

Reparação de Danos ao Patrimônio Público



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	1
1 DA IMPORTÂNCIA DA FIXAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO	3
2 PREÇOS EXCESSIVOS E COMO EVITÁ-LOS	12
2.1 Sobrepreço e superfaturamento: conceitos e distinções	12
2.2 Espécies de superfaturamento	13
2.2.1 <i>Superfaturamento por quantidade</i>	14
2.2.2 <i>Superfaturamento por qualidade</i>	14
2.2.3 <i>Superfaturamento por alteração da metodologia executiva</i>	17
2.2.4 <i>Superfaturamento por preços excessivos (sobrepreço)</i>	20
2.2.5 <i>Superfaturamento por “jogo de planilha”</i>	22
2.2.6 <i>Superfaturamento por pagamentos antecipados indevidos</i>	25
2.2.7 <i>Superfaturamento por superdimensionamento de projetos</i>	27
2.2.8 <i>Superfaturamento devido à prorrogação injustificada do prazo contratual</i>	27
2.2.9 <i>Superfaturamento por reajustamento irregular de preços</i>	30
2.2.10 <i>Superfaturamento por alteração do cronograma físico-financeiro</i>	35
2.3 Pesquisa de preços e sobrepreço	37
2.3.1 <i>Fontes oficiais</i>	43
2.3.2 <i>Fontes privadas</i>	50
2.3.3 <i>Fontes alternativas</i>	50
a) Custos efetivamente incorridos pelo contratado	50
b) Editais e contratos de objetos semelhantes	51
c) Cotações de particulares	54
2.3.4 <i>Média, mediana e média saneada</i>	60
2.3.5 <i>Data base dos custos paradigmas</i>	65
2.3.6 <i>“Passo a passo”</i>	67
2.4 Cartéis e conluios em licitações	76
2.4.1 <i>Introdução</i>	76
2.4.2 <i>Cálculo do sobrepreço em cartéis</i>	79
3 OBRAS PÚBLICAS	87
3.1 Regime de execução	87
3.2 Benefícios (ou Bonificações) e Despesas Indiretas (BDI)	91
3.3 Métodos de cálculo de sobrepreço em obras	99

3.3.1	<i>Método de Limitação dos Preços Unitários Ajustado (MLPUA)</i>	100
3.3.2	<i>Método de Limitação do Preço Global (MLPG)</i>	102
3.3.3	<i>Método da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (“método do desconto”)</i>	106
3.3.4	<i>Método do balanço</i>	110
3.4	Cálculo do superfaturamento: etapas	116
3.5	Exemplo prático de “jogo de planilha”	118
4	RESSARCIMENTO DE DANOS EM CASO DE CONTRATO NULO	123
4.1	Devolução da íntegra do contrato	123
4.2	O debate sobre a devolução do lucro	131
4.2.1	<i>Teoria do produto bruto</i>	131
4.2.2	<i>Teoria do produto mitigado</i>	132
4.2.3	<i>A posição do STJ e da doutrina</i>	139
4.2.4	<i>Cálculo do lucro para fins de ressarcimento</i>	147
5	CASOS ESPECÍFICOS E EXEMPLOS PRÁTICOS	159
5.1	Compra de medicamentos	159
5.2	Aquisição de veículos	178
5.3	Peças e serviços de manutenção de automóveis	181
5.4	Combustíveis: preço médio e consumo dos veículos	188
5.5	Subcontratação irregular	197
5.6	Obras e serviços de engenharia	201
5.7	Afastamento irregular de licitante	206
5.8	Inexecução parcial de objeto de convênio	209
5.9	Revisão indevida do equilíbrio econômico-financeiro do contrato	211
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	218

APRESENTAÇÃO

De acordo com o Dicionário Houaiss, a palavra “corrupção” remete a “deterioração, decomposição física de algo, putrefação”; “modificação, adulteração das características originais de algo”. Ela é também frequentemente empregada no sentido de “ato ou efeito de subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia, geralmente com oferecimento de dinheiro; suborno”. Trata-se de prática ancestral e que está longe de ser uma exclusividade do Brasil; contudo, entre nós, ela atingiu níveis alarmantes, resultado de um processo histórico de formação estreitamente marcado pelo nepotismo e pelo patrimonialismo.

A corrupção deprime a renda *per capita* dos trabalhadores, compromete o crescimento e a competitividade do país, além de abalar a legitimidade dos governos e a confiança das pessoas no Estado. Estima-se que a economia brasileira perca, anualmente, de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB) com a corrupção, o que corresponde a algo entre R\$30 e R\$70 bilhões.¹ Ademais, estudos indicam que, para cada real desviado pela corrupção, o prejuízo causado à economia e à sociedade seja até três vezes maior.²

Inúmeros escândalos ocupam os noticiários nacionais e, não obstante a atuação dos órgãos de controle e de repressão, como Tribunais de Contas, Ministério Público, Polícias Civil e Federal, a impressão que persiste é a de que as artimanhas caminham a passos mais largos que as técnicas desenvolvidas para sua detecção.

É justamente com o intuito de diminuir esse hiato que o Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa (CMA) se propôs a elaborar o presente material, no esteio de vários outros já confeccionados e disponibilizados para consulta na *Intranet*, como o “Manual de Investigação”³, “Noções Gerais sobre Orçamento

¹ FIESP, **Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**, p. 4. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>

² <https://exame.abril.com.br/brasil/5-efeitos-danosos-da-corrupcao-que-voce-nao-ve/>

³ <http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/Conteudo/cma/manual%20de%20invest%20-%20moralidade%20adm.pdf>

Público e Responsabilidade Fiscal”⁴, “Guia para Consulta de Cadastros Nacionais de Empresas Punidas”⁵, “100 Perguntas sobre a Lei Anticorrupção”⁶, dentre outros.

A defesa do patrimônio público deveria ser objeto de tratamento diferenciado dos gestores públicos, dos juristas e dos legisladores. A relevância da matéria é diretamente proporcional à espantosa frequência com que essas práticas insistem em ocorrer e às mais variadas mazelas sociais que decorrem dos constantes e vultosos desvios do patrimônio público.

Com ênfase nas práticas de sobrepreço e de superfaturamento no âmbito das contratações governamentais, o presente trabalho busca apresentar informações úteis e atuais para permitir que o colega Promotor de Justiça consiga identificar os mais variados ardis empregados em detrimento do Erário, tenha subsídios para estimar seu impacto e extensão e também possa sustentá-los em juízo. O esforço do presente trabalho soma-se ao daqueles que buscam lançar luzes no dia a dia das licitações de bens, obras e serviços e num universo ainda bastante vulnerável a práticas pouco republicanas.

Boa leitura!

Fabício Pinto Weiblen

Promotor de Justiça

Coordenador do CMA

⁴ <http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/conteudo/cma/NocoesGeraisOrCamentoPublicoResponsabilidadeFiscal.pdf>

⁵ <http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/Conteudo/caos/cma/guia%20para%20consulta%20de%20cadastros%20nacionais%20de%20empresas%20punidas%202019.pdf>

⁶ http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/Conteudo/caos/cma/guia_100_perguntas_sobre_a_lei_anticorruptao.pdf

1 DA IMPORTÂNCIA DA FIXAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO

Inúmeras são as dificuldades práticas que permeiam a quantificação do dano ao Erário. Em sede de improbidade, por exemplo, as diversas condutas listadas pela Lei n. 8.429/92 encerram dificuldades de maior ou menor monta. Se o dano representado pela conduta de “permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado” (art. 10, V) pode ser de fácil quantificação (representado pela diferença entre o valor com sobrepreço e o preço de mercado), por sua vez, a utilização de veículo público para fins particulares, que se enquadra na conduta descrita no art. 10, II, possui algumas especificidades que devem ser levadas em consideração. Neste caso, o dano será apenas calculado com base no desgaste físico do veículo ou deverá também levar em consideração o impacto que a privação de seu uso teve na Administração Pública?

Nos casos envolvendo parcerias com entidades sem fins lucrativos, como calcular o dano na hipótese de dispensa irregular, prevista no art. 10, VIII (frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente) e impedir que se aplique a pena mais branda do art. 11, I (praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência)? Se houver superfaturamento contratual, a resposta pode ser evidente, porém, caso o contrato não revele preço excessivo e a irregularidade for adstrita à restrição da competitividade devido a falhas na publicidade, como calcular o dano?

No afã de judicializar a matéria ou diante da dificuldade de se demonstrar ou quantificar o dano, muitas vezes, o órgão de execução posterga essa atividade para momento futuro, o que pode ter dois efeitos bastante conhecidos e, possivelmente, vivenciados por muitos colegas: 1) logra-se a condenação por improbidade, mas se obtém sentença ilíquida, que dá origem a um novo processo e adia ainda mais o ressarcimento ao Erário (se é que isso será viável); ou, ainda mais grave, 2) a falta de demonstração do dano ao Erário é usada como argumento (legítimo ou não) para a desqualificação do ato, rejeitando-se o caráter de ímprobo.

No primeiro caso, tem-se um prolongamento do processo judicial e o retardamento do buscado ressarcimento ao Erário. Já na segunda hipótese, pode-se ter, com sorte, a aplicação subsidiária do art. 11 da LIA (atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública), com penas relativamente mais brandas, ou até mesmo o não reconhecimento do ato ímprobo pelo Poder Judiciário. Há precedentes em todos os sentidos, conforme se apresentará adiante, mas isso demonstra a relevância de se buscar demonstrar e quantificar o dano a fim de que a viabilidade e o sucesso de eventual ação judicial não sejam comprometidos.

No sentido de autorizar o cálculo do dano ao Erário em sede de liquidação de sentença, tem-se:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSTATADO O FRACIONAMENTO IRREGULAR DE LICITAÇÃO. AFRONTA AO ART. 10, VIII, DA LEI DE IMPROBIDADE. [...]. CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO. POSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO QUANTUM A SER RESSARCIDO EM LIQUIDAÇÃO PELO PROCEDIMENTO COMUM (ART. 511 DO CPC/15). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO E REMESSA EM PARTE PROVIDOS. (TJSC, Apelação Cível n. 0007046-31.2006.8.24.0052, de Porto Uniao, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 05-02-2019).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. GUARDA MUNICIPAL. [...]. A pena de ressarcimento aos cofres públicos, contudo, depende de demonstração do prejuízo. Presente, é viável a condenação, ainda que os valores dependam de apuração em liquidação de sentença. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0004575-21.2013.8.24.0012, de Caçador, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 18-10-2016).

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE OBJETO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO POR EMPRESAS. PAGAMENTO, CONTUDO, DO VALOR PACTUADO. ALEGAÇÃO QUANTO A UMA DELAS DEVIDAMENTE COMPROVADA. ATO MANIFESTAMENTE PREJUDICIAL AO ERÁRIO E AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, E QUE, NESSE PASSO, É ÍMPROBO, POR SE ENQUADRAR NOS TIPOS DOS ARTIGOS 10 E 11 DA LEI N. 8.213/1991, RESPECTIVAMENTE. CULPA E DOLO SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO. [...] EQUACIONAMENTO DO VALOR EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO. ARTIGO 475, II, DO CPC RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. DESPROVIMENTO DOS DEMAIS APELOS. [...] Em sendo identificado o dano ao erário ou o enriquecimento ilícito, ter-se-á um plus que justificará a ascensão para um feixe de sanções mais severo. Havendo múltipla subsunção, normalmente serão aplicadas as sanções do inciso I do artigo 12, cujos valores relativos são mais elevados, terminando por absorver as demais sanções; não sendo identificado o enriquecimento ilícito, mas tão somente o dano ao patrimônio público; aplicar-se-á o feixe do artigo 12, II,

com grau de servidade intermediário (Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 511-512). Daí o acerto do decisum ao aplicar, na dosimetria da pena, o inciso II do artigo 12 da legislação em destaque. Ato judicial que comporta, todavia, pequeno reparo, tão somente no que se refere à condenação ao ressarcimento dos danos, uma vez que a empresa prestou, ainda que em pequena monta, o serviço para o qual foi contratada. **Quantum pertinente, nesse passo, que deve ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito do Poder Público.** (TJSC, Apelação Cível n. 2011.078974-6, de Itapiranga, rel. Des. Vanderlei Romer, Primeira Câmara de Direito Público, j. 16-12-2011).

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INDEVIDA PERCEPÇÃO DE VANTAGEM ECONÔMICA - [...] 03. Não havendo provas seguras do montante do dano, impõe-se seja apurado em liquidação de sentença. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.018598-9, de Curitiba, rel. Des. Newton Trisotto, Primeira Câmara de Direito Público, j. 01-03-2011).

Acenando com a possibilidade de liquidação de sentença, nos casos em que o dano não restar quantificado pela sentença condenatória, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO IN RE IPSA. OFENSA AO ART. 10 DA LEI 8.429/1992. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE. VALOR DO DANO AO ERÁRIO. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. [...] 3. De outro modo, para se aferir o real valor do dano ao erário,** como pretende o agravante, seria necessária a incursão nos elementos fático-probatórios dos autos, o que é inviável na via eleita, em razão do óbice a Súmula 7/STJ. Portanto, tal questão deve ficar como determinado anteriormente na decisão de e-STJ, fls. 1.491/1.493, em que se estabeleceu que **o referido valor deve ser apurado em liquidação de sentença.** 4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1750581/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEGALIDADE. PRESCINDIBILIDADE. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONFIGURAÇÃO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO AUTÔNOMO. SÚMULA 283/STF. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

HISTÓRICO DA DEMANDA 1. **Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa movida pelo Ministério Público Federal em desfavor dos ora recorrentes, objetivando a condenação dos réus nas**

penalidades do art. 12, II, da Lei 8.429/1992 por de ato de improbidade causador de dano ao erário (art. 10, V, VIII, XI, XII). [...] 15. Verifica-se que o acórdão recorrido foi categórico em afirmar que houve comprovação dos atos ímprobos, descrevendo minuciosamente a conduta de cada um dos agentes condenados, e dano ao Erário, que será devidamente apurado em eventual liquidação da Sentença. [...] (STJ, REsp 1700459/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 23/11/2018)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IRREGULARIDADES NO PROGRAMA DE SAÚDE DA FAMÍLIA. [...] 4. O Superior Tribunal de Justiça tem admitido a utilização do valor do ressarcimento do dano ao erário, a ser apurado em liquidação de sentença, como base de cálculo para a aplicação da sanção de pagamento de multa civil. [...] (STJ, REsp 1445348/CE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 11/05/2016)

Embora não seja o ideal, a liquidação de sentença é sem dúvida um mal menor diante da possibilidade de o Poder Judiciário até mesmo descartar a ocorrência de ato ímprobo sob o argumento de que não há demonstração de má-fé ou de dano ao erário. Foi o que aconteceu nos casos seguintes:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IRREGULARIDADES NO CONTROLE DA CARGA HORÁRIA DE DUAS MÉDICAS NO MUNICÍPIO DE ASCURRA. PROFISSIONAIS QUE COMPROVADAMENTE SE AUSENTAVAM DURANTE O INTERVALO DE ALMOÇO SEM O DEVIDO REGISTRO NOS RESPECTIVOS CARTÕES-PONTO. EXISTÊNCIA DE PROVA NO SENTIDO DE QUE ESSE PERÍODO ERA COMPENSADO MEDIANTE TRABALHO EXTRAORDINÁRIO OU MEDIANTE SOBREAVISO INFORMAL, AINDA QUE TAMBÉM IRREGULAR. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO MUNICIPAL. AMADORISMO NA GESTÃO PÚBLICA QUE, CONQUANTO PATENTE, SE VÊ DESACOMPANHADO, PELO QUE SE TEM NOS AUTOS, DE CONCLUIO, DE MÁ-FÉ OU, COMO DITO, DE PREJUÍZO. ILICITUDES INSUFICIENTES PARA A CARACTERIZAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE. "[...] (TJSC, Apelação Cível n. 0000724-62.2008.8.24.0104, de Ascurra, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 03-12-2019) (grifos acrescidos).

REMESSA NECESSÁRIA. ADMINISTRATIVO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADA INFRAÇÃO AOS ARTS. 10, CAPUT, E 11, CAPUT E INCISO I, AMBOS DA LEI N. 8.429/1992. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. CONTRATO EM CARÁTER TEMPORÁRIO, PARA EXERCER AS FUNÇÕES DE SERVENTE EM ESCOLA MUNICIPAL. ATO PRECEDIDO DE PROCESSO SELETIVO E JUSTIFICADO PELA EXISTÊNCIA DE LEI LOCAL AUTORIZADORA. AUSENTES INDICATIVOS DE FAVORECIMENTO PESSOAL OU PREJUÍZO AO ERÁRIO. NÃO EVIDENCIADA A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONJUNTO PROBATÓRIO DO QUAL NÃO EXSURGEM ELEMENTOS DE CONVICTÃO APTOS A COMPROVAR A

EXISTÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ. SUPOSTO EQUÍVOCO NA ELEIÇÃO DA MODALIDADE DE ADMISSÃO DO SERVIDOR. IRREGULARIDADE QUE, POR SI SÓ, NÃO CONFIGURA ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. [...] (TJSC, Remessa Necessária Cível n. 0900038-20.2014.8.24.0012, de Caçador, rel. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 14-11-2019) (grifos acrescidos).

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENQUADRAMENTO DAS CONDUTAS NOS ARTS. 9, 10, INCISO VIII, E 11, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. [...] CONVITE N. 005/2009. **FRACIONAMENTO DO OBJETO LICITADO, FAVORECIMENTO DA EMPRESA RÉ, COM O DIRECIONAMENTO DO CERTAME PARA TORNÁ-LA VENCEDORA. CONDENAÇÃO PELO ART. 11 DA LIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA INTENÇÃO DE REALIZAR FATO DESCRITO NA NORMA INCRIMINADORA. DOLO NÃO COMPROVADO. SUPERFATURAMENTO DO CONTRATO IGUALMENTE NÃO EVIDENCIADO. ORÇAMENTOS APRESENTADOS POR OUTRAS DUAS EMPRESAS QUE NÃO FORAM SUFICIENTES PARA DEMONSTRAR O VALOR DE MERCADO PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO LICITADO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE IMPARCIALIDADE EM UM DELES. CONDUTA ÍMPROBA NÃO VERIFICADA. [...]** (TJSC, Apelação Cível n. 0001770-44.2009.8.24.0042, de Maravilha, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 10-09-2019) (grifos acrescidos).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO FRAGMENTADA PARA O MESMO OBJETO. OFENSA À LEI DE LICITAÇÕES. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RESSARCIMENTO DE DANOS. DESCABIMENTO. SERVIÇOS EFETIVAMENTE EXECUTADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO MUNICIPAL. [...]. 1. A contratação fragmentada para a prestação de serviços com o mesmo objeto, com o escopo de obviar o necessário processo de licitação, traduz conduta ilegal e típica de ato de improbidade administrativa. 2. **Inexistindo provas de superfaturamento do valor contratado e recebido e tendo o serviço sido regularmente prestado, não há falar em prejuízo ao Erário e, conseqüentemente, no dever de ressarcimento, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração. [...]** (TJSC, Apelação Cível n. 2008.061488-9, de São Joaquim, rel. Des. Newton Janke, Segunda Câmara de Direito Público, j. 13-03-2012) (grifos acrescidos). No mesmo sentido TJSC, Apelação Cível n. 2008.031295-4, de Porto União, rel. Des. Cid Goulart, j. 5.11.2013

Ademais, nas dispensas indevidas de licitações com fracionamento de despesas, em que há contratação direta de itens como serviços de mecânica ou compra de passagens aéreas (que, considerado o exercício inteiro, superam o patamar de valor de dispensa de licitação), o TJSC tem sido refratário à condenação por improbidade administrativa, sob o argumento de ausência de má-fé e de dano ao Erário:

APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENQUADRAMENTO DAS CONDUTAS NOS ARTS. 10, VIII, E 11, LEI N. 8.429/92. DECRETO DE IMPROCEDÊNCIA NO PRIMEIRO GRAU. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. SUPOSTA DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO (ART. 24, II, da Lei nº 8.666/93). SERVIÇOS DE MECÂNICA EFETIVAMENTE PRESTADOS, DENTRO DOS VALORES DE MERCADO. ATO ÍMPROBO. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE ATOS DE IMPROBIDADE ANTE A INEXISTÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, MÁ-FÉ, CULPA GRAVE OU PREJUÍZO AO ERÁRIO. SENTENÇA BEM LANÇADA. RECURSO E REEXAME DESPROVIDOS. [...] Não é justo que, ao mais simples equívoco, desprovido de má-fé, sejam os administradores públicos despojados de seus direitos políticos, destituídos de seus cargos, e execrados com a pecha da desonestidade. Daí resulta a exigência jurisprudencial da demonstração do dolo ou de culpa grave na maior parte dos tipos definidos na Lei de Improbidade: distinguir entre o ato de boa e de má-fé; o administrador inepto, do ímprobo (TJSC, Apelação Cível n. 0900023-41.2014. 8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 05/02/2019)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDEVIDA DISPENSA DE PROCESSO LICITATÓRIO PARA AQUISIÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS. COMPRA DIRETA PELO MENOR PREÇO. INDICATIVO DE INABILIDADE DO GESTOR. INEXISTÊNCIA, A RIGOR, DE VULNERAÇÃO A PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE DOLO, CULPA E DANO AO ERÁRIO. CONDUTA INCAPAZ DE SUBSTANCIAR ATO ÍMPROBO. REJEIÇÃO LIMINAR DA AÇÃO (ART. 17, § 8º, DA LEI N. 8.249/1992). PLAUSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. I. "Não há que se falar em violação dos princípios inerentes à Administração Pública ou mesmo de lesão ao erário, quando resta demonstrado que não houve um mínimo de intenção do agente público de realizar fato descrito na norma incriminadora, nem a ocorrência de dolo ou culpa, que são os elementos necessários à consequência pretendida pelo Ministério Público." (TJSC, Reexame Necessário n. 2011.090122-5, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 23.7.2013). II. "Se, estando suficientemente esclarecidos os fatos, for possível avistar com segurança a improcedência da ação, é possível a rejeição do pedido inicial, na forma do § 8º do art. 17 da Lei n. 8.213/91. É o que ocorre in casu, pois a dispensa da licitação, ainda que indevida, somente se caracterizará ato de improbidade quando dirigida à perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas (art. 10, caput, da LIA). Inexistindo má-fé, dolo ou erro grave, não há se falar em improbidade administrativa (Des. Pedro Manoel Abreu)" (TJSC, Apelação Cível n. 0900097-52.2015.8.24.0083, de Correia Pinto, rel. Des. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 22/10/2019)

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INOBSERVÂNCIA, POR PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES DE MUNICÍPIO DO EXTREMO OESTE, DA LIMITAÇÃO DE R\$ 8 MIL PARA COMPRAS, PREVISTA NO ART. 24, INC. II DA LEI N. 8.666/93. CARÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS ADQUIRIDAS EM 2014, ATRAVÉS DE UMA AGÊNCIA DE TURISMO. DISPÊNDIO DE MAIS DE R\$ 15 MIL. AFRONTA AO ART. 11, DA LEI N. 8.429/92. VEREDICTO DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE R\$ 57 MIL A TÍTULO DE MULTA CIVIL, SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS POR QUATRO ANOS, PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO

POR TRÊS ANOS, E MANUTENÇÃO DO BLOQUEIO DOS BENS. INSURGÊNCIA DO EX-PARLAMENTAR. DISPENSADO O EXAME DAS PRELIMINARES, VISTO QUE O DESFECHO DESPONTA FAVORÁVEL AO POSTULANTE. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO. ADUZIDA INEXISTÊNCIA DE PROVA DO PRETENSO DOLO, E DO ALEGADO SUPERFATURAMENTO. TESE SUBSISTENTE. TRASLADOS AÉREOS CHAPECÓ/FLORIANÓPOLIS E FLORIANÓPOLIS/BRASÍLIA, EFETIVADOS. PROVIDÊNCIA, ADEMAIS, CAPITANEADA PELO PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES, QUE CONSUECUDINARIAMENTE ERA O RESPONSÁVEL POR TODAS AS COMPRAS DA CASA ASSEMBLEAR, REVELANDO-SE ALQUEBRADO O INDÍCIO DE INTERFERÊNCIA, OU IMORALIDADE DO EDIL PRÓCERE DA CASA DE LEIS. "[...] Não é justo que, ao mais simples equívoco, desprovido de má-fé, sejam os administradores públicos despojados de seus direitos políticos, destituídos de seus cargos, e execrados com a pecha da desonestidade. Daí resulta a exigência jurisprudencial da demonstração do dolo ou de culpa grave na maior parte dos tipos definidos na Lei de Improbidade: distinguir entre o ato de boa e de má-fé; o administrador inepto, do ímprobo" (TJSC, Apelação Cível n. 0900023-41.2014.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 05/02/2019). SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0900025-47.2016.8.24.0013, de Campo Erê, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 26-11-2019).

Independentemente do acerto de tal posição, ela reforça a importância de se buscarem evidências do elemento subjetivo e também de eventual sobrepreço nas compras diretas.

Sobre o risco de descaracterização de condutas mais gravosas ou até mesmo a declaração de inexistência de ato ímprobo, também se extrai do STJ:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PRESTAÇÃO DE CONTAS TARDIA, MAS APROVADA. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. INEXISTÊNCIA DE ATO ÍMPROBO. [...] (STJ, REsp 1811238/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 05/09/2019) (grifos acrescidos)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E MORALIDADE). PARTICIPAÇÃO DO RECORRENTE EM REUNIÃO PRESIDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL SOBRE CONDICIONANTES AMBIENTAIS DE UMA OBRA. CONDIÇÃO DO AGENTE DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE. PARTICIPAÇÃO NA REUNIÃO COMO DE INTEGRANTE DE UMA COMISSÃO INSTITUÍDA PELO MUNICÍPIO DE PIRAMBU/SE. PEDIDO INICIAL QUE SEQUER APONTA A OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E NEM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE. CAPITULAÇÃO DO FATO EXCLUSIVAMENTE NA REGRA DO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SEQUER ADUZ A OCORRÊNCIA DA NOTA

ESPECIAL DA MÁ-FÉ NA CONDUTA. REVALORAÇÃO JURÍDICA DAS PREMISSAS ADOTADAS NO ARESTO. MERO DESATENDIMENTO A UM PRINCÍPIO (NO CASO, O DA LEGALIDADE), SEM QUALQUER NOTA ESPECÍFICA DE MÁ-FÉ. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE, PARA CONHECER DO RECURSO ESPECIAL E DAR-LHE PROVIMENTO.

(STJ, AgInt no AREsp 569.385/SE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 06/03/2019) (grifos acrescidos)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. **IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DO PARQUET DE QUE O ENTÃO ALCAIDE DO MUNICÍPIO DE SANTANA DO MATOS/RN NÃO INFORMOU EM GFIP, NO PERÍODO DE 01/2008 A 12/2010, FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS QUANTO À REMUNERAÇÃO DE CERTOS EMPREGADOS E AUTÔNOMOS, EMBORA TENHA EFETUADOS OS PAGAMENTOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO E DANO AO ERÁRIO NA CONDUTA DO AGENTE. AGRAVO INTERNO DO MPF A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** 1. O Tribunal de origem afirmou, expressamente, a ausência de dolo na conduta imputada ao implicado. Essa orientação tem o abono jurisprudencial do STJ, que exige a comprovação do dolo como elemento da conduta, para submeter legitimamente o infrator às iras do art. 11 da Lei 8.429/1992;

precedentes: REsp. 1.478.274/MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 31/3/2015; AgRg no REsp. 1.191.261/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 25/11/2011; **o dolo deve ser verificado na conduta, na maquinação, na maldade, na malícia do agente, sendo isso o que deve ser demonstrado e não o foi, no caso em apreço.** 2. No tocante ao disposto no art. 10 da LIA, a imputação deve ser rejeitada de plano, isto porque o art. 10 exige a demonstração de dano ao erário e, no caso, não há que se falar em dano, tendo em vista que o próprio órgão acusador reconhece que o então Prefeito realizou os descontos das contribuições previdenciárias devidas e os gastos com contribuintes individuais e efetuou os pagamentos; logo, não houve dano a justificar a condenação por improbidade, com fundamento no art. 10 da LIA; desse modo, não há como afastar as conclusões da instância de origem, cuja alteração requer o reexame de fatos e provas. Precedente: AgInt no AREsp. 947.810/SE, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 2/8/2018.

