentária.

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do § 1º deste artigo não impedem a contratação pelo poder público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, desde que observadas as seguintes condições:

I – negociação prévia com os demais fornecedores, segundo a ordem de classificação, para obtenção de condições mais vantajosas; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

II – efetiva fundamentação, nos autos da contratação correspondente, da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente.

Nesse contexto, no âmbito das contratações públicas emergenciais, a insuficiência de informações acerca do preço impede a aferição de uma estimativa de custos segura pela entidade pública. Verifica-se, então, uma cadeia lógica e cíclica de causa e consequência acerca da indefinição dos preços; de um lado, o desequilíbrio das curvas de oferta e demanda estorvam a estabilização de valores e, por conseguinte, a estipulação de um preço de referência; outrossim, a falta de informações impede o conhecimento acerca do mercado, e, tão logo, prejudica a negociação do preço transacional, firmado no procedimento de licitação ou mediante contratação direta.

Desse arranjo, um tanto quanto controverso, remanesce a indagação inicial no tocante à adoção de métodos menos burocráticos de pesquisa de preços para enfrentamento de uma situação incomparavelmente atípica. Como bem ressaltam

os autores Jacoby Fernandes, Teixeira e Torres, a problemática das contratações emergenciais tem por cerne a justificativa dos preços, uma vez que a possibilidade excepcional de majoração de custos ou a comparação com parâmetros que não experienciaram a mesma anormalidade não assiste nesse sentido⁶.

Destarte, se os instrumentos normativos editados para regulamentar a atuação do poder público diante da pandemia não garantem a contenção dos riscos sociais e econômicos inerentes ao enfrentamento desse cenário, a confiabilidade das justificativas de preços apresentadas pelo poder público representa uma problemática a merecer criteriosa regulamentação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, não há como se negar a importância das pesquisas de preço para reduzir a assimetria de informação presente nas contratações públicas, inclusive quando realizadas de forma direta. Neste ponto, destaca-se que os fenômenos conceituais do preço, a saber, sua pertinência à formação de preços de referência, de mercado e transacionais, não são suficientes para garantir a observância ao princípio da economicidade e vantajosidade à Administração Pública, motivo pelo qual a estimativa de custos insere-se nessa sistemática como um fator de confiabilidade e fidedignidade à formação do preço referencial.

Não obstante, em face da necessidade de municiar o aparato estatal para enfrentamento da pandemia de COVID-19, o poder público, como personificação do Estado e atuando como mantenedor da ordem social e regulamentador da ordem jurídica, necessitou readaptar-se às condições impostas por um cenário crítico, com lacunas a serem prementemente preenchidas.

Assim, verifica-se que as condições anteriormente dispostas quanto ao equilíbrio das curvas de oferta e demanda para ajuste do preço já não se demonstram confiáveis, haja vista a atipicidade do período vivenciado. Desse modo, resta a indagação geral – ainda sem resposta legislativa – sobre a fidedignidade dos parâmetros de pesquisas de preço adotados para o enfrentamento da pandemia, visto que a simples comparação com cestas de preços variáveis que não experienciaram o mesmo cenário não transmite confiabilidade.

6 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses; JACOBY FERNANDES, Murilo; TEIXEIRA, Paulo; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito provisório e a emergência do coronavírus. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 14.035, de 11 de agosto de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**: para cursos de administração e economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

Governo de Pernambuco. Portal da transparência de Pernambuco, 2007. Disponível em: <http://web.transparencia.pe.gov.br/>

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses; JACOBY FERNANDES, Murilo; TEIXEIRA, Paulo; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito provisório e a emergência do coronavírus**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Regime emergencial de contratação pública para o enfrentamento à pandemia COVID-19**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Pesquisa de preços nas contratações públicas em tempos de pandemia**. Revista Brasileira de Direito Público [Recurso Eletrônico]. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NÓBREGA, Marcos. **A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação – Inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato**. Revista de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 111-141, jan./mar. 2014

TCE desenvolve metodologia de verificação preço nas auditorias da Covid-19. Tribunal de Contas Estado de Pernambuco, 2020. Disponível em: <https://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php/mais-noticias-invisivel/302-2020/junho/5453-tce-desenvolve-metodologia-de-verificacao-de-sobrepreco-nas-auditorias-da-covid-19>

TORRES. Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 10ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2019.