3. Agravo Interno do MPF a que se nega provimento.

(STJ, AgInt no REsp 1544839/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 20/09/2018) (grifos acrescidos)

Não se pode esquecer, por fim, de propostas que buscam até mesmo extinguir o ato de improbidade administrativa do art. 11 da Lei n. 8.429/92⁷, o que, por um lado, é absolutamente lamentável, mas, por outro, reforça a importância de que o Ministério Público busque cada vez mais a demonstração do dano ao patrimônio público e, se possível, sua quantificação por ocasião da petição inicial.

⁷ Nesse sentido, por exemplo, o substitutivo apresentado pelo Deputado Federal Carlos Zarattini (PT-SP) ao Projeto de Lei n. 10.887/2018, que altera a Lei de Improbidade Administrativa.

Sabe-se que as circunstâncias dos casos concretos são demasiadamente amplas para serem todas abrangidas neste estudo, porém, busca-se aqui subsidiar o órgão de execução com informações que possam facilitar essa tarefa.

2 PREÇOS EXCESSIVOS E COMO EVITÁ-LOS

2.1 Sobrepreço e superfaturamento: conceitos e distinções

Sobrepreço e superfaturamento são expressões empregadas com frequência por operadores do direito e cada vez mais presentes no noticiário econômico e político. Sobrepreço é a irregularidade que ocorre quando o preço global de um contrato ou os preços unitários constantes de sua composição encontram-se injustificadamente superiores aos preços praticados no respectivo mercado.⁸

O superfaturamento, por sua vez, está associado a despesas irregulares durante a execução do contrato⁹, que podem decorrer de uso de material de qualidade inferior à contratada, do pagamento de preços superiores à tendência central praticada pelo mercado, reajustamento do contrato antes da época devida, dentre outros.

O Tribunal de Contas da União (TCU) considera:

[...] o Sobrepreço ocorre quando uma cotação de um bem ou serviço é superior ao valor praticado pelo mercado. Já o superfaturamento se verifica após a regular liquidação da despesa, ou seja, depois da aquisição, faturamento e pagamento de um bem ou serviço.

(TCU, Acórdão 310/2006, Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar)

A prevenção ao sobrepreço é feita pelo aprimoramento do planejamento administrativo e das técnicas para apurar o valor de mercado dos bens, serviços e obras que se pretende contratar. Já o superfaturamento pode ser evitado pela cuidadosa fiscalização da execução contratual, a quem cumpre exigir que os bens, serviços e obras atendam à previsão, tanto em quantidade como em qualidade.¹⁰

Na definição autêntica da Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais), tem-se:

Art. 31 *Omissis*

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

⁸ LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 474.

⁹ LIMA, Luiz Henrique. **Sobrepreço e superfaturamento**. Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/artigo/show/id/222/autor/6> Acesso em: 29/06/2020.

¹⁰ *Ibid.*

- I - sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada;
- II - superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo:
- a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
 - b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança;
 - c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
 - d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços.

De qualquer forma, muitas vezes os termos são utilizados sem distinção entre si, até porque o sobrepreço da fase licitatória ou da celebração do contrato implica, muitas vezes, em superfaturamento no momento da execução do contrato.

O sobrepreço e o superfaturamento estão entre as principais irregularidades encontradas em obras públicas, por exemplo, o que demonstra a generalização da prática de gestão antieconômica dos recursos públicos em nosso país. Os valores pagos em excesso por tais obras dificilmente retornam à sociedade, que acaba pagando mais caro do que o preço usual de mercado para ter à disposição, muitas das vezes, benfeitorias com qualidade inferior ao que se obteria por menor preço no meio privado.¹¹

2.2 Espécies de superfaturamento

Existem várias modalidades de superfaturamento catalogadas nos textos especializados, dentre as quais se destacam as a seguir listadas.

¹¹ CAMPITELI, Marcus Vinícius. **Medidas para evitar o superfaturamento decorrente do “jogo de planilhas” em obras públicas. Dissertação de mestrado.** Brasília: UnB, 2006, p. 2.

2.2.1 Superfaturamento por quantidade

Consiste na medição de quantidades superiores às efetivamente executadas/fornecidas (inexecução de serviços)¹². Nessa hipótese, o dano ao patrimônio público se traduz na medição e no pagamento de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas. Pode envolver também o pagamento de serviços em duplicidade ou o pagamento de serviços não executados¹³.

O superfaturamento corresponde ao “somatório das diferenças entre os quantitativos medidos e os levantados em campo, multiplicado pelos respectivos preços pagos”¹⁴.

Nesse ponto, é essencial a observância dos critérios de medição, que devem ser os mesmos considerados quando da composição dos custos unitários do objeto. Pense-se, por exemplo, na construção de um telhado de edificação em que o vencedor usou o m² de projeção horizontal do telhado como critério para o custo do serviço. Se o pagamento do serviço for realizado pela metragem efetiva de área do telhado (e não pela projeção horizontal), haverá dano ao erário em desfavor da Administração¹⁵.

2.2.2 Superfaturamento por qualidade

Essa modalidade de superfaturamento consiste na deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança (alteração qualitativa)¹⁶. O custo direto efetivamente incorrido pela contratada para a execução do serviço é menor, mas essa diferença não é contabilizada na planilha orçamentária contratual.

A estratégia de se privilegiar o menor preço como único critério de julgamento das propostas das licitações vem acarretando consequências danosas.¹⁷

¹² Instrução Técnica nº 002-DITEC, de 10/03/2010, Polícia Federal, art. 2º, VI, “a”; OT-IBR 005/2012; Lei n. 13.303/2013, art. 31, §1º, II, “a”.

¹³ Boletim do TCU, Ano XLV, n. 26, de 11/12/2012.

¹⁴ LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas**: artimanhas e conluios. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014, p. 129.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Instrução Técnica nº 002-DITEC, de 10/03/2010, Polícia Federal, art. 2º, VI, “c”; OT-IBR 005/2012; Lei n. 13.303/2013, art. 31, § 1º, II, “b”.

¹⁷ BORGES, Alice Maria Gonzalez. O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos. **Boletim de Licitações e Contratos**, v.13, n.7, p.386-392, jul. 2000.

Os competidores entram nas licitações oferecendo preços irrealistas, subfaturados, para ganhar o certame de qualquer maneira, mas frequentemente não saem perdendo, efetuando serviços malfeitos e empregando material de qualidade inferior do que aquela especificada na composição dos custos unitários (em desconformidade com as especificações ou normas técnicas).

Podem-se adotar os seguintes métodos para calcular o superfaturamento de qualidade, conforme o caso.

a) cálculo pela alteração de serviço

Nos casos em que houve, comprovadamente, substituição de serviços por outros de qualidade inferior, os itens substituídos terão a quantidade levantada na fiscalização desconsiderada, por não terem sido executados. Os serviços executados com qualidade inferior ou sem atender ao especificado no edital poderão ter os quantitativos efetivamente executados considerados pela equipe de auditoria, desde que a qualidade inferior ou o não atendimento da especificação técnica não comprometa a durabilidade, destinação ou viabilidade do empreendimento¹⁸;

Além disso, caso os serviços executados fora das especificações técnicas não sejam passíveis de aproveitamento, o superfaturamento será a totalidade dos serviços pagos¹⁹.

b) cálculo pelo custo de reparo ou refazimento dos serviços defeituosos

Nas situações em que a conversão do superfaturamento de qualidade em superfaturamento de quantidade mostrar-se insuficiente para quantificar todos os prejuízos da administração pública, o superfaturamento de qualidade deve corresponder aos custos diretos e indiretos de todos os serviços associados ao reparo, refazimento ou correção dos serviços defeituosos²⁰;

Trata-se dos casos em que a mera diferença entre os preços dos serviços devidos e aqueles efetivamente executados é insuficiente para o cálculo. Leitão dá o exemplo de uma laje concretada com resistência inferior àquela do projeto, caso em que

¹⁸ OT – IBR 005/2012

¹⁹ LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas**: artimanhas e conluios. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014, p. 130.

²⁰ OT – IBR 005/2012

o valor do superfaturamento deverá ser todo o gasto para o adequado reforço estrutural²¹.

c) cálculo pelo valor presente líquido da perda de receita decorrente da menor qualidade:

Adota-se tal critério em empreendimentos que geram receita e tiveram que ter suas atividades suspensas para reparo de serviços ou instalações não conformes. O prejuízo ao Erário será quantificado com base nos lucros cessantes, acrescidos dos custos com reparo ou refazimento dos serviços defeituosos²²;

Além de eventuais empreendimentos que geram receita (superfaturamento = lucros cessantes), também é aplicado aos casos, bastantes comuns, em que a administração tenha de pagar aluguel de outro imóvel em razão do atraso na entrega da obra, em que o superfaturamento será o valor pago pela locação além do prazo estimado para o fim da obra²³.

d) cálculo pela perda econômica decorrente da redução da vida útil:

Nos casos em que o prejuízo causado pela execução de serviços com qualidade deficiente não puder ser estimado adequadamente, devem ser estabelecidos, para o caso em concreto, parâmetros econômicos objetivos relacionando a perda da vida útil do bem produzido com a não conformidade observada na execução do serviço²⁴.

Aplicável às hipóteses de patologias construtivas que “irão impactar numa diminuição da vida útil da obra”. O exemplo seria a compactação de camada de base de uma rodovia executada com um percentual menor (em relação ao projeto) de um componente que daria maior durabilidade ao pavimento, de modo que este “não irá suportar toda a vida útil dimensionada em projeto”. Deve-se estimar o superfaturamento com base em algum parâmetro que avalia a perda desse tempo de uso da rodovia, o que deve ser apurado caso a caso²⁵.

²¹ LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas**: artimanhas e conluios. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014, p. 130.

²² OT – IBR 005/2012

²³ LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas**: artimanhas e conluios. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014, p. 131.

²⁴ OT – IBR 005/2012

²⁵ LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas**: artimanhas e conluios. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014, p. 130.

O superfaturamento por qualidade grassa num ambiente com fiscalização deficiente. O acompanhamento e a fiscalização dos contratos são um poder-dever da Administração, que deve adotar as providências que se fizerem necessárias para o perfeito cumprimento das obrigações contratuais. A própria Lei n. 8.666/93 estabelece:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

A fiscalização de contratos administrativos e as obrigações tanto do fiscal quanto do gestor do contrato foram objeto de estudo aprofundado do CMA por ocasião da **Pesquisa CMA n. 524/2016**, ementada nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO - CONTRATO ADMINISTRATIVO - FISCAL DO CONTRATO - FUNDAMENTO LEGAL - NOMEAÇÃO E ATUAÇÃO - ATRIBUIÇÕES E PODERES - FISCAL E GESTOR DO CONTRATO - FISCAL DO CONTRATO E UNIDADE DE CONTROLE INTERNO - RESPONSABILIDADE DO FISCAL DO CONTRATO E DA ADMINISTRAÇÃO - FISCAL DO CONTRATO E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS APLICÁVEIS AO CONTRATADO.²⁶

2.2.3 Superfaturamento por alteração da metodologia executiva

De acordo com o Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU, ocorre quando o orçamento da obra considerou metodologia executiva claramente ineficiente, antieconômica, ultrapassada ou contrária à boa técnica da engenharia, e, posteriormente, durante a execução da obra, a contratada adota outro método construtivo, mais racional e econômico, sem que se proceda ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.²⁷

²⁶ Pesquisa CMA n. 524/2016, disponível em http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/webforms/portal/interna_detalle.aspx?campo=279467&secao_id=1467

²⁷ TCU, Roteiro de auditoria de obras públicas, p. 63-64. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A159B6EC170159B7A9382B0701> Acesso em: 29/06/2020.

Nesse caso, conforme entendimento do TCU, “a contratação de obra por preço superior ao que se poderia obter por meio da utilização de técnica igualmente satisfatória e menos onerosa demanda a readequação dos preços contratuais a essa nova solução”.²⁸

Um exemplo de superfaturamento decorrente da orçamentação com o emprego de equipamentos inadequados para o serviço foi tratado pelo TCU no Acórdão 3.301/2011-Plenário. No caso em questão, o preço unitário do concreto para obras de arte especiais foi estimado considerando sua confecção em betoneira de 720 litros, apesar de o volume de concreto necessário para as obras corresponder a dezenas de milhares de metros cúbicos de concreto. O voto que fundamentou essa decisão apresentou as seguintes considerações:

O exame das justificativas apresentadas pela antiga diretoria para a utilização de composição de produção de concreto com betoneira revela imprudência, emprego de má técnica, assunção indevida de riscos de propiciar acatamento de propostas com sobrepreço, e um certo descaso na orçamentação.

Outro exemplo tratado pelo TCU consistiu na especificação de *motoscaper* para serviços de escavação, carga e transporte em terraplenagem. O uso desse equipamento é economicamente vantajoso para distâncias até 200 metros. Para distâncias superiores a 400 metros, a escavadeira hidráulica torna-se a alternativa mais econômica. O entendimento do TCU nesse ponto é o de que a escolha por uma alternativa de execução com custo unitário mais oneroso deve ser sempre justificada:

9.5. determinar ao Dnit que, em futuros ajustes com órgãos estaduais ou municipais, ou nas obras que executar diretamente, caso seja imprescindível a utilização de moto scrapers nas operações de escavação, carga e transporte, demonstre prévia e objetivamente, por meio de memorial específico, os cálculos e as razões técnicas e fáticas que fundamentem a impossibilidade ou a antieconomicidade da utilização de pás carregadeiras ou escavadeiras hidráulicas.

(TCU, Acórdão 1.537/2010-Plenário)

²⁸ TCU, Acórdão 791/2012-Plenário, 04/04/2012

Por outro lado, na hipótese de o contratado utilizar metodologia distinta da especificada e mais onerosa, deve assumir os custos a ela atrelados, não lhe competindo transferir o ônus financeiro de sua escolha à Administração Pública:

O contratado pode executar o serviço com metodologia distinta da prevista no Sicro, valendo-se de equipamentos ou arranjos produtivos que lhes são mais convenientes, contudo, não pode transferir para a Administração os custos da utilização de metodologia mais onerosa do que aquela prevista no Sicro. (TCU, Acórdão 910/2017-Plenário, 10/05/2017)

Outra causa dessa modalidade de superfaturamento consiste na alteração da forma de aquisição de insumos relevantes. Em vista da grande repercussão econômica para o contrato, a Administração deve avaliar, com base em estudos adequados, se determinados insumos devem ser adquiridos comercialmente ou produzidos diretamente pelo contratado.

É o caso da areia e da brita, que podem ser obtidas mediante compra direta junto a fornecedores ou extraídas em pedreiras ou areais pela própria contratada, após licenciamento ambiental e minerário das jazidas próximas ao local de execução do empreendimento.²⁹ Outro exemplo de alteração consiste na forma de aquisição de insumos que podem causar o desequilíbrio do contrato contra uma das partes: aquisição de cimento a granel ou compra de cimento em sacos, utilização de fôrmas e escoramento metálico ou fôrmas de madeira, fabricação de tijolos e blocos no canteiro de obras ou aquisição comercial, e armação com corte e dobra do aço no canteiro ou aquisição do aço cortado e dobrado.³⁰

Cabe esclarecer, entretanto, que não há superfaturamento por alteração da metodologia executiva quando o orçamento do serviço é feito com base em metodologia executiva eficiente e compatível com a boa técnica da engenharia, porém, o construtor, valendo-se de equipamentos mais modernos e produtivos ou de técnicas inovadoras, consegue executar o serviço com maior produtividade e, conseqüentemente, a um menor custo. Nessa hipótese, está-se diante de ganho de

²⁹ TCU, Acórdão 783/2018-Plenário

³⁰ TCU, Roteiro de auditoria de obras públicas, p. 57. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A159B6EC170159B7A9382B0701> Acesso em: 29/06/2020.

eficiência legítima, cujos benefícios devem ser apropriados exclusivamente pelo contratado.

Nesse sentido:

Não se configura superfaturamento por metodologia executiva quando o projeto básico prevê a solução mais eficiente e usual de mercado e o executor realiza o trabalho com técnicas ou equipamentos inovadores que aumentam a produtividade na execução do serviço [hipótese em que é lícito que se beneficie dos ganhos decorrentes da maior produtividade]. Contudo, se o contratado executa o trabalho por meio de sistema mais produtivo, não por este ser uma inovação, mas porque o projeto básico previu metodologia antieconômica, o erro de projeto deve ser considerado para a apuração do efetivo custo referencial da obra e de eventual superfaturamento. (TCU, Acórdão 2986/2016-Plenário, 23/11/2016)

2.2.4 Superfaturamento por preços excessivos (sobrepço)

Essa espécie de superfaturamento consiste no pagamento de obras, bens e serviços por preços superiores à tendência central (mediana ou média) praticada pelo mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, bem como pela prática de preços unitários acima dessa tendência central (mediana ou média) de mercado.³¹

No âmbito federal, por exemplo, o custo das obras de engenharia deve ser calculado de acordo com o Decreto n. 7.983/2013, cujo artigo 3º estabelece como referência os valores constantes da tabela SINAPI (Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil)³², mantida pela Caixa Econômica Federal (CEF):

Art. 3º O custo global de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

³¹ Instrução Técnica n. 002-DITEC, de 10/03/2010, Polícia Federal, art. 2º, VI, "b"; OT-IBR 005/2012; Lei n. 13.303/2013, art. 31, § 1º, I.

³² O SINAPI pode ser acessado pelo link <http://www.caixa.gov.br/poder-publico/apoio-poder-publico/sinapi/Paginas/default.aspx>

O Poder Judiciário paulista define o superfaturamento por preços excessivos (sobrepço) nos seguintes termos:

Superfaturamento, na espécie de sobrepço, não é o resultado de uma impossibilidade absoluta de menor custo por obra ou serviço, mas, isto sim, o de uma exorbitância de custeio quanto à mesma qualidade de obra ou serviço, o que exigiria, para seu reconhecimento, confirmação idônea de que o preço despendido com materiais singulares ou mão de obra supera a média (a tendência central) do preço de mercado.

(TJSP, Apelação Cível 0003946-64.2009.8.26.0066; Relator (a): Ricardo Dip; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Barretos - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 25/06/2013; Data de Registro: 28/06/2013)

As quadrilhas que fraudam licitações podem optar pelas seguintes formas de alteração indevidas dos preços:

- a) Elevação arbitrária da taxa de bonificação e despesas indiretas (BDI) – é a forma preferida no sentido de representar a oficialização da contratação de taxas de lucros abusivos. Muito dificultada pela ação dos órgãos de controle e fiscalização;
- b) Cotação irreal – é comum a apresentação de três orçamentos com preços combinados para serem bem superiores ao verdadeiro preço de mercado. Por ser a mais simples de ser executada também é a mais fácil de ser detectada;
- c) Inserção ou majoração de insumos ou mão-de-obra desnecessária – apresentação da utilização de mão-de-obra excessiva para execução de determinado serviço ou consumo exagerado de material³³;
- d) Minoração da produtividade – apresentação de carga horária subestimada em relação a real capacidade produtiva dos trabalhadores e máquinas. As duas últimas formas são as mais difíceis de serem detectadas, por exigir, em algumas situações conhecimentos de engenharia.³⁴

Segundo Alan de Oliveira Lopes, os fraudadores usualmente apresentam dados discrepantes e irrealistas na certeza de que a licitação que é alvo da organização criminosa não será investigada de forma técnico-científica. Nisso reside uma das importâncias da perícia no contexto geral da investigação de práticas como essa. Noutra vertente, verifica-se que os preços também podem ser estudados com base em

³³ Cumpre, porém, fazer uma ressalva quanto ao entendimento do TCU em relação ao pagamento de salários em montantes inferiores aos da proposta de preço: “Nos contratos de prestação de serviços sob o regime de empreitada por preço global, o pagamento de salários em montantes inferiores aos da proposta de preço somente configura descumprimento contratual se houver cláusula expressa no edital e no contrato exigindo a identidade entre esses valores”. (Acórdão TCU nº 3093/2014 – Plenário, Boletim de Jurisprudência nº 63)

³⁴ LOPES, Alan de Oliveira. Superfaturamento de Contratos Governamentais de Serviços de Engenharia de Construção – Estudo de Caso da Operação Caixa-Preta – 2009. In: **Revista Brasileira de Ciências Policiais**. Brasília, v. 9, n. 2, p. 71-109, jul/dez 2018, p. 92-94.

contratos e notas fiscais reais, que podem ser obtidas nas próprias empresas investigadas, por meio de buscas e apreensões judiciais ou em consultas diretas às empresas que foram subcontratadas pelas investigadas. Esse tipo de abordagem oferece uma melhor aproximação da realidade.³⁵

Os métodos para cálculo do valor do sobrepreço/superfaturamento serão vistos no item relativo a obras públicas.

2.2.5 Superfaturamento por “jogo de planilha”

De modo geral, o “jogo de planilha”, também conhecido como superfaturamento por desequilíbrio econômico-financeiro ou “desbalanceamento”, caracteriza-se pela atribuição de diminutos preços unitários a serviços ou materiais que de antemão a empresa sabe que não serão executados ou que terão os quantitativos diminuídos, e de elevados preços a serviços ou materiais que terão os seus quantitativos aumentados por meio de alterações contratuais sob o pretexto do atendimento do interesse público.³⁶ Com isso, os licitantes vencem a competição propondo executar a obra por valor global abaixo dos demais concorrentes, valor este que pode se tornar o mais desvantajoso em relação às demais propostas ao longo da vigência contratual.

O superfaturamento por “jogo de planilha” pode ser calculado de duas formas, uma para situações onde a contratação original foi realizada por valor superior as referências de mercado, ou seja, com sobrepreço original, e outra quando a contratação original foi realizada abaixo das referências de mercado.

Em linhas gerais, se o ambiente inicial for de sobrepreço original, será realizado o cálculo com base no **método do balanço**, no qual as consequências financeiras serão medidas em função de um confronto entre os preços da contratada com os valores de mercado.³⁷ Esse método busca manter inalteradas as condições fixadas pela licitação em termos absolutos, assegurando manter as condições

³⁵ *Ibid.*

³⁶ CAMPITELI, Marcus Vinícius. **Medidas para evitar o superfaturamento decorrente do “jogo de planilhas” em obras públicas. Dissertação de mestrado.** Brasília: UnB, 2006, p. 5.

³⁷ TCU, Acórdão n. 583/2003-Plenário.

econômicas inicialmente definidas, bem como o princípio da isonomia entre os licitantes, mesmo após as alterações quantitativas.

Já em ambiente de subpreço original (mais comum, diante da necessidade de fixação de critérios de aceitabilidade dos preços), será realizado o cálculo com base no **método do desconto**, no qual as consequências financeiras serão medidas em função de uma análise do desconto original e o equilíbrio financeiro final do contrato (desconto ou sobrepreço final) medido pelos peritos, sendo para tanto fundamental a determinação do ponto de equilíbrio econômico-financeiro original do contrato, conforme entendimento pacífico no TCU:

O cálculo do prejuízo causado por eventuais manipulações da planilha deve levar em conta o desconto obtido na licitação em relação aos preços de mercado, segundo processo de cálculo que se convencionou chamar de 'método do desconto'.

(TCU, Acórdão 511/2009-Plenário, 25/03/2009)³⁸

Os métodos serão analisados com mais vagar no item 3 desta obra.

Esse tipo de fraude permite que a licitante ofereça um preço global muito baixo para vencer o certame e, por meio de alterações contratuais, diminua o desconto proposto originalmente no valor global para garantir uma remuneração mais elevada com a qual ela não teria vencido o certame licitatório. Nesse caso, impõe-se à Administração o dever de reequilibrar o contrato de forma a garantir, ao final de sua execução, a manutenção da condição original.³⁹

A fim de evitar ou restringir o “jogo de planilhas”, é fundamental que o desconto oferecido pelo contratado em relação ao orçamento paradigma seja sempre mantido, evitando prejuízos à Administração. Oferecer preços mais baixos, com desconto elevado, para ganhar a licitação e, em seguida, por meio de aditivos, cobrar preços unitários cheios ou com desconto inferior ao previsto no contrato original causam enormes prejuízos ao Erário. Nesse sentido, registra o TCU:

³⁸ No mesmo sentido, Acórdão n. 1755/2004-Plenário.

³⁹ LOPES, Alan de Oliveira. Superfaturamento de Contratos Governamentais de Serviços de Engenharia, de Construção – Estudo de Caso da Operação Caixa-Preta – 2009. In: **Revista Brasileira de Ciências Policiais**. Brasília, v. 9, n. 2, p. 71-109, jul/dez 2018, p. 95-96.

Para evitar a ocorrência de *jogo de planilha*, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do sistema de referência utilizado não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a *planilha* orçamentária. (TCU, Acórdão 1514/2015-Plenário)

É incabível a compensação de eventual subpreço na planilha contratual original com sobrepreços verificados em termos aditivos, uma vez que isso implica a redução da vantajosidade inicial da avença e, portanto, a alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração. (Acórdão TCU nº 349/2014 – Plenário, Informativo de Licitações e Contratos nº 186)

Quando houver a celebração de aditivos contratuais para a inclusão de novos serviços, tanto nos regimes baseados em preço global quanto nos regimes de empreitada por preço unitário e tarefa, o preço desses serviços deve ser calculado considerando as referências de custo e taxa de BDI especificadas no orçamento-base da licitação, subtraindo desse preço de referência a diferença percentual entre o valor do orçamento-base e o valor global obtido na licitação, com vistas a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a manutenção do percentual de desconto oferecido pelo contratado (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e arts. 14 e 15 do Decreto 7.983/2013). (Acórdão TCU nº 2440/2014 – Plenário, Informativo de Licitações e Contratos nº 215)

Para melhor ilustrar o jogo de planilhas e a redução do desconto por meio de aditivos contratuais, tem-se a seguinte tabela⁴⁰:

	CONDIÇÕES ORIGINAIS					CONDIÇÕES PÓS-ADITIVOS		
	Orçamento paradigma			Contrato		Quant.	Paradigma	Contrato
	Quant. inicial	Preço unit.	Preço total	Preço unit.	Preço total	final	Preço total	Preço total
1	100	35,00	3.500,00	30,00	3.000,00	100	3.500,00	3.000,00
2	200	30,00	6.000,00	30,00	6.000,00	500	15.000,00	15.000,00
3	300	25,00	7.500,00	20,00	6.000,00	300	7.500,00	6.000,00
4	400	30,00	12.000,00	10,00	4.000,00	100	3.000,00	1.000,00
Total			29.000,00		19.000,00		29.000,00	25.000,00
Desconto original					-34,5%	Desconto final		-13,8%

Os superfaturamentos nas modalidades “sobrepreço” e “jogo de planilha” são os mais recorrentes da casuística da Polícia Federal e dos órgãos de controle, pois

⁴⁰ OLKOWSKI, Gustavo F. 2º Seminário de Prevenção de Artimanhas e Conluio em Obras Públicas - ENAP, 2016, 90 slides. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3681>.

geralmente são oriundos de incongruências nos orçamentos da Administração Pública ou nos Termos Aditivos celebrados durante a execução contratual. De certo, é a metodologia de fraude que permite maiores ganhos, pois a rigor envolve a troca de poucos valores em algumas linhas da planilha do orçamento do edital e de licitantes em conluio, ou que agem com a anuência da fiscalização dos contratos e seus aditivos, seja por dolo ou culpa.⁴¹

2.2.6 *Superfaturamento por pagamentos antecipados indevidos*

Os pagamentos antecipados, não previstos em edital e sem a prévia contrapartida do contratado, representam diminuição da parcela de custos financeiros da empresa inicialmente previstos para a realização do objeto contratual⁴².

A antecipação do pagamento, muito embora não seja a regra geral, não é vedada pelo ordenamento jurídico. Ordinariamente, o pagamento feito pela Administração é devido somente após o cumprimento da obrigação pelo particular, salvo a existência de interesse público devidamente demonstrado, previsão no edital e exigência de garantias⁴³. Nesse sentido:

É indevido o *pagamento antecipado* por obras, serviços ou aquisições, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados.
(TCU, Acórdão 1879/2011-Plenário)

Devem ser evitadas antecipações de *pagamento* sem previsão licitatória ou contratual e desprovidas de garantias ou cautelas.
(TCU, Acórdão 214/2009-Segunda Câmara)

O concedente deve fazer constar em cláusula de convênio a expressa vedação a *pagamentos* antecipados para qualquer tipo de objeto.
(TCU, Acórdão 1383/2011-Plenário)

Assim, quando realizada a antecipação de pagamento de forma indevida, há, na prática, uma espécie de superfaturamento.

⁴¹ LOPES, Alan de Oliveira. Superfaturamento de Contratos Governamentais de Serviços de Engenharia, de Construção – Estudo de Caso da Operação Caixa-Preta – 2009. In: **Revista Brasileira de Ciências Policiais**. Brasília, v. 9, n. 2, p. 71-109, jul/dez 2018, p. 82

⁴² OT – IBR 005/2012

⁴³ Para aprofundamento sobre as possibilidades de pagamento antecipado pela Administração Pública, consultar a Pesquisa SIG n. 0061/2020/CMA.

Nesse caso, para se calcular essa parcela de superfaturamento, primeiro se deve estabelecer o período de tempo entre a antecipação do pagamento e a data da efetiva realização do serviço a que ele se refere. Definido esse período, os valores antecipados deverão ser descontados pela taxa SELIC desde a data da efetiva prestação dos serviços até a data da antecipação ilegal do pagamento. Poderão ser calculadas várias parcelas, uma vez que pode ocorrer mais de uma antecipação no mesmo contrato.⁴⁴

Confira-se o seguinte exemplo ilustrativo de cálculo de superfaturamento por pagamentos antecipados⁴⁵:

Quadro 1 – Exemplo hipotético do cálculo de superfaturamento por pagamentos antecipados.

SERVIÇOS "A"							
DATA	PAGAMENTOS ANTECIPADOS (VALOR NOMINAL)			EFETIVA REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS			VALOR DESCONTADO PELA TAXA SELIC (1% a.m)
	QUANT.	PREÇO UNIT. R\$	PREÇO TOTAL (A) R\$	QUANT.	PREÇO UNIT. R\$	PREÇO TOTALR\$	PREÇO TOTAL (B) R\$
30/12/2010	1.000	15.000,00	15.000.000,00				
31/5/2011				300	15.000,00	4.500.000,00	4.281.595,59
31/7/2011				400	15.000,00	6.000.000,00	5.596.308,33
30/9/2011				300	15.000,00	4.500.000,00	4.114.529,21
Total			15.000.000,00				13.992.433,13
Superfaturamento por pagamentos antecipados (A – B)							1.007.566,87
Notas explicativas:							
1) adotou-se a fórmula do desconto racional composto (por dentro) para calcular o valor total descontado;							
2) adotou-se a taxa mensal Selic equivalente a 1% para fins de simplificação do exemplo; e							
3) adotou-se a data-base do adiantamento dos pagamentos como origem do débito (30/12/2010).							

Em uma simplificação para fins didáticos, o dano seria equivalente ao valor monetário que seria auferido pela aplicação financeira do montante antecipado indevidamente, desde o dia do pagamento até a data em que a cobrança deveria ter ocorrido (em razão da realização do serviço ou do fornecimento do bem).

⁴⁴ OT – IBR 005/2012

⁴⁵ OT – IBR 005/2012, Anexo III.

É, juntamente com as espécies tratadas na sequência, uma das modalidades menos recorrentes quando analisamos a casuística da Polícia Federal e dos Órgãos de Controle, sendo, de modo geral, as que apresentam um potencial de dano inferior os demais casos citados⁴⁶.

2.2.7 Superfaturamento por superdimensionamento de projetos

O superfaturamento por superdimensionamento de projetos é decorrente da aquisição de serviços e materiais com dimensão, quantidade, e/ou qualidade além das necessárias para o desempenho exigido, segundo práticas e normas de engenharia vigentes à época do projeto, sendo quantificado pela parcela de lucro incidente sobre a quantidade superdimensionada.

Essa modalidade de superfaturamento só pode ser imputada ao construtor quando houver fortes indícios desse mecanismo de fraude ou nos casos em que o contratado seja o responsável pela autoria do projeto superdimensionado.⁴⁷

As fraudes por superdimensionamentos, apesar de muito debatidas por problemas nos projetos construtivos, são de difícil comprovação fática devido à natural complexidade do tema. Talvez por isso seja a única modalidade ainda não assimilada pela Lei das Estatais.⁴⁸

2.2.8 Superfaturamento devido à prorrogação injustificada do prazo contratual

Importante que se diga, inicialmente, que o decurso do prazo tem efeitos diferentes a depender da natureza do contrato.

Nos contratos de escopo (também conhecidos como contratos por objeto, contratos de obra, contratos de execução instantânea, contratos de resultado), em

⁴⁶ LOPES, Alan de Oliveira. Superfaturamento de Contratos Governamentais de Serviços de Engenharia. de Construção – Estudo de Caso da Operação Caixa-Preta – 2009. In: Revista Brasileira de Ciências Policiais. Brasília, v. 9, n. 2, p. 71-109, jul/dez 2018, p. 84.

⁴⁷ OT – IBR 005/2012

⁴⁸ LOPES, Alan de Oliveira. Superfaturamento de Contratos Governamentais de Serviços de Engenharia. de Construção – Estudo de Caso da Operação Caixa-Preta – 2009. In: **Revista Brasileira de Ciências Policiais**. Brasília, v. 9, n. 2, p. 71-109, jul/dez 2018, p. 84.

razão de sua natureza, o fim do prazo não acarreta, de imediato, a extinção do contrato, eis que essa somente ocorre com a conclusão e entrega do objeto pela contratada e seu recebimento pela Administração. O término do prazo, nos contratos de escopo, não tem por efeito a extinção do contrato, mas, sim, a caracterização de mora.

Por sua vez, nos contratos de prestação continuada (também conhecidos como contratos de execução continuada, contratos de prestação de serviços, contratos contínuos, contratos por prazo, contratos por prazo certo), o término do prazo encerra o contrato, pois, nesses, o lapso temporal previsto no contrato integra o núcleo de seu objeto, de modo que, terminado o prazo, estará extinto o contrato⁴⁹.

O superfaturamento por prorrogação injustificada do prazo contratual refere-se, primordialmente, aos contratos de escopo.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que a Lei n. 8.666/93 exige que a prorrogação do prazo contratual seja necessariamente justificada, em razão de hipóteses específicas, e formalizada mediante termo aditivo ao contrato.

Nesse sentido, dispõe o art. 57, § 1º, da Lei de Licitações:

Art. 57 [...]

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega **admitem prorrogação**, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, **desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo**:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

⁴⁹ Em sentido similar: TCU, Acórdão 127/2016 – Plenário, 27/01/2016.

Ou seja, constata-se que, se não houver fato causado pela Administração, por terceiro, ou caso fortuito ou de força maior, devidamente justificados, é irregular a prorrogação contratual.

Tanto é assim que o descumprimento dos prazos sem justa causa configura motivo para rescisão do contrato:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou **prazos**;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e **prazos**;

III - a **lentidão** do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, **nos prazos estipulados**;

IV - o **atraso injustificado** no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a **paralisação** da obra, do serviço ou do fornecimento, **sem justa causa** e prévia comunicação à Administração;

Assim, o superfaturamento devido à prorrogação injustificada do prazo contratual corresponde aos valores pagos indevidamente pela Administração local da obra e pela manutenção e operação do canteiro de obras, bem como da(s) fatura(s) de reajustamento paga(s) em decorrência da prorrogação injustificada do prazo contratual. Nesse valor não estão incluídas a devida multa contratual e demais penalidades legais.⁵⁰

Isso porque, a depender do porte ou da espécie de obra, os recursos com administração local, manutenção do canteiro e outros encargos complementares podem atingir valores consideráveis de prejuízos (pense-se em valores gastos com engenheiros, mestres de obras, vigias, almoxarifes, contas de água, luz, telefone, transporte de pessoal, alimentação, aluguel de equipamentos, etc.)⁵¹.

⁵⁰ OT – IBR 005/2012

⁵¹ LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas**: artimanhas e conluios. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014, p. 138-139.

2.2.9 Superfaturamento por reajustamento irregular de preços

O reajustamento contratual está previsto no art. 40, XI, da Lei 8.666/1993. Incide sobre os pagamentos devidos após o transcurso de 12 (doze) meses contados da data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir:

Art. 40 O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...] XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela.

Ademais, a Lei n. 10.109/2001 dispõe:

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

O superfaturamento por reajustamento irregular de preços pode ocorrer basicamente em quatro hipóteses:

a) quando se reajusta o contrato antes da época devida: É expressamente proibida a previsão ou concessão de reajustes em prazo inferior a 12 (doze) meses (art. 2º, § 1º, da Lei n. 10.192/2001), contados a partir da data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir (conforme o edital). Nesse caso, todo o reajuste pago antes do prazo legal é caracterizado como dano.⁵²

⁵² OT – IBR 005/2012. Também: Boletim do TCU, Ano XLV, n. 26, de 11/12/2012, citado em LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas: artimanhas e conluios**. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014, p. 137.

b) pela adoção de critérios de reajustamento com índices que não reflitam adequadamente a variação dos custos do objeto contratado: Como exemplo, há desde a aplicação de índices não condizentes com o objeto em execução (como o uso de indicadores de variação dos preços de combustível para reajuste de contratos de serviços de escavação e transporte), até o uso de indicadores médios de inflação, quando o melhor seria aplicar índices setoriais.⁵³

Também é aplicável a contratos de longa duração, em que um índice de reajuste, embora no início do contrato reflita de forma adequada a variação dos custos, depois de certo tempo acaba por se revelar inadequado, afetando o equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado⁵⁴.

c) por erros no cálculo da parcela do reajuste: Há a adoção de índices corretos, mas foram calculados indevidamente, ocasionando reajustes maiores que os devidos⁵⁵.

d) pelo uso de índices não previstos em contrato: Em geral, o cálculo do superfaturamento por reajuste irregular se dá pela diferença entre a forma correta e a forma indevida de reajustamento. Assim, o montante de superfaturamento pode ser avaliado por meio de novos cálculos de reajuste, baseados em datas ou índices adequados e isentos de erros.

Como exemplo de precedente acerca de reajuste irregular de preços, tem-se:

Contrato. Locação de imóvel. Aumento de valor. Ausência de justificativa e previsão contratual. Superfaturamento.

O aumento de valor contratual de locação de imóvel, realizado pela Administração sem justificativa e previsão contratual, em contrariedade aos artigos 55, inciso III, e 66 da Lei nº 8.666/1993, configura superfaturamento e enriquecimento sem causa por parte do contratado (art. 884, Código Civil), podendo ensejar determinação de restituição do montante indevido, atualizado

⁵³ TCU, Roteiro de auditoria de obras públicas, p. 66. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A159B6EC170159B7A9382B0701> Acesso em: 29/06/2020.

⁵⁴ Boletim do TCU, Ano XLV, n. 26, de 11/12/2012, citado em LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas**: artimanhas e conluíus. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014, p. 138.

⁵⁵ LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas**: artimanhas e conluíus. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014, p. 138.

monetariamente, e de aplicação de multa sobre o valor do dano ao erário pelo Tribunal de Contas.

(TCE/MT. REPRESENTAÇÃO. Relator: ISAIAS LOPES DA CUNHA. Acórdão 45/2017 - 2ª CÂMARA. Julgado em 11/10/2017. Publicado no DOC/TCE-MT em 31/10/2017. Processo 100196/2016). (Divulgado no Boletim de Jurisprudência, Ano: 2017, nº 41, out/2017).

Do corpo da decisão, extrai-se o seguinte excerto:

96. Pois bem, em análise do Contrato n.º 001/2015, verifica-se que não havia cláusula contratual permitindo nenhum aumento, estando em desacordo com art. 55, III e art. 66 da Lei nº 8.666/93, que estabelece cláusulas necessárias aos contratos que, inclui, além dos preços e condições pagamentos, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços e de atualização monetária.

97. Diante dessas constatações e, tomando por base os princípios norteadores da Administração Pública, tem-se evidências suficientes que houve um aumento de R\$ 1.120,00 mensais, o qual corresponde a 90% de aumento a partir do mês de maio/2015. E ainda, não existe nos autos causa que justifique o pagamento desse montante, razão pela qual deve ser ressarcido ao erário o valor pago indevidamente.

98. Neste sentido, o art. 884, do Código Civil, positivou o enriquecimento sem causa, disciplinando que aquele que, sem causa justa, se enriquecer à custa de outrem fica obrigado a restituir o indevidamente auferido, atualizado monetariamente.

99. Por fim, há de ficar claro que o ordenamento jurídico não se proíbe o enriquecimento de um pelo empobrecimento de outro, mas sim a relação sem uma causa justificadora.

100. Nesse sentido, mantenho a irregularidade, imponho (...) sanção de restituição no montante de R\$ 8.960,00 (oito mil e novecentos e sessenta reais), com recursos próprios, no prazo de 60 (sessenta) dias, atualizados monetariamente, considerando o fato gerador a data do último pagamento realizado, 22/12/2015 e aplico multa de 10% sobre o valor do dano ao erário.

Ainda, não se devem confundir o reajuste por índices previstos no contrato (em geral anualmente) e a revisão do contrato para reequilíbrio econômico-financeiro, que também dá margem para o superfaturamento e o dano ao erário.

Quanto a esta última, deve-se ressaltar que a mera variação de preços de mercado (ainda que não recomposta pelo índice de reajuste previsto contratualmente) não é suficiente para determinar a realização de revisão do contrato para reequilíbrio econômico-financeiro, conforme decidiu o TCU:

A mera variação de preços de mercado não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei

8.666/93. Diferenças entre os preços contratuais reajustados e os de mercado é situação previsível, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a evolução do mercado”. (Acórdão TCU nº 3024/2013 – Plenário, Informativo de Licitações e Contratos nº 177)

“[...] como a atividade da empresa é o fornecimento de refeições, deve conhecer bem o mercado em que atua e as variações sazonais dos preços dos insumos, cujo impacto deve incorporar nas propostas apresentadas nas licitações, considerando seu custo anualizado”. (Acórdão TCU nº 1729/2014 – Plenário, Informativo de Licitações e Contratos nº 204)

De fato, a revisão contratual deve ser justificada e eventual pedido de reequilíbrio econômico-financeiro realizado pelo contratado deve ser analisado de forma detida pela Administração Pública, de modo que, caso insubsistentes as justificativas, o acolhimento do pedido de revisão ensejará dano ao erário. Nesse sentido, precedente do TCE/SC:

Tomada de Contas Especial. Licitação. Contrato Administrativo. Revisão Contratual. Ausência de comprovação dos requisitos ensejadores da revisão. Ilegalidade. Contas Irregulares. Imputação de Débito.

O TCE/SC imputou débitos em face de identificação de pagamento indevido pela Prefeitura Municipal de Itapoá à empresa privada. De acordo com o Relator, **“o montante – considerado dano ao erário municipal – é resultante de irregular concessão de reequilíbrio econômico-financeiro à citada empresa, [...] cujo objeto era a prestação de serviços de manutenção do sistema de iluminação pública municipal, atendimento de call center e destinação final de lâmpadas”**.

De acordo com os fatos resumidos no voto do Relator, **“verifica-se que no momento da solicitação do reequilíbrio, em maio de 2012, a empresa contratada apresentou uma planilha sustentando que o valor do contrato deveria ser majorado [...] alegando aumento nos custos de material e mão de obra. O pedido de reequilíbrio econômico-financeiro foi deferido, considerando a alegação da contratada, significando o aumento dos valores contratados. Em consequência [...], houve, portanto, uma variação de 29%”**.

O Relator resumiu o entendimento da área técnica sobre a majoração do contrato com base no aumento dos custos do material, não encontra fundamento legal e constitui afronta ao art. 65, inc. II, alínea "d", da Lei 8.666/93, visto que na análise não ficou comprovado o aumento dos materiais. Ademais, nota-se nos autos a ausência de documentos hábeis que comprovam alguma hipótese de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, “porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

Concluiu o Relator sobre a análise da área técnica: “nesse caso, a situação é previsível e não se enquadra nas hipóteses elencadas no art. 65, inc. II, alínea "d", da Lei nº 8.666/93. O referido artigo de lei é de interpretação ausente de dúvidas, haja vista que as hipóteses autorizadoras do reequilíbrio econômico-financeiro estão redigidas de forma expressa. [...]. Em suma, nota-se nos autos

a ausência de documentos hábeis que comprovem alguma hipótese de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. Desta feita, salienta-se que o deferimento do pleito apresentado pela empresa contratada, com base no aumento dos custos do material, não encontra fundamento legal na Lei nº 8.666/93”.

Inicialmente o Relator citou a diferença entre revisão e reajuste constante no parecer da área técnica: “vale destacar que a revisão contratual prevista no art. 65 da Lei Federal nº 8.666/93 é instituto diverso do reajuste. A revisão decorre de fatos imprevisíveis, caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária. O reajuste objetiva recompor os preços praticados no contrato em razão de fatos plenamente previsíveis no momento da contratação, diante da realidade existente”.

Complementou, “A revisão contratual é admitida na legislação (art. 65, IV, da Lei nº 8666/1993) quando comprovados fatos posteriores à apresentação da proposta e da celebração do contrato tem tornem inexecutível o objeto contratual pelos valores contratados. No entanto, no caso dos autos não houve a regular demonstração do desequilíbrio e da necessidade de revisão. Ocorre que a contratada apresentou um pedido que foi simplesmente aceito pela Administração sem qualquer exame dos aspectos econômicos”.

Para o Relator “o contratado pode fazer requerimentos ao contratante nos termos que entender pertinentes. Cabe à Administração examinar detalhadamente os pedidos e verificar sua procedência. Ainda mais necessária e cuidadosa deve ser a análise quando se tratar de pedido de revisão contratual. A Administração deve obrigatoriamente realizar exame minucioso sobre os valores requeridos e a correspondente justificativa técnica”, e ilustrou o entendimento com os Prejulgados nº 0869 e 1952.

Desta feita, decidiu o Relator que “neste caso concreto, não restou demonstrada qualquer análise econômica pela Prefeitura de Itapoá, que se limitou a acatar o pedido da contratada. E conforme ficou anotado nos relatórios técnicos, a mesma empresa, na mesma época, apresentou proposta (e foi contratada) em licitação em outro município, para os mesmos serviços e materiais, com preços muito inferiores aos requeridos na revisão”.

“Portanto, tratou-se de revisão de preços sem avaliação e efetiva comprovação de procedência do desequilíbrio econômico-financeiro. Isso é inadmissível, caracterizando ato ilegal e danoso ao erário municipal” complementou o Relator.

Ainda diferenciou sobrepreço ou superfaturamento de alteração contratual ilegal: “cabe esclarecer que a situação não está relacionada a sobrepreço ou superfaturamento – pois isto se revela no momento da proposta – mas de ilegal alteração contratual (depois do encerramento da licitação e após a assinatura do contrato)”.

O Relator ainda entendeu que “não cabe o reequilíbrio econômico-financeiro se os encargos se tornaram mais elevados porque o particular não fez um planejamento ou não previu o que aconteceria normalmente nos preços de mercado. Destarte, não se constituindo em álea econômica extraordinária e extracontratual, não cabe a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação”.

Por fim, extrai-se da ementa do voto do Relator o seguinte entendimento: “É admitida a revisão dos valores contratuais quando atendidos os preceitos do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93, ou seja, quando circunstâncias extracontratuais (álea extraordinária), imprevisíveis no momento da avença, ocorridas na vigência do contrato, afetem substancialmente sua

economia, e desde que o contratado comprove o desequilíbrio econômico-financeiro, mediante apresentação de planilhas de custos e documentação de suporte, devendo a autoridade competente analisar cuidadosamente o pedido, mediante pareceres, laudos, pesquisas de preços, perícias e outros instrumentos, a fim de justificativas e motivar a revisão e atender aos princípios da Administração Pública e ao interesse público. Não observados esses requisitos, o ato será ilegal, caracterizando dano ao erário e sujeitando os responsáveis ao dever de ressarcimento”. (TCE/SC – 13/00715283. Relator Conselheiro Luiz Roberto Herbst, Informativo de Jurisprudência do TCE/SC - N. 066 Administrativo - Período - 01 a 30 de Novembro de 2019)

2.2.10 Superfaturamento por alteração do cronograma físico-financeiro

De acordo com o Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU e a OT – IBR 005/2012, esse tipo de superfaturamento, também chamado “jogo de cronograma”, origina-se em orçamentos que apresentam preços unitários superiores aos de mercado nos serviços a serem executados inicialmente, compensados por reduções significativas nos preços dos serviços a executar no final do contrato, de forma a manter o valor global do contrato dentro dos valores de mercado.⁵⁶

Essa distorção no cronograma físico-financeiro da obra propicia ao contratado auferir ganhos financeiros às custas da Administração, ou até mesmo paralisar a obra após ter executado os serviços que lhe beneficiam, sob a alegação de que os serviços restantes se encontram em desequilíbrio econômico-financeiro. Para detectá-la, deve-se elaborar um fluxo financeiro do contrato, considerando-se tanto as incidências de sobrepreço, como de subpreço ao longo do período previsto de execução da obra.

Na composição do projeto básico, deve constar também o cronograma físico-financeiro com as despesas mensais previstas para serem incorridas ao longo da execução da obra ou serviço. Esse cronograma auxiliará na estimativa dos recursos orçamentários necessários ao longo de cada exercício financeiro. O cronograma físico-financeiro deve ser elaborado de forma que sirva de balizador, em fase posterior, para a análise das propostas apresentadas pelas empresas participantes do certame licitatório. Importa destacar que, após o início das obras, sempre que o prazo e as

⁵⁶ TCU, Roteiro de auditoria de obras públicas, p. 66. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A159B6EC170159B7A9382B0701> Acesso em: 29/06/2020.

respectivas etapas de execução forem alterados, há a necessidade de se adequar o cronograma físico-financeiro, de modo que este sempre reflita as condições reais do empreendimento.⁵⁷

Para o cálculo da eventual parcela do superfaturamento por distorção do cronograma físico-financeiro é necessário um balanço das diferenças entre o devido e o pago, de forma análoga ao procedimento adotado para o superfaturamento por adiantamento de pagamentos.⁵⁸

Como já mencionado, os superfaturamentos relativos a pagamentos antecipados, prorrogações injustificadas, reajustes irregulares e alteração do cronograma físico-financeiro são menos frequentes do que os demais, na casuística dos órgãos de controle⁵⁹.

Diante das várias espécies de superfaturamento identificadas anteriormente, é possível apresentá-las visualmente da seguinte forma:

⁵⁷ TCU, **Obras públicas**: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas. 3 ed. Brasília: TCU, 2013, p. 27.

⁵⁸ OT – IBR 005/2012

⁵⁹ LOPES, Alan de Oliveira. Superfaturamento de Contratos Governamentais de Serviços de Engenharia. de Construção – Estudo de Caso da Operação Caixa-Preta – 2009. In: **Revista Brasileira de Ciências Policiais**. Brasília, v. 9, n. 2, p. 71-109, jul/dez 2018, p. 84.

Espécies de superfaturamento



2.3 Pesquisa de preços e sobrepreço

Existe sobrepreço quando o preço global de um contrato ou os preços unitários constantes de sua composição encontram-se injustificadamente superiores aos preços praticados no respectivo mercado. Contudo, não raramente, os agentes dos setores público e privado possuem dificuldades na determinação desse preço de mercado a ser utilizado como paradigma, o que gera intermináveis discussões dentro dos órgãos de controle quando da realização de fiscalizações e/ou julgamento das contas dos gestores.

Como o preço de mercado é, em princípio, livremente determinado, sua estimativa pela Administração Pública está sujeita a um conjunto bastante complexo de

variáveis, tais como o número de ofertantes, a qualidade do produto ou serviço, o número de interessados na aquisição do insumo, a distância de transporte, a disponibilidade de matéria-prima, a taxa de câmbio, as condições de pagamento, a região geográfica, as características do terreno da obra a ser realizada, as normas específicas estaduais e municipais aplicáveis, dentre inúmeros outros fatores.

Não obstante as dificuldades e limitações, a Administração Pública, ao realizar uma licitação, deve sempre buscar a proposta mais vantajosa, fomentando o ambiente concorrencial em que os preços que lhe são apresentados estejam isentos de manipulação pelos fornecedores. O atingimento desse objetivo passa pela pesquisa de preços, indispensável inclusive para fins de elaboração do “orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários”, conforme exigido pelo art. 40, § 2º, da Lei n. 8.666/93.

Por outro lado, o art. 44 da mesma Lei, ao tratar sobre o julgamento das propostas, ressalvada a exceção ali constante, não admite a apresentação de preços (global ou unitários) simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado.

Assim, é necessário que o órgão licitante possua estimativa prévia que permita verificar se os preços propostos são realizáveis, exequíveis ou compatíveis com os preços praticados pelo mercado, como bem registra a decisão a seguir:

A pesquisa de preços que antecede a elaboração do orçamento de licitação demanda avaliação crítica dos valores obtidos, **a fim de que sejam descartados aqueles que apresentem grande variação em relação aos demais** e, por isso, comprometam a estimativa do preço de referência.
(TCU, Acórdão 403/2013, Primeira Câmara)

A pesquisa de preços consiste em procedimento prévio e indispensável para a verificação de existência de recursos suficientes para cobrir despesas decorrentes de contratação pública. Serve de base também para confronto e exame de propostas em licitação e estabelece o preço justo de referência que a Administração está disposta a

contratar, devendo constar no edital o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global.⁶⁰

O TCU, na decisão proferida no Acórdão 769/2013 – Plenário, estabeleceu que a ausência da pesquisa de preço e da estimativa da demanda pode implicar contratação de serviço com valor superior aos praticados pelo mercado, desrespeitando o princípio da economicidade, além de frustrar o caráter competitivo do certame, na medida em que a falta dessas informações prejudica a transparência e dificulta a formulação das propostas pelos licitantes. O caso envolveu entidade do Sistema S e, na decisão, registrou-se a necessidade de realização de ampla pesquisa de preço:

Nos casos mencionados, observou-se que os processos licitatórios não contêm o orçamento detalhado, de forma a definir a estimativa da demanda e os custos dos itens. A ausência da pesquisa de preço e da estimativa da demanda pode implicar contratação de serviço com valor superior aos praticados pelo mercado, desrespeitando o princípio da economicidade, além de frustrar o caráter competitivo do certame, na medida em que a falta dessas informações prejudica a transparência do certame, pois dificulta a formulação das propostas pelos licitantes.

[...]

Há deliberações neste Tribunal tratando, inclusive, da forma como pode ser feita a estimativa de preços, conforme se verifica no voto condutor do Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, em que se orienta a adoção de uma ‘cesta de preços aceitáveis’, ou seja, um conjunto de preços 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 Sistema de Registro de Preços (SRP), dentre outras fontes disponíveis tanto para os gestores como para os órgãos de controle, desde que, com relação a qualquer das fontes utilizadas, sejam expurgados os valores que, manifestamente, não representem a realidade do mercado. Pode-se mencionar, ainda, a possibilidade de consulta a outras entidades integrantes dos serviços sociais autônomos.

(TCU, Acórdão 769/2013 - Plenário)

Registre-se, por oportuno, que a pesquisa de preço aqui sugerida não se traduz em simples consulta a três potenciais fornecedores do produto ou serviço, pois há muito se sabe que essa técnica dificilmente consegue aferir o preço de mercado. O costume de se aceitar como preço de mercado a média de três orçamentos não sugere

⁶⁰ STJ, **Manual de Orientação de Pesquisa de Preços**, disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Institucional/Controle%20interno/manual_orientacao_pesquisa_preco_2017.pdf Acesso: 14/08/2020

o mínimo grau de confiabilidade que deve permear as compras públicas, sendo prática bastante criticada pelos órgãos de controle externo:

A pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação não deve se restringir a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, devendo ser utilizadas outras fontes como parâmetro, a exemplo de contratações públicas similares, sistemas referenciais de preços disponíveis, pesquisas na internet em sítios especializados e contratos anteriores do próprio órgão.

(TCU, Acórdão 713/2019-Plenário, rel. Bruno Dantas, 27/03/2019)

A pesquisa de preços que antecede a elaboração do orçamento de licitação demanda avaliação crítica dos valores obtidos, a fim de que sejam descartados aqueles que apresentem grande variação em relação aos demais e, por isso, comprometam a estimativa do preço de referência.

(TCU, Acórdão 403/2013-Primeira Câmara, rel. Walton Alencar Rodrigues, 05/02/2013)

Na elaboração do orçamento estimativo da licitação, devem ser utilizadas fontes diversificadas de pesquisa de preços, priorizadas as consultas ao Portal de Compras Governamentais e a contratações similares de outros entes públicos, em detrimento de pesquisas com fornecedores, publicadas em mídias especializadas ou em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, cuja adoção deve ser tida como prática subsidiária e complementar.

(TCU, Acórdão 3351/2015-Plenário, rel. André de Carvalho, 09/12/2015)

2.14. A estimativa que considere apenas cotação de preços junto a fornecedores pode apresentar preços superestimados, uma vez que as empresas não têm interesse em revelar, nessa fase, o real valor a que estão dispostas a realizar o negócio. Os fornecedores têm conhecimento de que o valor informado será usado para a definição do preço máximo que o órgão estará disposto a pagar e os valores obtidos nessas consultas tendem a ser superestimados.

(TCU, Acórdão 299/2011, rel. José Mucio Monteiro, 09/02/2011)

Não é admissível que a pesquisa de preços de mercado feita pela entidade seja destituída de juízo crítico acerca da consistência dos valores levantados, máxime quando observados indícios de preços destoantes dos praticados no mercado

(TCU, Acórdão 1108/2007, rel. Raimundo Carreiro, 06/06/2007)

A doutrina critica a forma como a Administração Pública usualmente realiza a pesquisa de preços dos produtos e serviços que deseja contratar. Sendo essa uma etapa indispensável da fase interna da licitação, até mesmo para que se estime o orçamento necessário à contratação, a pesquisa de preços deve ser bastante criteriosa:

A Administração, pois, deve realizar pesquisa de mercado para orçar o valor estimado da futura contratação. A legislação não prescreve como deve ser realizado esse orçamento. Praticamente a Administração Pública nacional inteira costuma consultar três ou quatro pessoas que atuem no ramo do objeto a ser licitado, pedindo a eles que encaminhem orçamento informal. Daí a entidade administrativa faz uma média dos orçamentos recebidos para apurar o valor estimado da contratação;

Insiste-se que o referido procedimento não está previsto em lei alguma. Trata-se de mero costume, que verdadeiramente é arraigado na Administração Pública nacional.

Entretanto, o fato é que o procedimento que a Administração Pública costuma levar a cabo para estimar os preços de seus contratos não é eficaz. Ocorre, com larga frequência, que as empresas previamente consultadas pela entidade administrativa apresentam, a ela orçamento com preços excessivos, superiores aos preços praticados por elas, até mesmo porque pretendem participar da licitação e não se dispõem a externar antes do próprio certame o seu preço real e final. Assim sendo, a entidade administrativa acaba recebendo orçamentos superfaturados e, por consequência, superestima os valores dos seus futuros contratos. Desse modo, a entidade administrativa utiliza estimativa irreal, que não lhe serve como parâmetro verdadeiro para planejar e programar os seus contratos, bem como, durante a licitação, para controlar os preços que lhe são ofertados. O grande problema é que sem parâmetro de preço verdadeiro a Administração costuma aceitar qualquer proposta, muitas vezes com preços excessivos ou com preços inexequíveis.

(NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 272-279)

A Instrução Normativa n. 5/2014 – SLTI/MPOG⁶¹, com as alterações introduzidas pela Instrução Normativa n. 3/2017, que dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral no âmbito do Poder Executivo, especifica que a pesquisa será realizada mediante a utilização de um dos seguintes parâmetros:

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros: (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

I - Painel de Preços disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br>; (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

⁶¹ Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/301-instrucao-normativa-n-5-de-27-de-junho-de-2014-compilada> Consulta em: 29/01/2020.

IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§1º Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II e demonstrado no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

Na mesma toada, tem-se o Prejulgado 2207 do TCE/SC que dispõe:

1. A pesquisa de preços para aquisição de bens ou contratação de serviços será realizada de forma combinada ou não, desde que o cálculo seja proporcional à complexidade da compra ou serviço, cabendo à Administração licitante motivá-la, mediante a utilização dos seguintes parâmetros:

- (a) painel de preços,
- (b) contratações similares de outros entes públicos,
- (c) pesquisa em mídia especializada ou sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo,
- (d) pesquisa com os fornecedores,
- (e) e outros critérios justificados pela autoridade competente.

Também o TCU:

[...] 9.1. determinar à Companhia Docas do Rio Grande do Norte, com base no art. 45 da lei 8.443/92 c/c art. 251, caput, do Regimento Interno do Tribunal, que, quando da republicação do edital de Concorrência 41/2011, ou do instrumento convocatório que vier a substituí-lo:

[...]

9.1.1.9. na hipótese de inserção de serviços novos ou mudança de quantitativos não contemplados até o término desta fiscalização, adotar, nesta ordem, os seguintes critérios para avaliação dos preços referenciais máximos permitidos:

9.1.1.9.1. mediana dos preços do Sinapi, localidade Rio Grande do Norte;

9.1.1.9.2. subsidiariamente, preços do Sicro2, localidade Rio Grande do Norte;

9.1.1.9.3. subsidiariamente, preços de outros sistemas aprovados pela Administração Pública, na hipótese de não serem encontradas referências nos sistemas anteriores, ou em caso de incompatibilidade técnica das composições desses paradigmas frente às peculiaridades do serviço, desde que demonstrada documentalmente mediante justificativa técnica;

9.1.1.9.4. subsidiariamente, cotação de mercado contendo o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos, fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado;

(Acórdão 3.272/2011-Plenário:)

Identificada a ocorrência de sobrepreço, a Administração deve descontar as parcelas indevidamente pagas a maior à contratada, atualizadas monetariamente, dos

valores referentes às futuras medições do contrato.⁶² Deve, ademais, promover sua repactuação, de forma que os serviços que ainda possuam quantitativos pendentes de execução passem a ser pagos com valores iguais aos preços de referência, e, quanto aos serviços já pagos, devem ser eles compensados nas faturas seguintes, por meio da apuração do superfaturamento e seu reflexo nos reajustamentos pagos.⁶³

Na análise dos orçamentos de obras públicas, devem ser selecionados custos paradigmas condizentes com a realidade de mercado, de modo a avaliar os custos dos serviços previstos nos projetos segundo a realidade de cada obra. Na seleção de preços paradigmas, realizam-se consultas de acordo com a seguinte ordem de prioridade: (i) fontes oficiais; (ii) fontes privadas; e (iii) fontes alternativas.⁶⁴

2.3.1 Fontes oficiais

Para a avaliação dos custos paradigmas, a OT-IBR 005/2012 recomenda que se adotem prioritariamente os valores provenientes dos vários sistemas ou tabelas de custos referenciais mantidos por órgãos e entidades das esferas federal, estadual e municipal, obedecendo-se às disposições da legislação aplicável ao órgão contratante, em função da origem dos recursos públicos⁶⁵. Ademais, a jurisprudência do TCU é no sentido de se utilizar o maior número possível de fontes para realização da pesquisa de preços. Desta forma, outros portais de compras distintos daquele indicado na Instrução Normativa n. 5/2014 – SLTI/MP poderão ser utilizados:

Na elaboração do orçamento estimativo de licitação, bem como na demonstração da vantajosidade de eventual prorrogação de contrato, devem ser utilizadas fontes diversificadas de *pesquisa* de *preços*. Devem ser priorizadas consultas ao Portal de Compras Governamentais e a contratações similares de outros entes públicos, em detrimento de *pesquisas* com fornecedores, publicadas em mídias especializadas ou em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, cuja adoção deve ser tida como prática subsidiária.

(TCU, Acórdão 1445/2015-Plenário, Relator: VITAL DO RÊGO)

⁶² TCU, Acórdão 1767/2008-Plenário, 20/08/2008.

⁶³ TCU, Acórdão 716/2009-Plenário, 15/04/2009.

⁶⁴ OT – IBR 005/2012

⁶⁵ Antônio Jorge Leitão define as fontes oficiais como apenas aquelas que são determinadas pela legislação (como o SINAPI e o SICRO), enquanto os demais sistemas referenciais oriundos de órgãos públicos seriam “fontes subsidiárias” (LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas**: artimanhas e conluios. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014, p. 214). Neste trabalho, porém, ambos serão tratados como “fontes oficiais”.

A *pesquisa de preços* para elaboração do orçamento estimativo da licitação não pode ter como único foco propostas solicitadas a fornecedores. Ela deve priorizar os parâmetros disponíveis no Painel de *Preços* do Portal de Compras do Governo Federal e as contratações similares realizadas por entes públicos, em observância à IN-SLTI 5/2014.

(TCU, Acórdão 718/2018-Plenário, Relator: ANDRÉ DE CARVALHO)

A *pesquisa de preços* para elaboração do orçamento estimativo de licitação promovida por empresa estatal não deve se restringir a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, devendo ser utilizadas outras fontes como parâmetro (art. 31, *caput*, e § 3º, da Lei 13.303/2016).

(TCU, Acórdão 2102/2019-Plenário, Relator: MARCOS BEMQUERER)

A deflagração de procedimentos licitatórios exige estimativa de *preços* que pode ser realizada a partir de consultas a fontes variadas, como fornecedores, licitações similares, atas de registros de *preço*, contratações realizadas por entes privados em condições semelhantes, entre outras. No entanto, os valores obtidos por meio dessas consultas que sejam incapazes de refletir a realidade de mercado devem ser desprezados.

(TCU, Acórdão 868/2013-Plenário; Relator: MARCOS BEMQUERER)

Há uma presunção de que os referenciais oficiais da Administração refletem os preços de mercado, muito embora alegações em contrário sejam admitidas, de forma excepcional, desde que mediante a apresentação de justificativas técnicas adequadas e fundamentadas que demonstrem particularidades não contempladas por esses sistemas.⁶⁶ Nesse sentido:

Nos processos de fiscalização de obras, presume-se que os referenciais oficiais da Administração refletem os preços de mercado, razão pela qual podem e devem ser considerados para a análise de adequação de preços e apuração de eventual superfaturamento. Alegações em contrário devem ser comprovadas com base em elementos fáticos que permitam afastar os preços de referência utilizados pelo TCU.

(TCU, Acórdão 201/2018-Plenário, 07/02/2018. No mesmo sentido: Acórdão 2654/2015-Segunda Câmara, 19/05/2015)

No âmbito de obras e serviços de infraestrutura de transporte, o TCU já estabeleceu que pagamentos em valores superiores aos custos previstos no Sistema de Custos Rodoviários (SICRO)⁶⁷ caracterizam sobrepreço:

⁶⁶ TCU, Acórdão 7934/2018-Segunda Câmara, 28/08/2018, e Acórdão 296/2017-Plenário, 22/02/2017.

⁶⁷ O SICRO pode ser acessado no link seguinte: <http://www.dnit.gov.br/custos-e-pagamentos/sicro-2>

Verifica-se sobrepreço e/ou superfaturamento em obra rodoviária quando há pagamento por serviços em valores superiores aos custos previstos no Sistema de Custos Rodoviários (Sicro)
(TCU, Acórdão 3631/2013-Plenário, 10/12/2013)

O Sicro I é apropriado para realizar comparações de preços em obras rodoviárias com data-base anterior à entrada em operação do Sicro II. Quando este for necessário para eventuais comparações, deve ser tomado nas datas-base mais próximas dos fatos
(TCU, Acórdão 2137/2005-Plenário, 07/12/2000)

O referencial adequado para se realizar comparações de preços em obras rodoviárias é o sistema de custos vigente à época da licitação (Sicro I, não Sicro II). No caso de aditivo ao contrato, o parâmetro a ser utilizado deve ser o orçamento-base elaborado pela Administração à época da licitação, não as referências vigentes à época das alterações contratuais
(TCU, Acórdão 2339/2009-Plenário, 07/10/2009)

De fato, o SICRO II é referencial de periodicidade bimestral e regionalização estadual, elaborado pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes para obras rodoviárias e obras de arte, recomendado pelo Governo Federal para obras rodoviárias com recursos federais. É o referencial preferencial utilizado pelo Centro de Apoio Operacional Técnico do MP/SC para apuração de sobrepreço em obras rodoviárias⁶⁸.

Excluídas as obras de infraestrutura de transporte, as obras e serviços de engenharia devem adotar como referência o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, referencial de periodicidade mensal e regionalização estadual, elaborado pela Caixa Econômica Federal para obras de construção civil e recomendadas pelo Governo Federal para obras civis realizadas com recursos federais. É o referencial preferencial utilizado pelo Centro de Apoio Operacional Técnico do MP/SC para apuração de sobrepreço em obras de construção civil⁶⁹.

No âmbito federal, dispõe o Decreto n. 7.983/2013, que “estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, e dá outras providências”:

⁶⁸ Auxílio Técnico n. 13/2019/GAM/CAT.

⁶⁹ Auxílio Técnico n. 13/2019/GAM/CAT.

Art 1º *Omissis*

Parágrafo único. Este Decreto tem por finalidade padronizar a metodologia para elaboração do orçamento de referência e estabelecer parâmetros para o controle da aplicação dos recursos referidos no *caput*.

[...]

Art. 3º O custo global de referência de **obras e serviços de engenharia**, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do **Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi**, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

Parágrafo único. O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal - CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Art. 4º O custo global de referência dos **serviços e obras de infraestrutura de transportes** será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais aos seus correspondentes nos custos unitários de referência do **Sistema de Custos Referenciais de Obras - Sicro**, cuja manutenção e divulgação caberá ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de infraestrutura de transportes.

Art. 5º O disposto nos arts. 3o e 4o não impede que os órgãos e entidades da administração pública federal desenvolvam novos sistemas de referência de custos, desde que demonstrem sua necessidade por meio de justificativa técnica e os submetam à aprovação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Por outro lado, o TCU já expressou ressalvas quanto a determinados índices para obras específicas:

A tabela do Departamento Nacional de Obras Contra a Seca (Dnocs) não se mostra fonte confiável para aferição de sobrepreço contratual sem outros parâmetros de comparação.

(TCU, Acórdão 3138/2011-Plenário, 30/11/2011)

É evidente que os referenciais oficiais servem como parâmetro, mas não estão isentos de limitações. Uma das principais ressalvas a eles refere-se ao fato de que não levam em conta, por óbvio, os descontos em razão da escala.

Daí que o gestor deve considerar tal fato ao utilizar os sistemas de preços referenciais, de modo a aplicar, conforme o caso, um “reductor” para preservar aquele efeito.

Nesse sentido, já referiu o TCU:

[...] ao elaborar o orçamento que servirá de base para o procedimento licitatório, o gestor tem o dever de se balizar em pesquisas do mercado local, considerando adequadamente **os descontos possíveis em face da escala da obra**, ..., “há que se considerar a **natural ausência de um ‘reductor’ (descontos para compras em grande escala) em qualquer sistema de preços referenciais unitários**”. ...“foram identificadas graves deficiências no orçamento, em virtude de este não considerar adequadamente os ganhos de escala, ignorando as possibilidades de significativas reduções nos custos de fornecimento de materiais e equipamentos, oriundas de negociações diretas com fabricantes ou grande revendedores. A falta de coerência não estaria, portanto, em qualquer sistema de referência que fosse adotado, mas sim no fato de que **o gestor demonstra não entender as limitações de aplicação de tais sistemas**, tratando a elaboração do orçamento de uma grande obra como se fosse o de uma obra de menor porte. Tal procedimento é inaceitável do ponto de vista técnico-econômico e jurídico.

(TCU, Acórdão 3.059/2010- Plenário)

Assim, a OT – IBR 005/2012 traz algumas considerações a respeito de tais ajustes necessários.

Em decorrência do efeito cotação sobre o custo de aquisição dos materiais, sempre que os custos paradigmas forem obtidos em composições referenciais baseadas em valores médios ou medianos de aquisição de insumos, deve-se proceder a ajuste no custo de aquisição dos materiais, recomendando-se a adoção do primeiro quartil ao invés da mediana. Quando não for possível obter os valores do primeiro quartil das pesquisas realizadas, pode-se utilizar desconto simplificado de 5% para o adequado tratamento do efeito cotação no preço dos materiais, desde que acompanhado dos dados e estudos analíticos que suportem tal desconto.⁷⁰

Em obras de maior materialidade, pode haver consideração do efeito barganha, aplicando-se correções nos preços dos principais materiais com base em pesquisas concretas de mercado. E quando não for possível obter pesquisas concretas de mercado, pode-se utilizar desconto adicional de até 10% sobre o custo dos materiais

⁷⁰ OT – IBR 005/2012.

para o adequado tratamento do efeito barganha no preço dos materiais, desde que acompanhado dos dados e estudos analíticos que suportem tal desconto.⁷¹

Seguem alguns exemplos de sistemas referenciais de custos mantidos por órgãos federais⁷²:

- Sinapi (Caixa/IBGE);
- Sicro (Dnit);
- Tabela de Engenharia Consultoria do DNIT;
- Tabela do DNOCS - Departamento Nacional de Obras Contra as Secas;
- Sistema Atrium da Codevasf - Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba;
- ANP - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (Preços de distribuição de produtos asfálticos. Pesquisa mensal por região e estados do país);
- ANP - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (Preços de combustíveis (gasolina, álcool, diesel, GNV e GLP). Pesquisa por regiões, estados e municípios, semanal e mensalmente);
- Aneel - Banco de preços para serviços de transmissão de energia - Orçamento de LT e SE;
- Eletrobrás - Sistema para Elaboração de Orçamentos de Obras Civas de Usinas Hidrelétricas (Sisorh);
- Banco de Dados Integrado do IBGE - Pesquisa de custo de projeto por tipo e padrão de acabamento; e
- Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho - Busca pelo sistema Mediador do MTE dos instrumentos coletivos registrados.

Há alguns referenciais estaduais ou municipais, a exemplo dos seguintes:

- a) DEINFRA, referencial de periodicidade variável, sempre maior que 1 (um) ano, elaborado pelo antigo Departamento Estadual de Infraestrutura para o Estado de Santa Catarina, englobando serviços para construção civil e também rodoviária, que era recomendado pelo Governo do Estado para obras com recursos estaduais;
- b) IPPUJ: publicado até o ano de 2015 pela Fundação Instituto de Pesquisa e Planejamento para o Desenvolvimento Sustentável de Joinville, engloba serviços típicos de contratação de prefeituras, com valores regionalizados para aquele município⁷³.

Esse fato pode levar a distorções, como as que ocorriam no Estado de Santa Catarina. Isso porque, conforme parecer do CAT do MP/SC, o referencial do DEINFRA

⁷¹ OT – IBR 005/2012.

⁷² Indicados no curso “Detecção de fraudes em contratações da administração pública, enfoque em obras públicas”, ministrado pelo Auditor Federal de Finanças e Controle da CGU Luiz Roberto de Melo Machado, realizado no MP/SC nos dias 4 e 5 de agosto de 2020.

⁷³ Auxílio Técnico n. 13/2019/GAM/CAT.

apresentava, na maioria dos casos, valores acima dos publicados no SINAPI e no SICRO II, regionalizados para o Estado de Santa Catarina, o que era evidenciado também por trabalhos acadêmicos⁷⁴. Todavia, nas obras estaduais, como os valores paradigma eram obtidos pelo referencial DEINFRA, mesmo valores superiores (em alguns casos, em até 20%) a outros referenciais (SINAPI e SICRO, por exemplo, que inclusive têm maior periodicidade) não poderiam ser considerados como sobrepreço, pois abaixo das planilhas de referência⁷⁵.

Diante dessa informação, o Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa, em contato com a Secretaria de Integridade e Governança e com a Controladoria-Geral do Estado de Santa Catarina, solicitou, ainda em 2019, que providências fossem tomadas no sentido de adequar os referenciais de preços do Estado à observância da economia de recursos públicos. Em 2020, após solicitação de informações atualizadas quanto à questão, obteve-se a seguinte resposta da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade (que absorveu o antigo DEINFRA):

Durante o ano de 2019, para os orçamentos de obras rodoviárias contratadas pela SIE adotou-se o Referencial de Preços de Obras Rodoviárias DEINFRA, de 15/08/2013 (Aprovado pelo Conselho Administrativo do DEINFRA - Resolução CA - Nº 0215/2014 - em 09/07/2014, Ata Nº 0023/2014, referente ao processo DEINFRA 12876/2014). Também foi utilizado como referência de preços unitários o Sistema de Custos Referenciais de Obras – Sicro nos casos de obras contratadas e executadas com recursos dos orçamentos da União, conforme estabelece o Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013.

A partir de fevereiro de 2020, são adotados os sistemas de referência SICRO e SINAPI para elaboração e cadastro de orçamentos de projetos novos ou que carecem de completa revisão, ressaltando-se aqueles cuja elaboração já esteja em andamento (despacho SIE/GABA, processo SIE 1447/2020)⁷⁶.

Constata-se, portanto, que, a partir de fevereiro de 2020, houve a substituição, pelo Estado de Santa Catarina, do referencial de preços do DEINFRA pelos sistemas de referência SICRO e SINAPI, para a elaboração e cadastro de orçamentos em obras de construção civil e infraestrutura de transportes.

⁷⁴ MARCH, Gustavo Marcos de. Análise comparativa entre as planilhas orçamentárias de pontes utilizando os referenciais de preços SICRO II, DEINFRA e SINAPI. Trabalho de Conclusão de Curso de Engenharia Civil da UNESC. Criciúma: UNESC, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/5901/1/GustavoMarcosDeMarch.pdf>

JORGE, Giuliano Mazurana. Estudo comparado entre os custos diretos orçados com os referenciais DEINFRA e SINAPI e os custos diretos realizados para galpões industriais. Trabalho de Conclusão de Curso de Engenharia Civil da UNESC. Criciúma: UNESC, 2018. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6292/1/GiulianoMazurana%20Jorge.pdf>

⁷⁵ Auxílio Técnico n. 13/2019/GAM/CAT.

⁷⁶ Despacho de 29/7/2020, processo SIG 137/2020.

2.3.2 Fontes privadas

Diante da indisponibilidade de informações obtidas a partir de índices oficiais, adotam-se preços paradigmas oriundos de publicações especializadas ou de bancos de dados de sistemas privados de referenciais de preços. Também se deve atentar para a necessidade de proceder aos ajustes do efeito cotação e barganha sobre os custos oriundos das fontes privadas.⁷⁷

Um exemplo bastante representativo é a chamada Tabela Fipe⁷⁸, elaborada pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas e que expressa preços médios de veículos anunciados por vendedores no mercado nacional. A utilização da Tabela Fipe para apuração de superfaturamento é abordada em detalhes no item 5.2.

Outros exemplos citados são: CUB, Catho Online, Salários de Cargos na Construção Civil (Datafolha), entre outros⁷⁹.

Apesar dessa orientação, deve-se ter especial cautela com a adoção de referenciais que sabidamente estão acima da média do preço praticado no mercado, como aqueles elaborados por órgãos de classe e associações privadas representativas dos interesses daquele segmento.

Assim, não raro, na ausência de sistemas referenciais de preços oficiais, serão adotadas as chamadas “fontes alternativas” como parâmetros de pesquisa de preços e, por consequência, de cálculo de eventual sobrepreço/superfaturamento e do dano ao erário existente.

2.3.3 Fontes alternativas

a) Custos efetivamente incorridos pelo contratado

Os custos efetivamente incorridos pelo contratado podem ser obtidos mediante contratos de prestação de serviços com empresas subcontratadas, notas

⁷⁷ OT – IBR 005/2012

⁷⁸ <https://veiculos.fipe.org.br/>

⁷⁹ LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas**: artimanhas e conluios. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014, p. 217.

fiscais de aquisição de materiais e equipamentos aplicados na obra ou folhas de pagamento do contratado, acompanhadas das guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência (GFIP) vinculadas à obra. Nesse sentido, tem-se:

O uso das notas fiscais para apuração de sobrepreço em contratos de obras públicas se mostra possível desde que haja "incoerências grosseiras nos preços dos insumos, e nas hipóteses em que tais inconsistências sejam materialmente relevantes e capazes de propiciar um enriquecimento ilícito do contratado. (TCU, Acórdãos 157/2009-Plenário. No mesmo sentido, Acórdão 993/2009-Plenário)

Quando não for possível obter nenhum valor referencial de um determinado serviço para apuração de eventual *superfaturamento*, admite-se a utilização de valores constantes de *notas fiscais* de fornecedores das contratadas como parâmetro de mercado (acrescido de eventuais custos indiretos e do BDI). (TCU, Acórdão 2109/2016-Plenário, Relator: BENJAMIN ZYMLER)

Para apuração de superfaturamento em contratos de obras públicas, admite-se a utilização de valores obtidos em notas fiscais de fornecedores das contratadas como parâmetro de mercado (acrescido dos custos indiretos [no caso, impostos e frete] e do BDI), quando não existirem preços registrados nos sistemas referenciais e o insumo provier de um mercado monopolístico. (TCU, Acórdão 1992/2015-Plenário, 12/08/2015)

Contudo, o TCU já fez a ressalva de que a utilização, para fins de qualificação de sobrepreço, dos valores pagos pela empresa contratada aos seus fornecedores e subcontratados somente é admitida em situações excepcionais, quando houver a impossibilidade de verificação dos preços praticados junto ao mercado.⁸⁰

b) Editais e contratos de objetos semelhantes

Outra fonte alternativa muito utilizada são os editais e contratos de objetos semelhantes ou cujo objeto compreendeu a execução dos serviços pesquisados. Essa possibilidade já foi expressamente admitida pelo TCU na seguinte decisão:

A adoção, como paradigma, de média de preços de referência de órgãos e entidades que contratam serviços semelhantes aos licitados [no caso, "preços de referência obtidos de órgãos e entidades com indiscutível familiaridade com obras de perfuração de poços, entre os quais citem-se o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - Dnocs -, a Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte - Caern - e até mesmo a própria Secretaria de Recursos

⁸⁰ TCU, Acórdão 2419/2015-Plenário, 30/09/2015.

Hídricos do Estado do Rio Grande do Norte”] mostra-se adequada para apuração de dano ao Erário (TCU, Acórdão 731/2012-Plenário, 28/03/2012)

Reitere-se, todavia, que o critério deve ser utilizado preferencialmente quando não existirem índices oficiais para o item:

Pelo critério legal, adotado nas recentes leis de diretrizes orçamentárias (LDO), o sobrepreço só resta configurado se o contrato for celebrado com preço global superior ao preço indicado nos sistemas oficiais de custos. Desse modo, para conclusão pela ocorrência de sobrepreço, não basta a comparação com outra obra semelhante, licitada e executada contemporaneamente. (TCU, Acórdão 152/2013-Plenário, 06/02/2013)

De fato, no Acórdão 5.216/2007-1C, o TCU observou que “pautar a pesquisa de preços apenas em preços praticados na Administração Pública pode perpetuar uma incompatibilidade com o mercado. Se um produto for comprado com sobrepreço, este parâmetro pode se disseminar e até mesmo perpetuar em todo setor público”⁸¹.

Assim, a origem da pesquisa única e exclusivamente em preços registrados nem sempre apresenta, necessariamente, o menor preço de mercado, e sim o preço pago por determinado órgão comprador (vide Acórdão TCU 1.378/2008-1C). Para o TCU, uma compra só pode ser considerada vantajosa se ficar comprovado que a pesquisa de preços “foi feita de acordo com a melhor técnica possível para cada caso, a exemplo dos parâmetros definidos na IN-SLTI/MPOG 5/2014” (Acórdão 2637/2015-P)⁸².

Recentemente, valendo-se desse recurso, o TJSC calculou o dano ao Erário com base na diferença entre o valor pago pelo produto adquirido por meio de dispensa indevida de licitação e o valor que era cobrado pela empresa vencedora da última licitação:

APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO AO ERÁRIO. AQUISIÇÃO EXCESSIVA DE COMBUSTÍVEL PELO MUNICÍPIO, COM DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA

⁸¹ BRASIL, Franklin. Preço de referência em compras públicas, p. 13.

⁸² *Ibid.*

QUANTO ÀS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI N. 8.429/92. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PARA FINS DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, COM A CONDENAÇÃO DO ENTÃO PREFEITO E DO SÓCIO PROPRIETÁRIO DO POSTO DE COMBUSTÍVEIS AO RESSARCIMENTO DOS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO. RECURSO DO ENTÃO PREFEITO. [...] ALEGADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ E DA LESIVIDADE AO ERÁRIO. NÃO ACOLHIMENTO. COMPRA DE COMBUSTÍVEIS, NO ANO DE 1996, EM QUANTIDADE EXORBITANTE EM COMPARAÇÃO AOS OUTROS ANOS. NOTAS FISCAIS E DE EMPENHO QUE COMPROVAM A AQUISIÇÃO EXCESSIVA, SOBRETUDO NOS MESES DE AGOSTO, NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 1996. FALSIFICAÇÃO DE PRORROGAÇÃO DE CONTRATO DE COMODATO FIRMADO COM O ESTADO, PARA O FORNECIMENTO DE PATRULHA MECANIZADA PARA AS OBRAS DO MUNICÍPIO, PARA O FIM DE ESTENDER A VIGÊNCIA ATÉ 1996 E JUSTIFICAR A AQUISIÇÃO EXCESSIVA DE COMBUSTÍVEIS. INFORMAÇÃO DO DEINFRA NO SENTIDO DE INEXISTIREM CONTRATOS OU CONVÊNIOS PARA O PERÍODO EM QUESTÃO. DOLO EVIDENCIADO. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO COMPROVADA PELAS TESTEMUNHAS E CONFESSADA PELO DONO DO POSTO DE COMBUSTÍVEIS. IMPROBIDADE, POR LESÃO AO ERÁRIO, CARACTERIZADA. IMPOSITIVA CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO DOS DANOS CAUSADOS. RECURSO DO ENTÃO PREFEITO CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DO SÓCIO PROPRIETÁRIO DO POSTO DE COMBUSTÍVEIS. [...] AVENTADA AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA CONCLUSIVA ACERCA DA COMPRA EXCESSIVA. INSUBSISTÊNCIA. NOTAS FISCAIS E DE EMPENHO PRESENTES NOS AUTOS QUE ATESTAM A AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL EM QUANTIDADE EXORBITANTE, A QUAL É CORROBORADA POR AUDITORIA DO MUNICÍPIO. ALEGAÇÃO DE QUE O TRIBUNAL DE CONTAS, AO APURAR AS CONTAS DO MUNICÍPIO NO ANO DE 1996, APLICOU MULTAS, MAS NÃO RECONHECEU ILÍCITO RELACIONADO A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO ACOLHIMENTO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI N. 8.429/92 QUE INDEPENDE DA ANÁLISE REALIZADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ART. 21, INCISO II, DESTA LEI. MENÇÃO À OPERAÇÃO, NO ANO DE 1996, DE MAQUINÁRIO CEDIDO PELO ESTADO, O QUE JUSTIFICARIA OS GASTOS A MAIOR. TESE NÃO ACOLHIDA. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS INAPTOS A COMPROVAREM ESSA OPERAÇÃO. PRORROGAÇÕES CONTRATUAIS E INFORMAÇÃO DO DEINFRA ATESTAM A INEXISTÊNCIA DE MÁQUINAS CEDIDAS PELO ESTADO AO MUNICÍPIO EM 1996. AVENTADA MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA, ANTE O EFETIVO FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS. NÃO ACOLHIMENTO. RÉU QUE FOI DERROTADO NA LICITAÇÃO REALIZADA PELO MUNICÍPIO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DO PROCEDIMENTO. **LESÃO AO ERÁRIO PROVENIENTE DA COMPRA, EM GRANDE QUANTIDADE, DE COMBUSTÍVEL SEM A GARANTIA DA MELHOR OFERTA. CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO, ADEMAIS, ADSTRITA À DIFERENÇA ENTRE O PREÇO PAGO E AQUELE QUE SERIA COBRADO PELA EMPRESA VENCEDORA DA LICITAÇÃO.** IMPROBIDADE, POR LESÃO AO ERÁRIO, CONFIGURADA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DEVIDO, NOS TERMOS DA SENTENÇA. RECURSO DO SÓCIO PROPRIETÁRIO DO POSTO DE COMBUSTÍVEIS CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0005807-93.2012.8.24.0015, de Canoinhas, rel. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 30-07-2020).

Do corpo da decisão se extrai a seguinte observação:

Nesta linha, em que pese a menção ao suposto esgotamento da quantidade de combustível licitada e contratada com a empresa vencedora do certame, foge à razoabilidade pensar que o apelante teria acreditado ingenuamente que, como o limite previsto no contrato administrativo teria sido atingido, poderia vender livremente ao poder público municipal, sem a exigência de maiores formalidades. Demais disso, não subsiste a alegação de que, a se considerar que o combustível foi devidamente fornecido ao município, não teria ocorrido lesão ao erário, vez que o dano aos cofres públicos adveio justamente da compra, em grande quantidade, efetuada sem licitação, o que por certo não garantiu a melhor oferta ao poder público municipal.

Por fim, cumpre salientar que o magistrado de primeiro grau bem sopesou o dever de ressarcimento ao erário imputável a cada um dos réus, ficando o ora apelante, Mauro Antônio Wojciechowski, **condenado somente ao ressarcimento da diferença entre o valor gasto com a aquisição de óleo diesel do posto de sua propriedade, nos meses de agosto a dezembro de 1996, e aquele que seria gasto para aquisição dos mesmos produtos da empresa vencedora da licitação**, tudo como forma de impedir o enriquecimento ilícito da municipalidade e evitar que o ora apelante fosse responsabilizado também pelas condutas mais graves, que foram cometidas pelo réu Orildo.

c) Cotações de particulares

Outra fonte alternativa também comumente utilizada são as cotações obtidas diretamente junto a fornecedores ou prestadores de serviço, todavia, devem-se considerar as superestimativas que, em geral, acompanham tais promessas, confrontando-as, sempre que possível, com dados de negócios efetivamente realizados.

Sobre os riscos dessa prática:

A estimativa que considere apenas cotação de preços junto a fornecedores pode apresentar preços superestimados, uma vez que as empresas não têm interesse em revelar, nessa fase, o real valor a que estão dispostas a realizar o negócio. Os fornecedores têm conhecimento de que o valor informado será usado para a definição do preço máximo que o órgão estará disposto a pagar e os valores obtidos nessas consultas tendem a ser superestimados. (Acórdão TCU 299/2011-Plenário)

Assim, os fornecedores acostumados a participar de licitações não fornecem cotações reais. O próprio TCU reconhece isso no Acórdão 2.149/2014, ao afirmar que os fornecedores não desejam revelar aos seus concorrentes os preços que estão dispostos a praticar no futuro certame licitatório. E quem não participa de licitações

também não tem interesse em informar seus preços. Elaborar o orçamento, geralmente para uma quantidade expressiva de produtos, representa gasto significativo de recursos, sobretudo o tempo de funcionários. Além disso, fornecer ou não um orçamento não interfere nos negócios, já que o setor público não é seu cliente⁸³.

Apenas em casos excepcionais o procedimento deve ser admitido. Assim, na ausência de cotação nos sistemas oficiais de preços referenciais de alguns itens das planilhas do orçamento base da licitação, a Administração deve realizar pesquisa de mercado contendo o mínimo de três cotações de fornecedores distintos. Caso não seja possível obter esse número de cotações, deve ser elaborada justificativa circunstanciada (Acórdãos 1.266/2011-Plenário, 837/2008 - Plenário e 3.219/2010-Plenário).

A ideia por trás dessa orientação é a de que a pesquisa de preços seja sempre a mais ampla possível, devendo incluir fontes diversas, como atas de registro de preço, licitações realizadas por outros entes públicos e até mesmo compras realizadas por entidades privadas:

A aferição de preços nas aquisições e contratações de produtos e serviços de tecnologia da informação, no âmbito da Administração Pública federal, na fase de estimativa de preços, no momento de adjudicação do objeto do certame licitatório, na contratação e alterações posteriores, deve se basear em valores aceitáveis, que se encontrem dentro da faixa usualmente praticada pelo mercado em determinada época, obtida por meio de pesquisa a partir de fontes diversas, como orçamentos de fornecedores, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos - inclusive aqueles constantes no Comprasnet -, valores registrados em atas de Sistema de Registro de Preços, entre outras, a exemplo de compras/contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública (TCU, Acórdão 2170/2007 - Plenário)

Ressalte-se que o TCU já decidiu que, quando inexistem parâmetros para comparação de custos unitários de uma obra e não se consegue, por qualquer via, obter método razoável de cálculo que corrobore a suspeita de superfaturamento, aplica-se o brocardo jurídico "in dubio pro reo".⁸⁴

⁸³ BRASIL, Franklin. Preço de referência em compras públicas, p. 8.

⁸⁴ TCU, Acórdão 835/2014-Plenário, 02/04/2014.

Ainda no aspecto de cálculo de sobrepreço e de dano ao erário, há precedentes que admitiram cotações com particulares como referência para demonstração e cálculo do valor do dano, de modo que pode ser utilizado, conforme o caso.

Decidiu o TCE/MT:

A outra irregularidade apontada pela equipe de auditoria foi a 5, JB02, Despesas, também de natureza grave, a qual se refere ao pagamento com sobrepreço de serviços prestados pela mesma empresa referida no item anterior. A equipe auditora constatou que a Câmara Municipal efetuou pagamento, no valor de R\$ 25.000,00, pela restauração de 12 quadros com as fotografias dos vereadores do município de Querência, e que esse valor ficou muito acima dos valores de mercado, conforme pesquisa de preço realizada pela equipe, em três empresas, nesta Capital. A equipe técnica afirmou que o valor de mercado, dos serviços prestados, resultou em R\$ 2.400,00. Por fim, sugeriu o ressarcimento por parte do gestor do valor de R\$ 22.600,00, conforme quadro a seguir transcrito:

Item	Montalvão		Magnicollor		Centro Oeste (Vermelhinho Cópias)	
	Vir unitário (R\$)	Valor total (R\$)	Vir unitário (R\$)	Valor total (R\$)	Vir unitário (R\$)	Valor total (R\$)
Digitalização de 9 fotos tamanho 30 cm x 60 cm e posterior montagem, por meio de edição de software, de um único quadro no tamanho de 30cm X 60 cm contendo as 9 fotos.	40,00	480,00	85,00	1.020,00	110,00	1.320,00
Moldura com vidro em quadro do tamanho 30 cm X 60 cm	46,00	552,00	90,00	1.080,00		
Valor Total	86,00	1.032,00	175,00	2.100,00	110,00	1.320,00

A meu ver, o valor pago pelos serviços prestados pela empresa A F de Souza ME, para restauração de 12 quadros com as fotografias dos vereadores do município de Querência, ficou muito acima dos valores de mercado.

Ressalto que a alegação dos responsáveis de que o valor cobrado é devido ao fato de que as empresas situam-se distantes da Capital, não deve prosperar, pois essa distância não se traduz em aumento de custo tão elevado. Após essa pesquisa de preço, a SECEX concluiu que, considerando o maior valor para a digitalização e impressão das fotos (R\$ 1.320,00), fixado pela empresa Centro Oeste, adicionado ao valor das molduras (R\$ 1.080,00) pode ser atribuído o valor total de R\$ 2.400,00 para o serviço prestado. Portanto, concluiu que houve o sobrepreço de R\$ 22.600,00, sugerindo o ressarcimento desse valor aos cofres públicos com recursos próprios pelo responsável. Assim, não há dúvidas de que o valor pago pela Câmara Municipal de Querência foi bastante elevado, em relação ao valor de mercado, pelos serviços prestados pela empresa A F de Souza ME, pois, por mais que o município esteja distante da Capital, esse fato, por si só, não justifica a diferença constata. Além disso, mesmo que os serviços fossem prestados por empresa sediada na Capital, somando-se as despesas com transportes, o valor ficaria bem abaixo do valor pago pela Câmara Municipal.

(TCE/MT, CONTAS ANUAIS DE GESTAO MUNICIPAL. Relator: JAQUELINE JACOBSEN MARQUES. Acórdão 187/2014 - 2ª CAMARA. Julgado em 04/11/2014. Publicado no DOC/TCE-MT em 19/11/2014. Processo

80128/2013). (Divulgado no Boletim de Jurisprudência, Ano: 2014, nº 10, nov/2014).

Interessante ainda destacar que, no contexto da aquisição de veículos automotivos, o TCE/SC já calculou o dano ao Erário por meio da comparação entre o preço pelo qual a compra foi efetuada e aquele praticado em outros Municípios, as também tendo como parâmetro orçamento da concessionária vencedora do convite ao particular:

Iniciou-se o processo em decorrência de Representação feita a esta Corte, relatando a possível existência de sobrepreço na aquisição de um veículo novo com capacidade para até 12 (doze) passageiros através do Edital de Licitação na modalidade Convite nº 012/2009, realizado pelo Município de Barra Bonita. Referido automóvel foi cotado em R\$ 57.000,00 (cinquenta e sete mil reais) e teve sua compra consolidada por R\$ 56.000,00 (cinquenta e seis mil reais) junto à concessionária Sapema, oportunidade em que foi adquirido um veículo Volkswagen, Modelo Kombi com capacidade para 12 passageiros. Contudo, a Representação trouxe documentos demonstrando que o valor do veículo junto à concessionária à época da compra era de R\$ 51.170,00 (cinquenta e um mil cento e setenta reais) no caso de compra direta sem troca (fl. 55).

[...]

O Responsável ainda trouxe valor de R\$ 52.300,00 (cinquenta e dois mil e trezentos reais) fixado pela Tabela FIPE que, acrescido de 10% referentes a frete e outras despesas, totalizaria R\$ 57.530,00 (cinquenta e sete mil quinhentos e trinta reais - fl. 262). Todavia, o índice apresentado refere-se a um veículo novo em março de 2011, sendo que em consulta ao endereço eletrônico da fundação utilizando-se a data do Convite, maio de 2009, encontra-se o valor de R\$ 47.118,00 (quarenta e sete mil cento e dezoito reais). Por outro lado, as despesas no montante de 10% sobre o valor do veículo comprado que o Responsável alega existir não estão embasadas em qualquer documento juntado nos autos, o que impossibilita o acolhimento da alegação.

[...]

Além disso, a **Área Técnica efetuou pesquisa de licitações do mesmo veículo ocorridas na mesma época do certame em questão em outras Unidades Gestoras submetidas à auditoria por este Tribunal, e encontrou Convites com preços estipulados em R\$ 52.700,00 (cinquenta e dois mil e setecentos reais) e R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais), em que a compra foi efetuada por R\$ 50.850,00 (cinquenta mil oitocentos e cinquenta reais) e R\$ 50.090,00 (cinquenta mil e noventa reais), respectivamente (fls. 268/271).**

Para melhor elucidar a ocorrência do sobrepreço, extraio tabela constante no Relatório da DLC, com algumas modificações:

Fonte	Valor		Data	Fls.
	Orçado (R\$)	Contratado (R\$)		
Orçamento de compra direta solicitado pelo representante	51.170,00	---	01.09.2009	55
Valor FIPE em maio/2009	47.118,00	---	Maio/2009	218
Convite PM de Agronômica	51.700,00	50.850,00	03.07.2009	268/269
Convite PM de Petrolândia	55.000,00	50.090,00	08.04.2009	270/271
CONVITE Nº 12/2009	57.000,00	56.000,00	21.05.2009	37

Portanto, não há nos autos qualquer elemento que comprove que a Unidade Gestora efetuou pesquisa prévia dos preços praticados no mercado, conforme preceitua a Lei nº 8.666/93, em seus arts. 40, § 2º, II e 43, IV, ou ainda qualquer justificativa para o preço utilizado no Edital de Convite, razão pela qual, conforme bem apontou a DLC, a ocorrência de sobrepreço ficou evidente.

Era incumbência do gestor verificar a conformidade dos preços apresentados em face da média representativa de mercado. Justamente a essas situações que se presta a disposição contida no artigo 43, IV, da Lei nº 8.666/93, para impedir que o interesse público em obter preços adequados seja subjugado pelos interesses dos particulares.

Por todo o exposto, entendo que a irregularidade está comprovada.

Por fim, **entendo razoável que a quantificação do débito a ser imputado seja a diferença do preço de compra do veículo concretizada no Edital (R\$ 56.000,00) e do orçamento apresentado à mesma época pela concessionária vencedora do convite ao particular (R\$ 51.170,00), valor este, inclusive, bem superior ao da tabela FIPE, o que representa a quantia de R\$ 4.830,00 (quatro mil oitocentos e trinta reais).**

(TCE/SC 10/00797250, Relator Auditor Gerson dos Santos Sicca. Sessão Ordinária de 02/05/2012. DOTC-e n. 985, de 16/05/2012. Informativo de Jurisprudência N. 004 - Período - 30 de Abril a 11 de Maio de 2012)

Noutra vertente, verifica-se que os preços também podem ser estudados com base em contratos e notas fiscais reais, que podem ser obtidas nas próprias empresas investigadas, por meio de buscas e apreensões judiciais ou em consultas diretas às empresas que foram subcontratadas pelas investigadas. Esse tipo de abordagem oferece uma melhor aproximação da realidade.⁸⁵

Em sentido similar, precedente do TJ/SC em ação de improbidade administrativa, que considerou o valor do dano ao erário/superfaturamento como a diferença entre o valor da compra pública e o valor cobrado pela mesma empresa em outras vendas para particulares:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DE SANÇÕES EM DECORRÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E DANO AO ERÁRIO. AQUISIÇÃO DE CADEIRAS PLÁSTICAS PARA UTILIZAÇÃO NA ASSOCIAÇÃO ZOORTENSE DE KARATÊ. SUPERFATURAÇÃO DO PREÇO EVIDENTE. PRESIDENTE DESTA QUE, COM DINHEIRO OBTIDO POR MEIO DE SUBVENÇÃO PÚBLICA, ADQUIRE OS PRODUTOS POR MONTANTE PRÓXIMO AO DOBRO DE OUTRA VENDA REALIZADA PELA MESMA PESSOA JURÍDICA ALIENANTE, TAMBÉM RÉ. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO GENÉRICO QUE NÃO IMPEDE A CONDENAÇÃO POR LESÃO AO ERÁRIO (ART. 10 DA LEI N. 8.429/92). Muito

⁸⁵ LOPES, Alan de Oliveira. Superfaturamento de Contratos Governamentais de Serviços de Engenharia, de Construção – Estudo de Caso da Operação Caixa-Preta – 2009. In: **Revista Brasileira de Ciências Policiais**. Brasília, v. 9, n. 2, p. 71-109, jul/dez 2018, p. 92-94.

embora a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça determine a demonstração de dolo, ao menos genérico, para a condenação por enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei n. 8.429/92), permite-se a condenação pela lesão ao erário mediante demonstração de culpa grave. Evidente, no caso dos autos, a culpa grave do agente presidente de associação que recebe subvenção pública e adquire produtos por valor próximo ao dobro do mercado, sem nem sequer realizar orçamentos prévios. SANÇÕES DO ART. 12, II, DA LEI N. 8.429/92 QUE FORAM DEVIDAMENTE SOPESADAS NA ORIGEM. **DEVOLUÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE O VALOR DE MERCADO E O VALOR EFETIVAMENTE PAGO PELAS CADEIRAS PLÁSTICAS, BEM COMO MULTA CIVIL PELO DOBRO DO VALOR DO DANO, ALÉM DA PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO OU RECEBER BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS OU CREDITÍCIOS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, AINDA QUE POR INTERMÉDIO DE PESSOA JURÍDICA DA QUAL SEJA SÓCIO MAJORITÁRIO, PELO PRAZO DE 5 ANOS. MANUTENÇÃO. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (ART. 9º), POR INEXISTÊNCIA DE EVIDÊNCIA DE ATOS DOLOSOS, QUE NÃO INDUZ, NECESSARIAMENTE, NA REFORMA DA SENTENÇA RECORRIDA. SANÇÕES QUE FORAM APLICADAS EM OBSERVÂNCIA À NORMA DO ART. 12, II, DA LEI N. 8.429/92. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0003281-59.2012.8.24.0014, de Campos Novos, rel. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 12-07-2018) (grifos acrescentados).**

Constou do voto condutor:

Depreende-se dos autos que na data de 8.12.2009 foram adquiridas 60 cadeiras plásticas no valor de R\$ 5.100,00 (valor unitário de R\$ 85,00 – fls. 64-68), em 8.12.2009. Pouco tempo após, em 5.1.2010, a mesma empresa vendeu o mesmo produto por quase metade do valor de aquisição por parte do ora apelante (R\$ 48,00 por cadeira – fl. 180). Em outra oportunidade um dos professores vinculados à Associação Zortense, para a qual foram adquiridas as 60 (sessenta) cadeiras, realizou orçamento na "Loja do João", também localizada no Município de Zortéa, do qual se obteve o valor de R\$ 39,00 por cadeira. Ainda que se alegue que não seja da mesma marca, tal irresignação não merece prosperar. A uma pela grande desproporção do preço8 Gabinete Desembargador Artur Jenichen Filho sem a devida diferenciação entre os produtos (não há evidência de que as cadeiras adquiridas possuam qualidades diferenciadas, que justifiquem tal diferença). A duas porque a aquisição deveria priorizar o melhor preço, a fim de melhor beneficiar os usuários da associação. [...] **Assim, na linha já disposta na origem, ao se considerar a discrepância entre o valor de venda realizada pela pessoa jurídica ré (T. Parisotto & Cia. Ltda.) à associação e outra venda exemplificada nos autos (fls. 180/181), devida a determinação do valor da diferença ao erário.**

Portanto, para cálculo de sobrepreço, um parâmetro melhor do que cotações ou orçamentos com particulares é o preço praticado pelo fornecedor a particulares, pelo mesmo item e na mesma época, desde que, por óbvio, consideradas peculiaridades relativas à venda para órgãos públicos que possam influenciar no preço.

Por fim, de acordo com o Manual de Orientação de Pesquisa de Preços do Superior Tribunal de Justiça (STJ), os dez erros mais recorrentes na realização da pesquisa de preços são:

- 1) Inexistência de comprovação da realização da pesquisa;
- 2) Pesquisa composta por menos de três propostas válidas sem a devida justificativa;
- 3) Não observância dos aspectos formais da proposta, tais como assinatura do responsável, razão social, CNPJ, endereço da empresa, entre outros;
- 4) Inexistência de análise crítica dos valores orçados de forma a desconsiderar aqueles que apresentem grande variação em relação aos demais;
- 5) Inexistência de comprovação da pesquisa de contratações similares de outros entes públicos;
- 6) Inexistência de comprovação de pesquisa realizada no Portal de Compras Governamentais, em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;
- 7) Desconsideração de valores exequíveis sem a devida justificativa;
- 8) Utilização de apenas uma fonte na realização da pesquisa de preços sem a devida justificativa;
- 9) Pesquisa com prazo de validade vencido;
- 10) Pesquisa de preço realizada exclusivamente na internet sem a devida justificativa quanto à impossibilidade de obtenção de preços junto às demais fontes.

DEZ ERROS RECORRENTES NA REALIZAÇÃO DA PESQUISA DE PREÇOS



Fonte: STJ, **Manual de Orientação de Pesquisa de Preços**, disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Institucional/Controle%20interno/manual_orientacao_pesquisa_preco_2017.pdf

2.3.4 Média, mediana e média saneada

Uma vez realizada a pesquisa de preços, deve-se estabelecer o preço paradigma ou de referência pelo emprego da metodologia da média ou da mediana, conforme prescreve expressamente o art. 2º, § 2º, da IN 05/2014 do MPOG (acima citada):

Art. 2º [...]

§ 2º Serão utilizados, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, 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 adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados.

Deve-se registrar ainda que mediana não se confunde com média. A média é calculada somando-se todos os valores de um conjunto de dados e dividindo-se pelo número de elementos deste conjunto. Por ser uma medida sensível aos valores da amostra, é mais adequada a situações em que os dados são distribuídos mais ou menos de maneira uniforme, ou seja, valores sem grandes discrepâncias.

Já a mediana representa o valor central de um conjunto de dados. Para encontrar o valor da mediana é necessário colocar os valores em ordem crescente ou decrescente. Quando o número elementos de um conjunto é par, a mediana é encontrada pela média dos dois valores centrais, que são somados e divididos por dois.

Por exemplo, considere-se um conjunto numérico contendo os seguintes valores: 1, 100, 150 e 200. A média é representada pela adição de todos os valores (451) e posterior divisão pelo número de elementos (4), obtendo-se como resultado 112,75. Já a mediana leva apenas em consideração os valores centrais, nesse caso, 100 e 150. Somam-se esses valores e divide-se por dois, obtendo-se, assim, a mediana de 125.⁸⁶

O TCU, no Acórdão n. 3068/2010-Plenário, afirmou:

[...] preço de mercado é mais bem representado pela média ou mediana uma vez que constituem medidas de tendência central e, dessa forma, representam de uma forma mais robusta os preços praticados no mercado.⁸⁷

Em idêntico sentido:

[...] a média ou a mediana dos preços obtidos por meio das cotações apenas em condições de mercado competitivo, situação em que se pretende eliminar valores discrepantes oriundos de situações específicas e pontuais, tais como promoções
(TCU, Acórdão n. 8514/2017 – Segunda Câmara, rel. José Múcio Monteiro, 12/09/2017)

⁸⁶ Pernambuco, Estimativa de Preços para Materiais e Serviços em Geral. Disponível em: http://www.portais.pe.gov.br/c/document_library/get_file?p_l_id=16059111&folderId=46956709&name=DLFE-312420.pdf Acesso: 12/08/2020

⁸⁷ TCU, Acórdão n. 3068/2010 – Plenário, Rel. Benjamin Zymler, 17/11/2010.

Por outro lado, também pode ser aplicada a “média saneada” de preços, consistente na utilização da média aritmética, expurgada (saneada) dos valores que exorbitam certos limites matemáticos, previamente estabelecidos, a fim de facilitar a “análise crítica” dos preços⁸⁸. Deve-se, portanto, primeiramente, apurar o Desvio-Padrão (DP), somar à Média (M) para obter o Limite Superior (LS), e subtrair à Média, encontrando o Limite Inferior (LI). Valores fora dos limites são expurgados, resultando em conjunto mais homogêneo e média mais acurada.⁸⁹

Na jurisprudência dos Tribunais de Contas, encontram-se subsídios para a adoção da média saneada:

Licitação. Aquisições Públicas. Preços de referência. Média saneada de preços. 1) É inadmissível, para formação de preços de referência nas aquisições públicas, a pesquisa de preços realizada junto a uma única fonte de informação. A utilização de uma única fonte de informação de preços, além de ilegal, torna o balizamento de preços superficial e sem a amplitude buscada pela Lei de Licitações, podendo provocar a ocorrência de sobrepreços e/ou superfaturamentos – art. 15, inciso V e § 1º, c/c art. 40, § 2º, inciso II, e art. 44, § 3º, todos da Lei nº 8.666/93. **2) Na detecção de sobrepreços ou superfaturamentos é possível a utilização do método “média saneada de preços”.** (CONTAS ANUAIS DE GESTAO MUNICIPAL. Relator: JOSÉ CARLOS NOVELLI. Acórdão 420/2016 - RECURSO - ORDINARIO - TRIBUNAL PLENO. Julgado em 09/08/2016. Publicado no DOC/TCE-MT em 26/08/2016. Processo 19623/2014). (grifos acrescentados) (TCE/MT, Boletim de Jurisprudência, Ano 2016, n. 28, jul/ago/2016)

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. (TCU, Acórdão 2943/2013-Plenário)

As estimativas de preços prévias às licitações devem desconsiderar 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. (TCU, Acórdão 2637/2015-Plenário, Relator: BRUNO DANTAS)

⁸⁸ “Não é admissível que a pesquisa de preços de mercado feita pela entidade seja destituída de juízo crítico acerca da consistência dos valores levantados” (Acórdão 1.108/2007 – Plenário).

⁸⁹ BRASIL, Franklin. **Preço de referência em compras públicas.** Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A15454C22F015458F003AC340A#:~:text=Pre%C3%A7o%20de%20refer%C3%A7%C3%A3o%20par%C3%A2metro%20para,Se%20definido%2C%20divulga%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20obrigat%C3%B3ria> Acesso em: 12/08/2020.

Como já mencionado, o art. 44 da Lei de Licitações, ao tratar sobre o julgamento das propostas, não admite, como regra, a apresentação de preços (global ou unitários) simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, o que está de acordo com a adoção da “média saneada” de preços, que exclui valores discrepantes da tendência central.

A própria IN 05/2014 estabelece, de certa forma, a possibilidade de “saneamento” da média:

Art. 2º. [...] § 3º Poderão ser utilizados **outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados** pela autoridade competente. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§ 4º Os preços coletados **devem ser analisados de forma crítica**, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§ 5º **Para desconsideração dos preços inexecutáveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados** e descritos no processo administrativo. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

Como dito, a “média saneada” decorre de uma amostra com valores razoavelmente homogêneos, a fim de evitar distorções. Por exemplo, considere uma amostra dos preços: R\$ 0,05; R\$ 0,30; R\$ 0,31; R\$ 0,32; R\$ 0,33 e R\$ 1,54. Nota-se que o primeiro e o último preço se distanciaram de maneira muito considerável do restante dos valores da amostra, portanto, eles não devem ser considerados, ou seja, devem ser excluídos do conjunto da amostra, para fins de cálculo da “média saneada”. No entanto, esses valores que apresentam grandes distorções em relação aos demais não podem ser eliminados da amostra aleatoriamente. É necessário um critério objetivo para definir quais valores podem ser excluídos e quando essa amostra estará homogênea o suficiente para se calcular a “média saneada” dos valores que estão contidos nela.

Para delimitar esses extremos, calcula-se a média (aritmética) mais o desvio padrão (limite superior) e a média (aritmética) menos o desvio padrão (limite inferior). O que estiver fora dessa faixa é eliminado. Assim, para a composição dos valores de mercado, evita-se a ocorrência de discrepâncias significativas nos valores das amostras obtidas, retirando do conjunto dos dados os valores extremos de desvios, a fim de

reduzir o coeficiente de variação, conferindo confiabilidade e representatividade na aferição dos preços correntes de mercado.

Limite superior (LS): Média (M) + Desvio-padrão (DP)

Limite inferior (LI): Média (M) - Desvio-padrão (DP)

Por sua vez, o desvio padrão (DP) é calculado usando-se a seguinte fórmula:⁹⁰

$$D_P = \sqrt{\frac{\sum_{i=1}^n (x_i - M_A)^2}{n}}$$

Sendo,

Σ : símbolo de somatório. Indica que temos que somar todos os termos, desde a primeira posição ($i=1$) até a posição n

x_i : valor na posição i no conjunto de dados

MA: média aritmética dos dados

n : quantidade de dados

Por exemplo, em uma equipe na qual os atletas possuem as seguintes alturas: 1,55m; 1,70m e 1,80m. Qual é o valor da média e do desvio padrão da altura? Neste exemplo, $n = 3$, pois há 3 valores no conjunto de dados:⁹¹

$$M_A = \frac{1,55 + 1,70 + 1,80}{3} = 1,68$$

⁹⁰ Fonte: <https://matematicabasica.net/desvio-padrao/>

⁹¹ Fonte: <https://www.todamateria.com.br/desvio-padrao/>

Por sua vez o desvio padrão é calculado da seguinte forma:

$$\begin{aligned} DP &= \sqrt{\frac{(1,55-1,68)^2+(1,70-1,68)^2+(1,80-1,68)^2}{3}} \\ DP &= \sqrt{\frac{(0,13)^2+(0,02)^2+(0,12)^2}{3}} = \sqrt{\frac{0,0317}{3}} \\ DP &= \sqrt{0,0105} = 0,1027 \end{aligned}$$

Logo, o Limite Superior (LS) seria 1,78m (= 1,68 + 0,10), e o Limite Inferior (LI), 1,58 (= 1,68 – 0,10).

No link <https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/2019/03/como-calcular-desvio-padrao-no-excel.ghtml> estão disponíveis informações sobre como calcular o desvio padrão no Excel.

Por sua vez, no link <https://pt.numberempire.com/statisticscalculator.php>, podem-se calcular desvio padrão e outras estatísticas dentro de uma amostra, de forma automática, bastando indicar os dados da amostra obtida.

2.3.5 Data base dos custos paradigmas

Por sua vez, a seleção da data-base de cálculo dos preços paradigmas é de fundamental importância, pois pode produzir resultados bem distintos.

Regra geral, adota-se a data-base da proposta ou do contrato sob análise como procedimento padrão. No entanto, em contratos com períodos prolongados de execução, os percentuais aplicáveis de reajuste podem representar pagamentos tão ou mais relevantes do que os pagamentos oriundos dos preços originais do contrato. Nesses casos, pode ser recomendável obter os preços paradigmas nas datas correspondentes aos pagamentos efetuados ao contratado e compará-los com os preços atualizados do contrato.

No caso de inexistência de preços paradigmas para a data-base adotada como referência, recomenda-se adotar, por conservadorismo, as datas mais próximas posteriores à da data-base para evitar contestações. Todavia, se a data dos preços paradigmas estiver muito distante da data-base adotada como referência (mais de seis meses), cabe retroagir os preços paradigmas, de acordo com o índice de reajuste aplicável⁹².

Sobre a necessidade de que seja adotado o referencial na data mais próxima possível da data-base, tem-se:

A utilização do Sicro com data mais próxima possível da data-base do contrato é a metodologia mais adequada para comparação de preços e para apuração de eventual superfaturamento, uma vez que o uso de tabela de custos referenciada em outra data-base, principalmente após o transcurso de períodos demasiadamente longos, não reproduz adequadamente as exatas condições da obra à época da assinatura do contrato.
(TCU, Acórdão 167/2017-Plenário, 08/02/2017)

Apesar da possibilidade de se fazer digressões para se achar o preço paradigma, deve-se ter cuidado com os períodos demasiadamente longos, que podem gerar distorções:

A confrontação do orçamento contratado com outro elaborado com parâmetros de custo obtidos depois de vários anos é imprópria para aferição de adequação da proposta contratada com valores de mercado, isso porque as correções de preços por índices em datas demasiadamente longas não conseguem reproduzir as exatas condições da obra à época da assinatura do contrato ou da celebração dos aditivos.
(TCU, Acórdão 201/2018-Plenário, 07/02/2018.)

A correção ou a retroação de referenciais de preços, como o Sicro, por longos períodos não se presta para a verificação da compatibilidade dos valores contratados com os praticados no mercado à época do ajuste, uma vez que correções monetárias por períodos demasiadamente longos geram distorções.
(TCU, Acórdão 854/2016-Plenário, 13/04/2016)

A comparação entre preços de licitações realizadas em momentos distantes, utilizando-se a aplicação de índices econômicos como fator de atualização, especialmente se empregados índices não específicos [no caso, comparação de preços praticados em licitações de serviços de informática realizadas por outros órgãos da Administração Federal, dois anos antes, corrigidos pelo (IGP-

⁹² OT – IBR 005/2012

M)], não constitui, por si só, método hábil a demonstrar a ocorrência de sobrepreço, pois tende a promover distorções nos valores confrontados. (TCU, Acórdão 2312/2014-Plenário, 03/09/2014)

A deflação de preços do Sistema de Custos Rodoviários (Sicro) abrangendo período de cerca de três anos para cotejo com os preços contratuais não constitui técnica legítima para demonstrar a compatibilidade destes últimos com os de mercado, eis que, em virtude da grande distorção decorrente da variabilidade dos índices de deflação, esses preços ajustados não espelhariam, com fidedignidade, aqueles de mercado vigentes à época da contratação. Deve ser buscada a referência de preços com data-base mais próxima à data do contrato.

(TCU, Acórdão 278/2008-Plenário, 27/02/2008)

2.3.6 “Passo a passo”

Na realização de pesquisa de preço para subsidiar a comparação entre preço praticado em mercado e o objeto contratado, podem ser utilizados diversos sistemas de banco de dados, tais como os seguintes⁹³:

SISTEMA DE BANCO DE DADOS UTILIZADOS PARA PESQUISA DE PREÇOS	
Banco de dados	Finalidade
1- Banco de preços	Sistema que traz o registro de preços adjudicados ou homologado e praticados em diversos procedimentos licitatórios realizados por órgãos públicos no país, com o fito de se obter a média dos preços praticados em licitações de produtos equivalentes.
2- Sistema de Fiscalização Integrada de Gestão (e-Sfinge)	O sistema recebe as informações sobre as contas públicas enviadas pelos agentes públicos e consolida os dados de gestão em remessas unificadas. Também emite relatórios automáticos de avaliação e analisa a gestão de cada município e do Estado, ampliando a publicidade das informações.
3- Portais da Transparência dos órgãos públicos municipais e estaduais	Consulta aos portais de transparência em busca de procedimentos licitatórios realizados por estes órgãos, para subsidiar pesquisa de preço de itens similares aos analisados.
4- Portal de compras do Governo Federal (ComprasNet)	Consulta ao portal de compras em busca de procedimentos licitatórios realizados por diversos órgãos, para subsidiar pesquisa de preço de itens similares aos analisados.

⁹³ Baseados nos apontamentos da Nota Técnica de Contabilidade n. 001/2019 do Ministério Público do Rio Grande do Norte.

Adota-se como procedimento padrão a comparação do valor apresentado no contrato, objeto da análise, com os montantes encontrados em propostas e/ou contratos firmados através de licitações semelhantes, que tenha o mesmo ou similar objeto do analisado.

Na busca por informações priorizaram-se as identificadas como ocorridas no Estado de Santa Catarina, preferencialmente na região do Município contratante (e sempre na data mais próxima possível). Ressalta-se a dificuldade frequentemente encontrada em se obter o item idêntico ao solicitado ou até mesmo similar devido às especificações do objeto pesquisado, razão pela qual se busca trazer para análise elementos com características mais próximas possíveis.

Caso haja a necessidade de ajustar os valores obtidos na pesquisa realizada, nos casos em que as licitações pesquisadas se referem a fatos ocorridos em datas anteriores ou posteriores à assinatura do contrato, adota-se, como metodologia para ajuste dos valores obtidos, a utilização do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA – IBGE). Posteriormente, calcula-se a média destes valores de mercado obtidos e já ajustados, tendo como objetivo utilizar esta média como parâmetro de comparação com os valores licitados à época, apresentando em seguida as possíveis diferenças⁹⁴.

Obs.: outros bancos de dados podem ser consultados, como as Notas Fiscais eletrônicas relativas a produtos comprados por órgãos públicos, a fim de que sejam obtidos itens mais próximos daquele objeto de investigação, permitindo a apuração do “preço de mercado”. Além disso, como ressaltado no item relativo às “fontes alternativas”, não só compras públicas servem para apuração do preço, mas também compras particulares e/ou orçamentos obtidos com fornecedores.

Exemplos de realização de consultas:

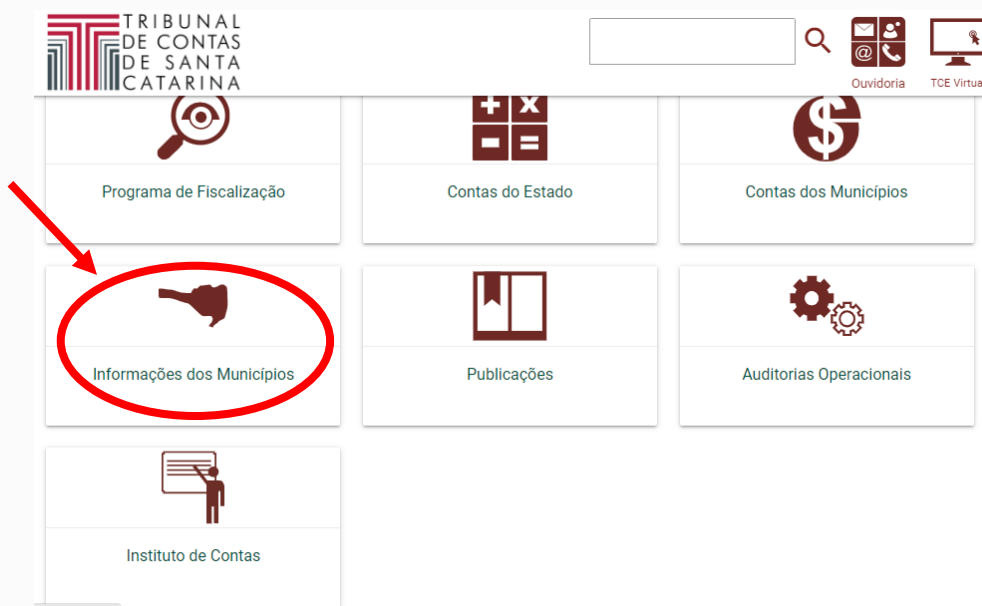
e-Sfinge: é um sistema desenvolvido pelo TCE/SC para o acompanhamento da gestão fiscal e financeira dos entes submetidos à sua jurisdição. Ele nada mais é do que um painel no qual são consolidadas e disponibilizadas as

⁹⁴ Lembre-se que, além da média, podem ser utilizadas a mediana ou a “média saneada”.

informações que os próprios gestores públicos enviam ao TCE para que ele possa exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta, conforme previsto no art. 58 da Constituição estadual.

A consulta ao e-Sfinge é aberta ao público e dele podem ser extraídas informações relevantes para o processo de investigação conduzido pelo MPSC, permitindo a comparação de valores de licitações realizadas por Municípios da mesma circunscrição para fins de identificação de eventual sobrepreço. A consulta pode ser feita seguindo as etapas abaixo:

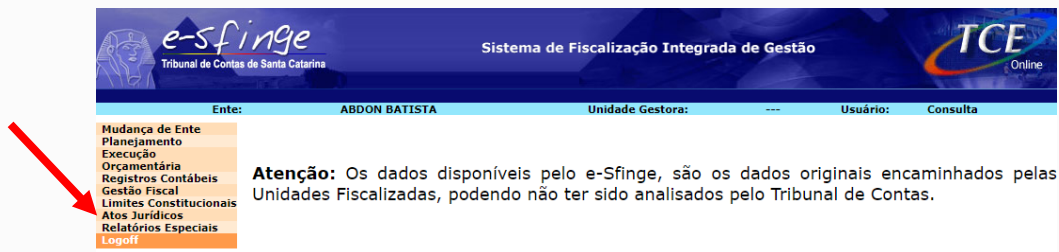
Passo 1: Na página principal do TCE/SC (<http://www.tce.sc.gov.br/>), clique sobre a figura “Informações dos Municípios”



Passo 2: Selecione o Município e depois clique em “Consulta pública ao sistema de fiscalização integrada de gestão e-Sfinge”



Passo 3: Selecione “Atos jurídicos”, que permite a consulta de licitações, contratos e convênios (outras opções também estão disponíveis nessa aba, como dados da legislação orçamentária do ente, demonstrativos contábeis, vários limites legais como os contidos na LRF etc.)



Passo 4: Selecione a unidade gestora, o período e o tipo de ato



Passo 5: Na imagem abaixo, tem-se o resultado de alguns processos licitatórios realizados pela Prefeitura

Ente:		ABDON BATISTA		Unidade Gestora:		---		Usuário:		Constituta	
Unidade Gestora: Prefeitura Municipal de Abdon Batista Competência: 01/2019 a 06/2019											
Primeiro 1 - 50 51 - 100 101 - 109 Último											
<input type="checkbox"/>	Modalidade	Nro. proc. licitatório	Nro. edital	Data abertura	Data homologação	Objeto	Valor licitação	Valor empenhado	Valor liquidado	Valor pago	
<input type="checkbox"/>	2- Tomada de Preços		TP1/2019	01/03/2019	08/03/2019	CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA COLETA, TRANSPORTE, RECICLAGEM, INDUSTRIALIZAÇÃO E DESTINO FINAL DO LIXO DOMICILIAR URBANO DA CIDADE DE ABDON BATISTA.	148.890,00				
<input type="checkbox"/>	2- Tomada de Preços		TP2/2019	26/03/2019	26/03/2019	TOMADA DE PREÇOS PARA IMPERMEABILIZAÇÃO FINAL NAS PAREDES E FUNDOS DAS PISCINAS DO PARQUE AQUÁTICO DE ABDON BATISTA/SC. INFORMAÇÕES CONSTANTES CONFORME MEMORIAL DESCRITIVO QUE INTEGRA O PRESENTE EDITAL.	248.694,10	287.939,10	371.667,10	371.667,10	
<input type="checkbox"/>	2- Tomada de Preços		TP4/2019	22/04/2019	26/04/2019	CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA COLETA E DESTINO FINAL DO LIXO DOMICILIAR E COMERCIAL URBANO DA CIDADE DE ABDON BATISTA.	111.920,00	280.921,00	182.256,91	182.256,91	
<input type="checkbox"/>	2- Tomada de Preços		TP5/2019	21/05/2019	24/05/2019	TOMADA DE PREÇOS PARA MÃO DE OBRA PARA SERVIÇOS COMPLEMENTARES DAS PISCINAS DO PARQUE AQUÁTICO	296.492,21	379.455,19	233.973,61	233.973,61	
<input type="checkbox"/>	2- Tomada de Preços		TP3/2019	14/06/2019	19/06/2019	TOMADA DE PREÇOS PARA RESTAURAÇÃO DA Casa da Memória - Etapa 01, conforme convenio de caixa Contrato de Repasse OGU MTUR 872043/2018 - Operação 1039032-33	439.642,94	439.598,97	52.531,99	52.531,99	
<input type="checkbox"/>	2- Tomada de Preços		TP6/2019	23/07/2019	26/07/2019	TOMADA DE PREÇOS PARA MELHORIAS NA CRECHE TIA HILDA. INFORMAÇÕES CONSTANTES CONFORME MEMORIAL DESCRITIVO QUE INTEGRA O PRESENTE EDITAL.	18.130,38	17.987,28	17.987,28	17.987,28	
<input type="checkbox"/>	2- Tomada de Preços		TP9/2019	16/09/2019	16/09/2019	TOMADA DE PREÇOS PARA MÃO DE OBRA PARA CONSTRUÇÃO DA CANCHA DE BOCHA PARA OS IDOSOS, CONFORME REQUISITOS DA ENERCAN. INFORMAÇÕES CONSTANTES CONFORME MEMORIAL DESCRITIVO QUE INTEGRA O PRESENTE EDITAL.	31.000,00	3.000,00	3.000,00	3.000,00	
<input type="checkbox"/>	2- Tomada de Preços		TP8/2019	17/09/2019	09/10/2019	TOMADA DE PREÇOS PARA RESTAURAÇÃO DA Casa da Memória - Etapa 02. INFORMAÇÕES CONSTANTES CONFORME MEMORIAL DESCRITIVO QUE INTEGRA O PRESENTE EDITAL.	298.555,23				
<input type="checkbox"/>	2- Tomada de Preços		TP10/2019	07/10/2019	11/10/2019	TOMADA DE PREÇOS PARA CONSTRUÇÃO DE QUADRA ESPORTIVA COBERTA NA COMUNIDADE DE BOM JESUS DE ACORDO COM PROJETO E MEMORIAL DESCRITIVO.	268.311,55	268.311,55			
<input type="checkbox"/>	2- Tomada de Preços		TP12/2019	14/10/2019	17/10/2019	TOMADA DE PREÇOS PARA REFORMA NA COBERTURA DO CENTRO MUNICIPAL DE ENSINO LUIZ ZANCHETTI DE ABDON BATISTA. INFORMAÇÕES CONSTANTES CONFORME PROJETO E MEMORIAL DESCRITIVO.	102.458,23	105.958,73	105.958,73	105.958,73	
<input type="checkbox"/>	2- Tomada de Preços		TP11/2019	18/10/2019	24/10/2019	TOMADA DE PREÇOS PARA CONSTRUÇÃO DE PORTAS DE ACESSO AO MUNICÍPIO DE ABDON BATISTA. INFORMAÇÕES CONSTANTES CONFORME PROJETO E MEMORIAL DESCRITIVO.	227.482,28	227.482,28			
<input type="checkbox"/>	2- Tomada de Preços		TP13/2019	09/11/2019	11/11/2019	CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA COLETA SELETIVA DE MATERIAL RECICLAVEL NO PERÍMETRO URBANO DE ACORDO COM PROGRAMA DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO.	53.880,00	53.880,00	31.430,00	27.141,60	
<input type="checkbox"/>	6- Pregão Presencial		PR104/2018			REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAL HIDRAULICO PARA O PARQUE AQUATICO MUNICIPAL	61.392,40				
<input type="checkbox"/>	6- Pregão Presencial		PR7/2019			REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAL HIDRAULICO PARA O PARQUE AQUATICO MUNICIPAL	88.253,40				

Passo 6: Ao clicar no valor da licitação, abre-se nova janela com detalhes do certame (tipo e modalidade de licitação, empresa vencedora, empresas que apresentaram cotação, número do edital etc.)

UNIDADE GESTORA: PRAEFETURA MUNICIPAL DE ABDON BATISTA							
Unidade Gestora	Prefeitura Municipal de Abdon Batista						
Competência	01/2019 a 06/2019						
Nro. Licitação	TP1/2019						
Edital	TP1/2019						
Tipo Licitação	Menor Preço						
Modalidade	Tomada de Preços						
Limite de Propostas							
Responsável Jurídico							
Aprovação da Assessoria Jurídica							
Tipo de Objeto	Obras e Serviços de Engenharia						
Descrição do Objeto	CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA COLETA, TRANSPORTE, RECICLAGEM, INDUSTRIALIZAÇÃO E DESTINO FINAL DO LIXO DOMICILIAR URBANO DA CIDADE DE ABDON BATISTA.						
Total Previsto	150.000,00						
Data Abertura	01/03/2019						
Data Finaliza de Custos							
Data Pesquisa							
Orgão Referência Preço							
Homologação	08/03/2019						
Garantia							
CNPJ Prestador							
Tipo de Cotação	Preço Global						
Nro. Edital	TP1/2019						
Valor Cotado (R\$)	148.890,00						
Vencedores de um item licitatório							
Nr. Item	Item	Vencedor	Valor (R\$)				
1	COLETA DE LIXO	VT ENGENHARIA E CONSTRUCOES LTDA	148.890,00				
Total Valor (R\$): 148.890,00							
Total de Registros: 1							
Empenhos da licitação							
Não foram encontrados registros !							
Cotações apresentadas							
Nr. Item	Item da Licitação	Ordem de Classificação	CIC do Participante	Participante	Qtde. Item Cotado	Valor Total Item Cotado	Vencedor
1	COLETA DE LIXO	1	76.323.633/0001-00	VT ENGENHARIA E CONSTRUCOES LTDA	10.0000	148.890,00	Sim
1	COLETA DE LIXO	2	03.994.425/0001-12	RECICTEIA UNIVERSO AMBIENTAL LTDA ME	10.0000	149.350,00	Não
Total de Registros: 2							

Passo 7: Clicando no número do edital, tem-se acesso a documentos como edital e atas de habilitação e análise de propostas

UNIDADE GESTORA: PRAEFETURA MUNICIPAL DE ABDON BATISTA				
Unidade Gestora	Prefeitura Municipal de Abdon Batista			
Competência	01/2019 a 06/2019			
Nro. Legislação	TP1/2019			
Elemento	CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA COLETA, TRANSPORTE, RECICLAGEM, INDUSTRIALIZAÇÃO E DESTINO FINAL DO LIXO DOMICILIAR URBANO DA CIDADE DE ABDON BATISTA.			
Lei Original	Sim			
Nro. Lei autorizativa				
Lei Autorizativa				
Tipo de Texto Jurídico	Edital			
Tipo de Natureza	Edital de Licitação, Ato de Dispensa ou Inexigibilidade de Licitação			
Arquivos Textos				
Arquivo	008_Justificativa_TP_1_2019.txt 008_Justificativa_Pregao_TP_1_2019.txt 008-TP_1_2019.txt			
Total de Registros: 3				
Publicidade				
Sequencial	Data Publicação	Veículo de Comunicação	Reabertura de Prazo	Tipo de Meio de Comunicação
1	13/02/2019	DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO	Não	Diário Oficial do Estado
2	14/02/2019	JORNAL CORREIO DOS LAGOS	Não	Jornal de Circulação Regional
3	14/02/2019	SITE DA PREFEITURA	Não	Internet
4	14/02/2019	MURAL PUBLICO	Não	Mural Público
5	14/02/2019	DIÁRIO OFICIAL DOS MUNICÍPIOS	Não	Diário Oficial dos Municípios
Total de Registros: 5				

Obs: o acesso aos dados do sistema e-Sfinge, tanto em relação a empenhos quanto a licitações, pode ser realizado pelo Portal do Promotor.

Portais de Transparência dos Órgãos Públicos Municipais e Estaduais: consulta aos portais de transparência em busca de procedimentos licitatórios realizados por estes órgãos, para subsidiar a pesquisa de preço de itens similares aos analisados.

Portal de Compras do Governo Federal (ComprasNet): consulta ao portal de compras em busca de procedimentos licitatórios realizados por diversos órgãos, para subsidiar a pesquisa de preço de itens similares aos analisados.

O acesso deve ser realizado por meio de site próprio, conforme os seguintes passos:

Passo 1: Acesse o site <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/> e clique em “Consultas”

The screenshot shows the homepage of the Portal de Compras do Governo Federal. The main navigation menu includes 'Institucional', 'Gestor Público', 'Fornecedores', and 'Transparência'. Under the 'Gestor Público' category, the 'Consultas' link is highlighted with a red circle and a red arrow pointing to it from the left. Other links in the 'Gestor Público' column include 'Cadernos de Logística', 'Pregão Eletrônico', and 'Orientações e Procedimentos'. The 'Fornecedores' column includes 'Cadastro', 'Pregão Eletrônico', 'Comprasnet Mobile', and 'Micro e pequenas empresas'. The 'Transparência' column includes 'Dados Abertos', 'Painel de Compras de Governo', 'Painel de Preços', and 'Licitações do dia'. Each column has a 'Saiba mais' link at the bottom.

Passo 2: Seleccione o item “Atas”

Ir para o conteúdo Ir para o menu Ir para a busca Ir para o rodapé ACESSIBILIDADE ALTO CONTRASTE MAPA DO SITE

Portal de Compras

GOVERNO FEDERAL

Buscar no portal

Perguntas frequentes Posso ajudar?

BOAS-VINDAS INSTITUCIONAL GESTOR PÚBLICO FORNECEDORES TRANSPARÊNCIA

PÁGINA INICIAL > CONSULTAS

Consultas

Consultas a links que auxiliam gestores de contratações a sanar dúvidas e visa melhoria das práticas.

Compras Governamentais

- Atas
- Catálogo de Materiais e Serviços (CATMAT/CATSER) NOVO
 - Relação CATMAT e CATSER - Planilha (atualizada em junho/2020)
- Certidão Negativa
- Contratos
- Cotação Eletrônica
- Gestão de Ata de Registro de Preço/SRP
- Intenção de Registro de Preço - IRP
- Licitações
- Pesquisa Textual - Editais
- Pregões
- Regime Diferenciado de Contratações - RDC
- Sessão Pública
- Unidades Administrativas de Serviços Gerais

Fornecedor

Passo 3: Em seguida, seleccione “Atas de registro de Preço por Material/Serviço”

Ir para o conteúdo Ir para o menu Ir para a busca Ir para o rodapé ACESSIBILIDADE ALTO CONTRASTE MAPA DO SITE

Portal de Compras

GOVERNO FEDERAL

Buscar no portal

Perguntas frequentes Posso ajudar?

BOAS-VINDAS INSTITUCIONAL GESTOR PÚBLICO FORNECEDORES TRANSPARÊNCIA

PÁGINA INICIAL > CONSULTAS > INSTITUCIONAL > ATA

Ata

- Atas de Pregão
- Atas de Registro de Preço por Material/Serviço

Passo 4: Indique a data próxima à da licitação investigada, o produto similar e selecione a unidade da Federação. Em seguida, clique em “Consultar”

Passo 5: Verifique os resultados

ÓRGÃO GERENCIADOR	UASG GERENCIADORA	LICITAÇÃO	PERÍODO DE VIGÊNCIA
52121 - COMANDO DO EXERCITO	160517 - 3 COMPANHIA DO 63 BATALHAO DE INFANTARIA	Pregão 00003/2018	27/07/2018 27/07/2019

Passo 6: Em seguida, verifique os preços

Material	Item	QTD	PREÇO UNIT.	VALOR TOTAL
000005240 - TOALHA DE PAPEL, NOME TOALHA PAPEL - MAO	00009	500	6,8200	3,410,00

A Nota Técnica de Contabilidade n. 001/2019 do MPRN recomenda a utilização de, no mínimo, três pesquisas de preços para cada item analisado. Após a realização da pesquisa de preços, nos casos em que as licitações pesquisadas se referem a fatos ocorridos em datas anteriores ou posteriores à assinatura do contrato se faz necessário o ajuste dos valores obtidos. Esse ajuste é realizado utilizando a **CALCULADORA DO CIDADÃO** no seguinte link:

<https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADA0/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?met hod=exibirFormCorrecaoValores>

A data inicial e a data final devem ser preenchidas de acordo com o mês e ano do contrato em análise e com a data encontrada no procedimento licitatório na pesquisa realizada. Em seguida, deve-se digitar qualquer valor na opção "Valor a Ser Corrigido" e, em seguida, clicar na opção "Corrigir Valor".

Passo 1: Selecione o índice IPCA - IBGE


The screenshot shows the 'Correção de valores' form with the 'Índices de preços' tab selected. A dropdown menu is open, showing 'IPCA (IBGE) - a partir de 01/1980' as the selected option. A red arrow points to this dropdown. Below the dropdown, there are input fields for '* Data inicial (MM/AAAA)', '* Data final (MM/AAAA)', and 'Valor a ser corrigido'. The 'Corrigir valor' button is visible at the bottom.

Passo 2: Indique o preço e a data encontrados na pesquisa realizada

The screenshot shows the 'Correção de valores' form with the 'Índices de preços' tab selected. A red error message at the top reads: '• Índice não disponível para agosto/2020. Altere o período solicitado. •'. The dropdown menu is open, showing 'IPCA (IBGE) - a partir de 01/1980'. The '* Data inicial (MM/AAAA)' field is filled with '07/2019' and the '* Data final (MM/AAAA)' field is filled with '08/2020'. The 'Valor a ser corrigido' field is filled with '5,82'. A red arrow points to the date fields. The 'Corrigir valor' button is visible at the bottom.

Passo 3: Clique em corrigir para obter o preço atual estimado do produto pesquisado

Resultado da Correção pelo IPCA (IBGE)	
Dados básicos da correção pelo IPCA (IBGE)	
Dados informados	
Data inicial	07/2019
Data final	07/2020
Valor nominal	R\$ 6,82 (REAL)
Dados calculados	
Índice de correção no período	1,02499830
Valor percentual correspondente	2,499830 %
Valor corrigido na data final	R\$ 6,99 (REAL)



O índice de correção no período será utilizado para ajustar (deflacionar ou inflacionar) o valor de mercado obtido nas pesquisas, deixando esses valores próximos aos valores praticados na época da execução do contrato objeto de análise.

Posteriormente, calcula-se a média⁹⁵ destes valores de mercado obtido e já ajustados, tendo como objetivo utilizar esta média como parâmetro de comparação com os valores licitados à época, apresentando em seguida as possíveis diferenças entre esses valores.

2.4 Cartéis e conluios em licitações

2.4.1 Introdução

Existe cartel quando agentes econômicos atuam de maneira coordenada com o objetivo de incrementar o seu poder de mercado, não importando se essa coordenação é realizada a partir de um acordo explícito entre as partes ou se resulta de uma interação implícita. O combate aos cartéis funda-se na ideia de que é de interesse da sociedade promover a concorrência e desestimular a adoção de práticas anticoncorrenciais.

⁹⁵ Também são possíveis, a depender do caso, a mediana ou a “média saneada”, conforme o caso.

Os esquemas de conluio ou cartel em licitações frequentemente incluem mecanismos de partilha e distribuição entre os conspiradores dos lucros adicionais obtidos através da contratação por preço final mais elevado. Por exemplo, os concorrentes que combinam não apresentarem propostas ou apresentarem propostas para perder podem ser subcontratados ou obter contratos de fornecimento do concorrente cuja proposta foi adjudicada, de forma a dividir com este os lucros obtidos através da proposta com o preço mais elevado, alcançados de forma ilegal.

A Lei n. 12.529/2011 prevê expressamente, como exemplo de ilícito concorrencial, o conluio entre licitantes para restringir a disputa em licitações públicas, nos seguintes termos:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

Essa prática é conhecida como “conluio”, “cartel”, “concertação”, “combinação” de licitantes e tem por objetivo restringir ou eliminar a rivalidade entre participantes potenciais ou efetivos, a fim de aumentar o preço pelo qual a Administração contratará determinado bem ou serviço, ampliando o lucro dos conspiradores. Cartéis são particularmente comuns em licitações, prejudicando os esforços do Poder Público em utilizar adequadamente os recursos em benefício da sociedade.

As conspirações entre licitantes podem assumir diversas formas, sendo que qualquer delas impede os esforços da Administração Pública de obter produtos e

serviços pelo preço de mercado. Frequentemente, os concorrentes definem quem vai apresentar a proposta para ser adjudicada através de um processo licitatório. Um objetivo comum numa conspiração de concertação de propostas é o aumento do valor da proposta vencedora e, conseqüentemente, do lucro dos proponentes escolhidos.

De acordo com documento elaborado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as estratégias mais comuns empregadas para lesar o patrimônio público foram catalogadas da seguinte forma:

Propostas Fictícias ou de Cobertura. As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas, ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Ocorre quando indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: (1) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, (2) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes.

Supressão de propostas. Os esquemas de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceita. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresenta uma proposta para apreciação final.

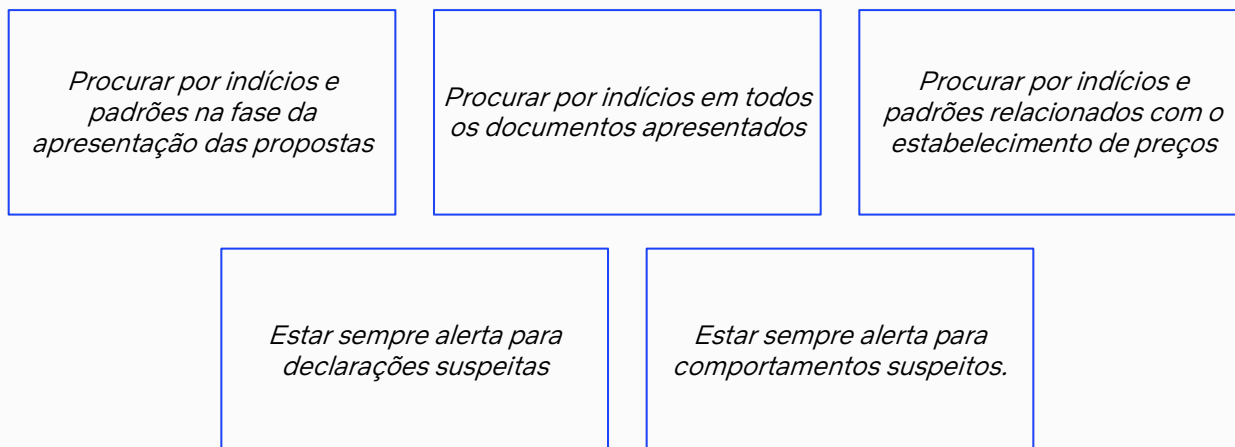
Propostas Rotativas ou Rodízio. Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). A forma como os acordos de propostas rotativas são implementados pode variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondam ao seu respectivo tamanho.

Divisão do Mercado. Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel.

(OCDE, Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas, disponível em:

<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>)

O mesmo documento traz relação de aspectos a serem considerados quando da realização de uma contratação pública a fim de minimizar ou eliminar o conluio entre os participantes, são eles:



Sobre o tema, o TCU já decidiu que a investigação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) não interfere no andamento do processo junto ao órgão de controle:

A combinação entre empresas com o objetivo de obter vantagens indevidas em licitações por meio de supressão da livre concorrência e de elevação artificial de preços constitui, simultaneamente, infração à ordem econômica sujeita à competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade (art. 36, § 3º, inciso I, alínea d, da Lei 12.529/2011) e ilícito administrativo-financeiro sujeito à competência do TCU, na sua função de apreciar a regularidade da aplicação de recursos federais (art. 70 da Constituição Federal).
(TCU, Acórdão 2914/2019-Plenário, 04/12/2019)

2.4.2 Cálculo do sobrepreço em cartéis

O TCU já registrou que o cálculo do dano ao patrimônio público no caso da atuação de cartéis consiste na diferença entre o preço praticado no ambiente cartelizado e o preço que seria praticado em ambiente competitivo:

Quando caracterizada a atuação de *cartel* em processos de contratação pública, o prejuízo causado à Administração pode ser avaliado pela diferença entre o preço praticado no ambiente cartelizado e o preço que seria praticado em ambiente competitivo, estimada mediante utilização de técnicas de econometria e de análise de regressão consagradas internacionalmente.
(TCU, Acórdão 2619/2019-Plenário, 30/10/2019)

A sofisticação dos métodos utilizados pelos cartéis para ludibriar consumidores e autoridades públicas, bem como a dificuldade em se calcular o “preço de mercado” para o produto ou serviço ofertado representam barreiras a serem ultrapassadas no processo de investigação dessa prática nefasta.

Dentre as técnicas identificadas pela doutrina para o cálculo do “preço de mercado” e, por conseguinte, do sobrepreço, com base no qual seria calculado o dano a ser reparado, o “Cálculo de Danos em Cartéis: guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos”,⁹⁶ elaborado pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) do Ministério da Fazenda (MF), destaca algumas técnicas, a seguir apresentadas.

Não se presume que, com a leitura desse material, o Promotor de Justiça possa calcular sozinho o sobrepreço em situações complexas de cartel, mas apenas realizar uma apresentação simplificada das diversas possibilidades de raciocínio para obtenção do “preço de mercado” (e, em consequência, do sobrepreço), que podem orientar apurações ou ser aplicadas também para outras situações de dano ao erário.

a) Mensuração do custo de produção⁹⁷

Uma maneira de quantificar os prejuízos associados à atuação de um cartel é o uso de métodos baseados na mensuração do custo de produção. Em termos gerais, esses métodos consistem em obter estimativas do preço contrafactual (ou seja, o “preço de mercado”) a partir de informações sobre o custo de produção associado ao produto ofertado pelos participantes do cartel. Especificamente, o preço contrafactual é determinado como o valor estimado para o custo de produção, na ausência de condutas anticoncorrenciais, acrescentado de uma estimativa de margem de lucro esperada.

⁹⁶ SEPRAC, **Cálculo de danos em cartéis**. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis/@@download/file/Manual%20Advocacia%20da%20concorr%C3%Aancia_maior%20de%202018-compressed.pdf Acesso em: 21/02/2020.

⁹⁷ SEPRAC, **Cálculo de danos em cartéis**, p. 70.

O uso desse método apresenta duas dificuldades. A primeira é a adequada quantificação do custo de produção. Custos contábeis de produção fazem parte do balanço de qualquer pessoa jurídica. Em diversas situações, entretanto, essas informações são consideradas confidenciais. Mesmo para os casos em que é possível obter informações contábeis de custo, é necessário utilizar essas informações com critério. A estimação do sobrepreço deve estar baseada em uma medida de custo econômico. A aferição do custo econômico associado a um processo produtivo considera não apenas custos monetários, ou contábeis: essa aferição deve levar em conta a existência de custos de oportunidade.

A segunda dificuldade associada a métodos desse tipo está na adequada quantificação da margem a ser considerada em cada caso. Em diversos casos não é razoável supor que, na ausência de condutas anticoncorrenciais, prevaleceriam preços equivalentes ao custo de produção. Existem uma série de fatores – estrutura de mercado, disponibilidade de substitutos próximos, diferenciação entre produtos – que afastam preços de mercado dos custos de produção. O cômputo dessa diferença entre preço e custo, a denominada margem (de lucro), apresenta uma série de desafios. Uma alternativa é avaliar as características de cada caso e determinar de que forma essas características se relacionam – de acordo com a teoria econômica - com a margem esperada. Uma outra alternativa consiste em utilizar estimativas de margem obtidas a partir de mercados comparáveis e que não apresentam indícios de conduta anticoncorrencial.

b) Comparação de preços ao longo do tempo⁹⁸

A principal vantagem associada ao uso de métodos que permitam comparações ao longo do tempo reside no fato de que, em uma análise intertemporal, estamos comparando a conduta de um agente econômico com seu próprio comportamento, passado ou futuro. Entretanto, o uso de comparações simples de preços praticados ao longo do tempo apresenta algumas limitações. Em particular,

⁹⁸ SEPRAC, *Cálculo de danos em carteis*, p. 62.

métodos desse tipo desconsideram o fato de que uma série de fatores externos – como, por exemplo, variações de demanda, custos de produção, conduta de concorrentes – influenciam os preços que serão praticados em um mercado específico. Assim, em um cenário em que o período de duração do cartel coincide com uma movimentação específica de fatores externos que influenciam preço, estimativas de preço contrafactual que desconsiderem essa movimentação podem se mostrar inadequadas. Essa limitação, entretanto, não é particularmente impeditiva. O uso de ferramentas econométricas básicas possibilita controlar a presença de tais fatores externos sem acrescentar complexidade excessiva à análise.

O uso de métodos de comparações ao longo do tempo está restrito às situações em que se conhece o momento exato de funcionamento do cartel e a identidade de seus participantes. Nem sempre é claro em que momento no tempo o cartel iniciou suas atividades. Já o período de encerramento das atividades de um cartel, em geral, coincide com o momento de abertura de processo administrativo apresentado pela autoridade concorrencial. Entretanto, mesmo nesse caso, é necessário estar atento a alguns detalhes. É possível que transcorra algum tempo entre o encerramento das atividades de um cartel e a regularização dos preços vigentes de acordo com a lógica coerente com as características do setor em questão e do mercado.

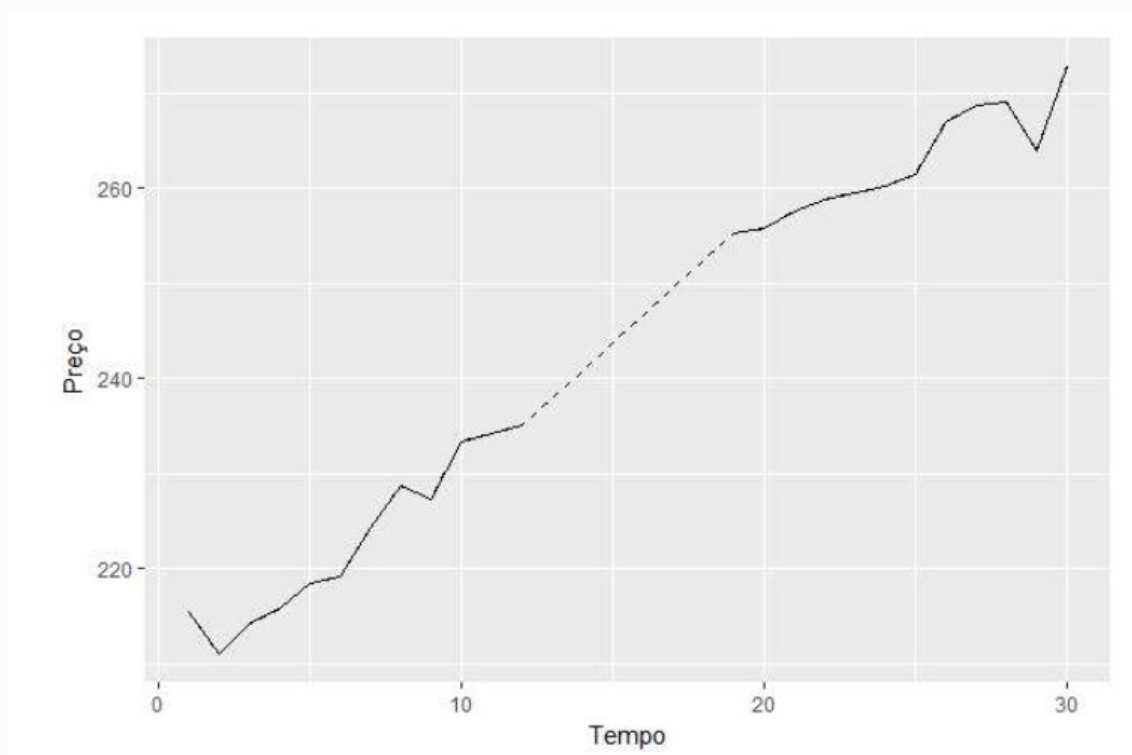
A regularização dos preços pode ser atrasada pela existência de contratos de médio e longo prazo, ou por uma guerra de preços. É possível, ainda, que o encerramento do cartel induza um comportamento estratégico dos seus membros no momento de definir preços. Em um cenário em que os participantes de cartel acreditam que as indenizações a serem pagas como resultado do acordo serão definidas por meio de abordagens que considerem preços praticados imediatamente após seu encerramento, há um incentivo pela manutenção de preços artificialmente elevados por um período após a dissolução do cartel.

c) Interpolação linear⁹⁹

⁹⁹ SEPRAC, **Cálculo de danos em cartéis**, p. 58.

Considere-se, inicialmente, uma situação em que estão disponíveis informações sobre os preços praticados antes da formação do cartel, durante sua atuação e depois de sua dissolução. Nesse caso, é possível computar o sobrepreço resultante da atuação do cartel partindo da hipótese que o preço teria seguido uma tendência constante na ausência do cartel. Sob essa suposição, o preço contrafactual pode ser obtido a partir de um método chamado interpolação linear, que permite inferir o preço que prevaleceria a cada momento no tempo conectando o preço vigente antes da formação do cartel e o preço vigente após sua dissolução. O gráfico a seguir apresenta um exemplo dessa abordagem. O sobrepreço é dado pela diferença entre o preço observado, de fato, durante a período de atuação do cartel e o preço inferido para o cenário contrafactual.

Representa-se, neste gráfico, uma situação em que há indícios da atuação de cartel em determinado mercado apenas nos períodos entre $t=12$ e $t=19$. Para os demais períodos, não há atuação do cartel e os preços praticados são conhecidos. O preço contrafactual que seria observado na ausência do cartel é obtido a partir de uma aproximação linear que considera preços praticados antes de sua formação e após o encerramento de suas atividades. No gráfico a seguir, o preço contrafactual é representado pela linha pontilhada.



d) Extrapolação linear¹⁰⁰

Casos que permitem comparações do tipo “durante e depois”, ou “antes e durante” também podem ser avaliados a partir de análise gráfica. Partindo da hipótese de que, na ausência da atuação do cartel, preços seguiriam a tendência observada após a dissolução do acordo (ou antes de sua formação), é possível computar uma estimativa de preço contrafactual para cada período no tempo utilizando um método de extrapolação linear.

e) Preço médio¹⁰¹

Em diversos casos, não é possível apontar, com convicção, em qual o momento o cartel inicia as suas atividades. É bem comum, ainda, que dados relativos aos preços praticados antes da formação do cartel não estejam disponíveis. Nesses casos, é possível realizar uma comparação do tipo “durante e depois”. Com menor

¹⁰⁰ SEPRAC, **Cálculo de danos em cartéis**, p. 60.

¹⁰¹ SEPRAC, **Cálculo de danos em cartéis**, p. 59.

frequência, observamos casos em que podemos contar, apenas, com informações sobre os preços praticadas antes da formação do cartel e durante sua vigência. Nesses casos, é possível realizar uma análise do tipo “antes e durante”. É possível conduzir uma análise simples de situações em que é possível realizar comparações do tipo “durante e depois”, ou “antes e durante” partindo da forte suposição de que os preços que seriam observados em um cenário contrafactual equivalem aos preços observados após a dissolução do cartel, ou antes da sua formação.

Assim, pode-se supor que o preço no cenário contrafactual equivaleria ao preço médio observado após o encerramento das atividades do cartel ou antes de sua formação. Nesse caso, o sobrepreço é dado pela diferença entre esse valor e o preço de fato observado no período. O uso de outras estatísticas como a mediana - valor que separa a metade maior e a metade menor do conjunto de dados considerado - e a moda - valor que ocorre com maior frequência - pode ser considerado mais razoável a depender das características do caso em análise. A depender da disponibilidade de dados, é possível realizar testes estatísticos com o objetivo de avaliar se a diferença entre o preço contrafactual e o preço observado pode ser considerada estatisticamente significativa.

f) Método híbrido¹⁰²

Uma ferramenta utilizada com frequência na avaliação do sobrepreço resultante da atuação de um cartel é o chamado método de diferença-em-diferenças. O método de diferença-em-diferenças pode ser utilizado em situações em que: a) seja possível identificar grupos de tratamento e controle, no caso, mercados com e sem atuação de cartel; b) seja possível definir um momento em que se iniciem os efeitos do fenômeno econômico de interesse, isto é, o momento de início das operações do cartel; e c) haja disponibilidade de informações para períodos anteriores e posteriores ao início dos efeitos do fenômeno econômico de interesse.

¹⁰² SEPRAC, **Cálculo de danos em carteis**, p. 67.

A ideia geral em um método de diferença-em-diferenças é que, sob determinadas condições, o efeito de interesse pode ser identificado por meio de uma comparação ao longo do tempo entre afetados – grupo de tratamento – e não afetados – grupo de controle. Isto é, o método baseia-se na análise da tendência diferencial resultante de fenômeno econômico de interesse entre grupos de tratamento e controle.

Essa análise de tendência diferencial elimina as dificuldades associadas à existência de diferenças estruturais entre grupos de tratamento e controle. Especificamente, diferenças estruturais no nível de uma variável de interesse serão observadas antes e depois do momento em que se inicia o impacto do fenômeno econômico de interesse.

Uma análise da tendência diferencial permite isolar o efeito de interesse. Da mesma forma, a influência de variáveis não observadas sobre a variável de interesse ao longo do tempo pode ser incorporada à análise, desde que essa influência afete tanto o grupo de tratamento, quanto o grupo de controle.

3 OBRAS PÚBLICAS

3.1 Regime de execução

O regime de execução da obra também afeta o planejamento e os gastos com o contrato. Na hipótese de se adotar o regime de empreitada por preço global, na qual a execução da obra ou do serviço é contratada por preço total, certo, expressamente definido em planilha que discrimine as suas diversas etapas, com os respectivos valores, não se admite, como regra, o aditamento do contrato, salvo para contemplar interesse da contratante. Nesse regime, há maior ênfase na fiscalização da qualidade da obra.

Por outro lado, caso seja adotado regime de empreitada por preço unitário, caracterizado pela apresentação de orçamento com valores a serem cobrados em função de referenciais unitários, haverá maior fiscalização, já que a ênfase será na quantidade de cada material utilizado, cujos preços são conhecidos de antemão.

O próprio TCU reconhece expressamente essa distinção, conforme se depreende do seguinte julgado:

11. De acordo com a Lei 8.666/1993, utiliza-se a empreitada por preço global quando se contrata a execução da obra ou serviço por preço certo e total. Esse regime é indicado quando os quantitativos dos serviços a serem executados puderem ser definidos com precisão. Por isso, pressupõe uma definição minuciosa de todos os componentes da obra, de modo que seus custos possam ser estimados com uma margem mínima de incerteza.

[...]

15. Segundo a Lei de Licitações e Contratos, a empreitada por preço unitário consiste na contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas. É utilizada sempre que os quantitativos a serem executados não puderem ser definidos com grande precisão.

(TCU, Acórdão TCU 1977/2013-Plenário, 31/07/2013)

Cumprе ressaltar que, nas empreitadas por preço unitário (em que as empresas devem ser remuneradas pelos serviços efetivamente executados, recomendada para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários), os pagamentos por itens ou serviços em quantitativo superior ao previsto no projeto básico evidenciam deficiências do projeto de

engenharia, mas não configuram necessariamente prejuízo à Administração, uma vez que a caracterização de débito nessa modalidade de empreitada depende da verificação de pagamentos realizados por serviços não executados ou desnecessários¹⁰³. De forma sintética, tem-se:

¹⁰³ TCU, Acórdão 1607/2015-Plenário, 01/07/2015

EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO

VANTAGENS

- Pagamento apenas pelos serviços efetivamente executados;
- Apresenta menor risco para o construtor, na medida em que ele não assume risco quanto aos quantitativos de serviços (riscos geológicos do construtor são minimizados);
- A obra pode ser licitada com um projeto com grau de detalhamento inferior ao exigido para uma empreitada por preço global ou integral.

DESVANTAGENS

- Exige rigor nas medições dos serviços;
- Maior custo da Administração para acompanhamento da obra;
- Favorece o jogo de planilha;
- Necessidade frequente de aditivos, para inclusão de novos serviços ou alteração dos quantitativos dos serviços contratuais;
- O preço final do contrato é incerto, pois é baseado em estimativa de quantitativos que podem variar durante a execução da obra;
- Exige que as partes renegociem preços unitários quando ocorrem alterações relevantes dos quantitativos contratados;
- Não incentiva o cumprimento de prazos, pois o contratado recebe por tudo o que fez, mesmo atrasado.

INDICADA PARA

- Contratação de serviços de gerenciamento e supervisão de obras;
- Obras executadas "abaixo da terra" ou que apresentam incertezas intrínsecas nas estimativas de quantitativos, a exemplo de: execução de fundações, serviços de terraplanagem, desmontes de rocha, etc.; implantação, pavimentação, duplicação e restauração de rodovias; canais, barragens, adutoras, perímetros de irrigação, obras de saneamento; infraestrutura urbana; obras portuárias, dragagem e derrocamento; reforma de edificações; poço artesiano.

EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL

VANTAGENS

- Simplicidade nas medições (medições por etapa concluída);
- Menor custo para a Administração Pública na fiscalização da obra;
- Valor final do contrato é, em princípio, fixo;
- Restringe os pleitos do construtor e a assinatura de aditivos;
- Dificulta o jogo de planilha; e
- Incentiva o cumprimento de prazo, pois o contratado só recebe quando conclui uma etapa.

DESVANTAGENS

- Como o construtor assume os riscos associados aos quantitativos de serviços, o valor global da proposta tende a ser superior se comparado com o regime de preços unitários;
- Tendência de haver maior percentual de riscos e imprevistos no BDI do construtor; e
- A licitação e contratação exige projeto básico com elevado grau de detalhamento dos serviços (art. 47 da Lei 8.666/1993).

INDICADA PARA

- Contratação de estudos e projetos;
- Elaboração de pareceres e laudos técnicos;
- Obras e serviços executados "acima da terra" que apresentam boa precisão na estimativa de quantitativos, a exemplo de: construção de edificações; e linhas de transmissão.

Fonte: TCU, Acórdão TCU 1977/2013-Plenário, 31/07/2013.

3.2 Benefícios (ou Bonificações) e Despesas Indiretas (BDI)¹⁰⁴

Como já referido, um dos métodos utilizados para a prática de superfaturamento por preços excessivos é a elevação arbitrária da taxa de bonificação e despesas indiretas (BDI)¹⁰⁵.

Sobre a exigência do BDI especificado no orçamento de obras ou serviços de engenharia, consolidou o TCU:

Súmula TCU n. 258/2010

As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão 'verba' ou de unidades genéricas.

Custo Direto: O roteiro da orçamentação de uma obra passa por várias etapas, cada uma requerendo do engenheiro de custos um tipo de trabalho diferente. Primeiro faz-se a leitura atenta dos projetos e do edital. Depois parte-se para o levantamento do quantitativos e, enfim, à montagem de uma composição de custos para cada serviço identificado. Isso totaliza o custo direto da obra.

Custo Indireto: Feito isso, o orçamentista compõe o custo indireto da obra, que é o custo relativo à administração, manutenção e suporte das equipes de campo. No indireto encaixam-se, portanto, todos os itens que não foram computados nas composições de custo direto.

Ainda como parte da técnica de formação do preço, é necessário computar aquelas parcelas que não são necessariamente serviços, mas que inevitavelmente ocorrem e precisam estar provisionadas no orçamento (denominadas custos acessórios): a administração central (rateio do custo da sede entre as obras da construtora), o custo financeiro (recomposição do dinheiro pelo fato de a medição ser paga após a realização do serviço) e riscos/eventuais/imprevistos/contingências (provisão para eventos imprevisíveis ou de difícil quantificação precisa).

¹⁰⁴ A exposição deste tópico é baseada no curso "Detecção de fraudes em contratações da administração pública, enfoque em obras públicas", ministrado pelo Auditor Federal de Finanças e Controle da CGU Luiz Roberto de Melo Machado, realizado no MP/SC nos dias 4 e 5 de agosto de 2020.

¹⁰⁵ LOPES, Alan de Oliveira. Superfaturamento de Contratos Governamentais de Serviços de Engenharia. de Construção – Estudo de Caso da Operação Caixa-Preta – 2009. In: **Revista Brasileira de Ciências Policiais**. Brasília, v. 9, n. 2, p. 71-109, jul/dez 2018, p. 92-94.

Exemplo: uma obra hipotética composta de apenas 4 serviços, para os quais o construtor terá que apresentar preços e participar de uma licitação:

PLANILHA DE SERVIÇOS		
Serviço	Unidade	Quantidade
Escavação	m ³	10
Fôrma	m ²	70
Armação	kg	500
Concreto	m ³	5

O responsável técnico montou uma composição de custos para cada item e chegou ao custo direto total da obra:

CUSTO DIRETO				
Serviço	Unidade	Quantidade	Custo Unitário (R\$)	Custo Total (R\$)
Escavação	m ³	10	R\$ 10,00	R\$ 100,00
Fôrma	m ²	70	R\$ 20,00	R\$ 1.400,00
Armação	kg	500	R\$ 5,00	R\$ 2.500,00
Concreto	m ³	5	R\$ 200,00	R\$ 1.000,00
		TOTAL		R\$ 5.000,00

O montante de R\$ 5.000,00 não é ainda o preço de venda; é apenas o custo direto. Falta somar a ele o custo indireto, os custos acessórios (administração central, custo financeiro, riscos/eventuais), o lucro e os impostos. Suponha-se que estes outros itens tenham os seguintes valores:

Custo Indireto	R\$ 500,00
Administração Central	R\$ 50,00
Riscos e Eventuais	R\$ 50,00
Impostos	10% sobre o <u>faturamento</u>
Lucro (bonificação)	10% sobre o <u>faturamento</u>

Para chegar ao preço de venda, a conta é a seguinte:

$$PV = \frac{\text{Custo}}{1 - \text{incidências sobre o faturamento}} = \frac{5000 + 500 + 50 + 50}{1 - 0,10 - 0,10} = \frac{5600}{0,80} = \text{R\$7000}$$

A razão implícita nesta fórmula é que tudo aquilo que incide sobre o preço de venda deverá estar no denominador da fórmula, pois de outra forma a conta não “fecha”. Essa verificação pode ser realizada da seguinte forma:

Custo Direto	5.000
Custo Indireto	500
Administração Central	50
Riscos e Eventuais	50
Impostos	10% x 7.000 = 700
Lucro (bonificação)	10% x 7.000 = 700
Total	7.000
	<i>Fecha!</i>

Assim, se o interessado deseja participar da licitação com uma proposta de R\$ 7.000,00 e só há espaço para informar preço dos quatro serviços da obra, terá que diluir sobre o custo direto da obra todas as outras rubricas do orçamento. Em outras palavras, terá que distribuir na planilha o custo dos itens que não figuram explicitamente na planilha.

Como fazer isto? É simples: se o custo direto é de R\$ 5.000,00 e se quer chegar a um preço de venda de R\$ 7.000,00, deve-se aplicar um coeficiente majorador sobre os custos diretos. Esse coeficiente é:

$$\frac{7.000}{5.000} = 1,40$$

O fator 1,40 corresponde a um acréscimo de 40% sobre cada custo direto para se ter o preço unitário de venda de cada serviço. Ao referido percentual dá-se o nome de Bonificação (ou Benefícios) e Despesas Indiretas (BDI).

O Tribunal de Contas da União (TCU) propõe uma metodologia própria de cálculo do BDI no Acórdão 2.369/2011:

$$BDI = \left\{ \left[\frac{[(1 + (AC + R + S + G))(1 + DF)(1 + L)]}{1 - T} - 1 \right] \right\} \times 100$$

Onde:

AC = taxa representativa das despesas de rateio da administração central;

R = taxa representativa de riscos;

S = taxa representativa de seguros;

G = taxa representativa de garantias;

DF = taxa representativa das despesas financeiras;

L = taxa representativa do lucro/remuneração; e

T = taxa representativa da incidência de tributos.

O TCU é o único a incluir o lucro no numerador, ou seja, definido sobre custo e não sobre venda. As demais fontes usam um percentual de lucro aplicado sobre o valor do contrato (preço de venda).

A inclusão do fator “Lucro” no numerador da fórmula evita ganho financeiro em função da alteração do percentual de tributos. Os efeitos da alteração de tributos (no caso de lucro no denominador da fórmula do BDI) podem ser vistos na seguinte tabela exemplificativa:

Custo Direto da Obra (CD)	1.000.000,00			
	Situação com ISS original		Situação após aumento do ISS	
Rubrica	%	R\$	%	R\$
Administração Central (AC)	6% sobre CD	60.000,00	6% sobre CD	60.000,00
Riscos e Imprevistos (R)	1,5% sobre CD	15.000,00	1,5% sobre CD	15.000,00
Despesas Financeiras (DF)	1% sobre CD+AC+R	10.750,00	1% sobre CD+AC+R	10.750,00
Remuneração (% no denominador)	7% sobre PV	88.016,79	7% sobre PV	90.103,73

PIS	0,65% sobre PV	8.172,99	0,65% sobre PV	8.366,78
COFINS	3% sobre PV	37.721,48	3% sobre PV	38.615,89
ISS	3% sobre PV	37.721,48	5% sobre PV	64.359,81
Total do BDI	25,74% sobre CD	257.382,74	28,72 sobre CD	287.196,21
Preço de Venda (PV)		1.257.382,74		1.287.196,21

Conceito de BDI: O TCU, na Decisão 255/1999-Plenário, definiu o BDI “como um percentual aplicado sobre o custo para chegar ao preço de venda a ser apresentado ao cliente”.

$$PV = CD \times (1 + BDI/100)$$

PREÇO DE VENDA (PV)
CUSTOS DIRETOS (CD)
BDI (despesas indiretas, impostos e lucro)

BDI x Caracterização do Sobrepreço: A análise de preços deve se dar sempre mediante a comparação de preço contratado/orçado com o preço paradigma de mercado, da seguinte forma:

Preço contratado/orçado <= Preço de mercado ou

Custo contratado + BDI contratual <= Custo paradigma + BDI paradigma

A análise isolada de apenas um dos componentes do preço (custo direto ou BDI) não é suficiente para a caracterização de sobrepreço. Um BDI elevado pode ser compensado por um custo direto contratual abaixo do paradigma.

Contudo, deve-se tomar cuidado com os casos de aditivos incluindo novos serviços, cujos preços devem ser negociados entre as partes. A incidência de um BDI elevado pode tornar o preço dos novos serviços superiores aos de mercado, ocasionando um tipo peculiar de “jogo de planilha”.

Na análise de processos licitatórios, pode-se impugnar apenas o BDI, caso seja considerado injustificadamente elevado.

ISS (Imposto Sobre Serviços) – O art. 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 37/2002, fixou a alíquota mínima do ISS em 2% (dois por cento), ao passo que a alíquota máxima foi fixada em 5% (cinco por cento) pelo art. 8º, II, da LC n.º 116/2003. Os municípios gozam de autonomia para fixar as alíquotas do ISS, desde que respeitados esses limites.

Ainda existe muita controvérsia na questão da base de cálculo para aplicação da alíquota do ISS. A aplicação da alíquota de ISS não deveria incidir sobre o custo dos materiais, pois resulta na bitributação dos materiais pelo ICMS e, depois, pelo ISS. Porém, alguns municípios adotam o critério de calcular o ISS sobre o valor total da fatura.

Outro aspecto do ISS a ser observado é que o ISS é devido no local da execução da obra. Observa-se também que algumas obras são executadas simultaneamente em vários municípios, por exemplo, estradas, gasodutos, adutoras, linhas de transmissão e ferrovias. Nesses casos, a base de cálculo do tributo será proporcional, conforme o caso, à extensão da ferrovia, rodovia, dutos e condutos de qualquer natureza, cabos de qualquer natureza, ou ao número de postes, existentes em cada Município.

Esse problema da base de cálculo do ISS é representado pela tabela a seguir, de diversos Municípios brasileiros:

Localização	Legislação Municipal	Alíquota	Base de Cálculo
Nova Lima/MG	Lei Municipal 1.910/2005	3%	40% do valor da obra (caso não se comprove a quantidade de material utilizado - art. 9º, §1º)
Porto Velho/RO	Lei Complementar Municipal 369/2009	5%	40% do valor da obra (60% referem-se a materiais)

Distrito Federal	Decreto 25.508/2005 (alterado pelo Decreto 34.010/2012)	2%	Valor total (exceto os materiais produzidos pela construtora fora do local da obra)
Macapá/AP	Lei Complementar Municipal 22/2002	5%	Valor total da obra (entendimento da Secretaria Municipal de Finanças de Macapá/AP)

Nesse sentido, o TCU já decidiu:

9.3.2.3. adotar, na composição do BDI, percentual de ISS compatível com a legislação tributária do(s) município(s) onde serão prestados os serviços previstos da obra, observando a forma de definição da base de cálculo do tributo prevista na legislação municipal e, sobre esta, a respectiva alíquota do ISS, que será um percentual proporcional entre o limite máximo de 5% estabelecido no art. 8º, inciso II, da LC n. 116/2003 e o limite mínimo de 2% fixado pelo art. 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; (TCU, Acórdão 2.622/2013 – Plenário)

IRPJ E CSLL: O IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica – e a CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas – BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado.

Legislação sobre BDI: no âmbito federal, o Decreto 7.983/2013 define o mínimo que deve integrar a composição do BDI, conforme dispõe seu art. 9º:

Art. 9º O preço global de referência será o resultante do custo global de referência acrescido do valor correspondente ao BDI, que deverá evidenciar em sua composição, no mínimo:

- I - taxa de rateio da administração central;
- II- percentuais de tributos incidentes sobre o preço do serviço, excluídos aqueles de natureza direta e personalística que oneram o contratado;
- III- taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento;
- IV- taxa de lucro.

BDI Referencial: o TCU, no Acórdão 2.622/2013 – Plenário, estabeleceu as faixas de valores a serem praticadas no BDI, conforme o tipo de obra, o que auxilia na apuração de eventual excesso na indicação desse componente do orçamento:

VALORES DO BDI POR TIPO DE OBRAS - 1º QUARTIL, MÉDIO E 3º QUARTIL			
TIPOS DE OBRAS	1º QUARTIL	MÉDIO	3º QUARTIL
CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS	20.34%	22,12%	25.00%
CONSTRUÇÃO DE RODOVIAS E FERROVIAS	19.60%	20.97%	24.23%
CONSTRUÇÃO DE REDES DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA, COLETA DE ESGOTO E CONSTRUÇÕES CORRELATAS	20.76%	24.18%	26.44%
CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO DE REDES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA	24.00%	25.84%	27.86%
OBRAS PORTUÁRIAS, MARÍTIMAS E FLUVIAIS	22.80%	27.48%	30.95%
BDI DIFERENCIADO PARA MATERIAIS E EQUIPAMENTOS	11.10%	14.02%	16.80%

VALORES DE CADA COMPONENTE DO BDI									
TIPOS DE OBRA	ADMINISTRAÇÃO CENTRAL			SEGURO + GARANTIA			RISCO		
	1º Quartil	Médio	3º Quartil	1º Quartil	Médio	3º Quartil	1º Quartil	Médio	3º Quartil
CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS	3,00%	4,00%	5,50%	0,80%	0,80%	1,00%	0,97%	1,27%	1,27%
CONSTRUÇÃO DE RODOVIAS E FERROVIAS	3,80%	4,01%	4,67%	0,32%	0,40%	0,74%	0,50%	0,56%	0,97%
CONSTRUÇÃO DE REDES DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA, COLETA DE ESGOTO E CONSTRUÇÕES CORRELATAS	3,43%	4,93%	6,71%	0,28%	0,49%	0,75%	1,00%	1,39%	1,74%
CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO DE ESTAÇÕES E REDES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA	5,29%	5,92%	7,93%	0,25%	0,51%	0,56%	1,00%	1,48%	1,97%
OBRAS PORTUÁRIAS, MARÍTIMAS E FLUVIAIS	4,00%	5,52%	7,85%	0,81%	1,22%	1,99%	1,45%	2,32%	3,16%

TIPOS DE OBRA	DESPESA FINANCEIRA			LUCRO		
	1º Quartil	Médio	3º Quartil	1º Quartil	Médio	3º Quartil
CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS	0,59%	1,23%	1,39%	6,16%	7,40%	8,96%
CONSTRUÇÃO DE RODOVIAS E FERROVIAS	1,02%	1,11%	1,21%	6,64%	7,30%	8,69%

CONSTRUÇÃO DE REDES DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA, COLETA DE ESGOTO E CONSTRUÇÃO CORRELATAS	0,94%	0,99%	1,17%	6,74%	8,04%	9,40%
CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO DE ESTAÇÕES E REDES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA	1,01%	1,07%	1,11%	8,00%	8,31%	9,51%
OBRAS PORTUÁRIAS, MARÍTIMAS E FLUVIAIS	0,94%	1,02%	1,33%	7,14%	8,40%	10,43%

BDI “diferenciado”: representado pela Súmula TCU nº 253/2010, que assim dispõe: “Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os **itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica** que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens.”

Os valores de cada componente, neste caso, estão representados na seguinte tabela:

PARCELA DO BDI	BDI DIFERENCIADO		VALORES MÉDIOS E DOS QUARTOS	
	1º Quartil	Médio	3º Quartil	
ADMINISTRAÇÃO CENTRAL	1,50%	3,45%	4,49%	
SEGURO + GARANTIA	0,30%	0,48%	0,82%	
RISCO	0,56%	0,85%	0,89%	
DESPESA FINANCEIRA	0,85%	0,85%	1,11%	
LUCRO	3,50%	5,11%	6,22%	

3.3 Métodos de cálculo de sobrepreço em obras

3.3.1 Método de Limitação dos Preços Unitários Ajustado (MLPUA)

De acordo com o Acórdão 3.443/2012-Plenário do TCU, não existe método universal e padrão para cálculo de sobrepreço, mas, sim, uma metodologia adequada a depender da situação concreta, já que um método geral de quantificação não teria o condão de alcançar todas as possibilidades fáticas nem tampouco de corrigir todos os possíveis defeitos observados. Não obstante, a prática dos órgãos de controle tem gravitando em torno de dois métodos principais, a saber: 1) o método dos preços unitários ajustado (MLPUA); e 2) o método de limitação do preço global (MLPG).

O denominado “Método da Limitação dos Preços Unitários Ajustado” (MLPUA) pressupõe que nenhum preço unitário de bem ou serviço contemplado no contrato esteja acima do correspondente paradigma de mercado. Essa metodologia não leva em consideração possíveis subpreços apresentados para alguns itens, em detrimento do sobrepreço de outros, focando-se em cada item isoladamente. O método é dito ajustado porque incorpora, no cálculo do preço unitário de referência de novos itens (não previstos no contrato), os preços dos insumos adotados nos demais serviços da obra¹⁰⁶.

Em outras palavras, o MLPUA parte da premissa de que o preço unitário de nenhum serviço, contratado originalmente ou posteriormente acrescido, pode ser injustificadamente superior ao paradigma de mercado, não se admitindo nenhum tipo de compensação entre sobrepreços e subpreços unitários.

A jurisprudência do TCU registra que a utilização do MLPUA é mais adequado para cálculo de sobrepreço na análise de editais e antes da assinatura do contrato:

Para apuração de sobrepreço em obras públicas, aplica-se preferencialmente o método da limitação dos preços unitários ajustado (MLPUA) na análise de editais e o método da limitação do preço global (MLPG) no caso de obra já contratada.

(TCU, Acórdão 2510/2016-Plenário, 28/09/2016. No mesmo sentido: Acórdão 2957/2015-Plenário, 18/11/2015 e Acórdão 2307/2017-Plenário)

¹⁰⁶ Os preços unitários dos novos serviços (não previstos no contrato) devem ser o menor entre os seguintes preços: paradigma e o preço unitário composto a partir dos preços de insumos constantes nos demais serviços contratados (item 204 do Boletim n. 26 do TCU) (LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas**: artimanhas e conluios. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014, p. 123).

Para a avaliação de sobrepreço na fase de licitação é preferível a aplicação do 'Método da Limitação dos Preços Unitários Ajustado', que permite verificar os critérios de aceitabilidade de preços unitários e globais (art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993). Para contratos em andamento ou finalizados, é recomendável a aplicação do 'Método da Limitação do Preço Global', que admite a compensação entre sobrepreços e subpreços unitários durante a execução contratual, de forma a manter o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste. (TCU, Acórdão 2677/2015-Segunda Câmara, 19/05/2015)

O Método de Limitação dos Preços Unitários Ajustado (MLPUA) deve ser utilizado para a quantificação de sobrepreço na fase licitatória, tendo em vista que os preços unitários só devem superar os referenciais de mercado em condições especiais, devidamente justificadas em relatório técnico circunstanciado aprovado pela autoridade competente (TCU, Acórdão 2731/2015-Plenário, 28/10/2015)

Esse é também o entendimento do IBRAOP ao dispor:

O método de limitação de preços unitários aplica-se em análises de sobrepreço original, nas fases anteriores à celebração de contratos, não admitindo compensações entre serviços com preços inferiores aos preços paradigmas com sobrepreços unitários verificados em outros serviços.¹⁰⁷

A análise de preços deve ser realizada sempre mediante a comparação de preço contratado/orçado com algum preço paradigma de mercado, da seguinte forma:¹⁰⁸

$$\begin{aligned} & \textit{Preço}_{\textit{contratado/orçado}} \leq \textit{Preço}_{\textit{de mercado}} \\ & \text{Ou} \\ & \textit{Custo}_{\textit{contratado/orçado}} + \textit{BDI}_{\textit{contratual/orçado}} \leq \textit{Custo}_{\textit{paradigma}} + \textit{BDI}_{\textit{paradigma}} \end{aligned}$$

Confira-se o seguinte exemplo ilustrativo de cálculo de sobrepreço/superfaturamento por preços excessivos com o método de limitação dos preços unitários¹⁰⁹:

¹⁰⁷ OT – IBR 005/2012

¹⁰⁸ OT – IBR 005/2012

¹⁰⁹ OT – IBR 005/2012, Anexo II.

Quadro 1 - Exemplo hipotético do método de limitação dos preços unitários.

Item	Quant. Inicial	Planilha Contratual		Orçamento Paradigma		Sobrepçoço (R\$)
		Preço Unit. (R\$)	Preço Total (R\$)	Preço Unit. (R\$)	Preço Total (R\$)	
1	500	30,00	15.000,00	20,00	10.000,00	5.000,00
2	400	40,00	16.000,00	30,00	12.000,00	4.000,00
3	300	50,00	15.000,00	55,00	16.500,00	-
4	200	10,00	2.000,00	20,00	4.000,00	-
5	100	20,00	2.000,00	20,00	2.000,00	-
Total			50.000,00		44.500,00	9.000,00
Sobrepçoço						20,22%

Note-se que, conforme já mencionado, foram considerados apenas os itens com sobrepçoço, sem compensação com os itens com subpreçoço.

Deve-se ressaltar ainda que, no caso de contratos já celebrados e em execução, mas com aditivos contratuais, a análise do custo dos itens objeto do aditivo, para fins de apuração de superfaturamento, também deve ser realizada de forma unitária, com a posterior aplicação do método do desconto, conforme se verá.

Nesse sentido:

Para serviços incluídos mediante termo de aditamento contratual, a avaliação de superfaturamento é mais indicada pelo método da limitação dos preços unitários (MLPU), que considera apenas os serviços com preço unitário acima do referencial, sem compensação com itens subavaliados.
(TCU, Acórdão 1727/2018-Primeira Câmara, 06/03/2018)

3.3.2 Método de Limitação do Preço Global (MLPG)

Já o “Método de Limitação do Preço Global” admite a compensação entre subpreços e sobrepçoços unitários durante a execução contratual, tomando por base, para fins de comparação, a soma global de todos os itens constantes na proposta apresentada pelo licitante e a soma de todos os valores unitários de referência¹¹⁰.

¹¹⁰ TCU, Acórdão 2307/2017 - Plenário, 11/10/2017.

Aplica-se em análises de sobrepreço original nas fases posteriores à celebração de contratos e em análises de sobrepreço final quando existia sobrepreço original (mas sem termos aditivos). No método de limitação do preço global deve haver a compensação entre os valores medidos ou pagos que se encontram inferiores ao valor paradigma.

A jurisprudência do TCU esclarece a aplicação do MLPG, bem como ressalva que não deve ser aplicado em casos de termos aditivos:

Para a apuração de sobrepreço em obras já contratadas, o método adequado é o da limitação do preço global (MLPG), que prevê a compensação entre os preços superavaliados e os subavaliados, só havendo sobrepreço ou superfaturamento se a soma dos valores superavaliados superar os subavaliados, imputando-se o sobrepreço pela diferença global. Para serviços incluídos mediante termo de aditamento contratual, a avaliação de superfaturamento é mais indicada pelo método da limitação dos preços unitários (MLPU), que considera apenas os serviços com preço unitário acima do referencial, sem compensação com itens subavaliados. (TCU, Acórdão 1727/2018-Primeira Câmara, 06/03/2018)

O sobrepreço é desqualificado quando a metodologia de cálculo utiliza apenas um conjunto parcial de itens da obra e computa somente os serviços cujos preços são superiores aos do Sinapi, acrescidos de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI), desconsiderando-se os itens que possuem preços inferiores àquele sistema referencial. (TCU, Acórdão 335/2013-Plenário, 27/02/2013)

Pelo critério legal, adotado nas recentes leis de diretrizes orçamentárias (LDO)¹¹¹, o sobrepreço só resta configurado se o contrato for celebrado com preço global superior ao preço indicado nos sistemas oficiais de custos. Desse modo, para conclusão pela ocorrência de sobrepreço, não basta a comparação com outra obra semelhante, licitada e executada contemporaneamente. (TCU, Acórdão 152/2013-Plenário, 06/02/2013)

Estando o preço global no limite aceitável, dado pelo orçamento da licitação, os sobrepreços existentes, devido à falta de critérios de aceitabilidade de preços unitários, apenas causam prejuízos quando se acrescentam quantitativos aos itens de serviço correspondentes. (TCU, Acórdão 1925/2010-Plenário, 04/08/2010)

Os sobrepreços unitários de serviços, quando não avaliados em conjunto com outros itens da planilha orçamentária, não são suficientes para caracterizar, por si só, eventual sobrepreço ou superfaturamento do empreendimento. Quando

¹¹¹ Por exemplo, o art. 125 da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2012 (Lei 12.465, 12/8/2011): § 6º No caso de adoção do regime de empreitada por preço global, previsto no art. 6º, inciso VIII, alínea 'a', da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, devem ser observadas as seguintes disposições: I - na formação do preço que constará das propostas dos licitantes poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles fixados no caput deste artigo, desde que o preço global orçado e o de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato, observado o § 7º desse artigo, fique igual ou abaixo do valor calculado a partir do sistema de referência utilizado, assegurado ao controle interno e externo o acesso irrestrito a essas informações para fins de verificação da observância deste inciso.

não houver sobrepreço global, mas apenas unitário, o contrato é vantajoso para a Administração se as alterações contratuais posteriores não reduzirem o desconto global obtido originalmente, configurando o jogo de planilha. (TCU, Acórdão 1302/2015-Plenário, 27/05/2015)

Confira-se o seguinte exemplo ilustrativo de cálculo de sobrepreço/superfaturamento por preços excessivos com o método de limitação do preço global¹¹²:

Quadro 2 – Exemplo hipotético do método de limitação do preço global.

Item	Quant. Inicial	Planilha Contratual		Orçamento Paradigma		Sobrepreço (R\$)
		Preço Unit. (R\$)	Preço Total (R\$)	Preço Unit. (R\$)	Preço Total (R\$)	
1	500	30,00	15.000,00	20,00	10.000,00	5.000,00
2	400	40,00	16.000,00	30,00	12.000,00	4.000,00
3	300	50,00	15.000,00	55,00	16.500,00	(1.500,00)
4	200	10,00	2.000,00	20,00	4.000,00	(2.000,00)
5	100	20,00	2.000,00	20,00	2.000,00	-
Total			50.000,00		44.500,00	5.500,00
Sobrepreço						12,36%

Cumprir reforçar que, ainda que, por esse método, preços unitários acima dos referenciais de mercado, por si só, não configurem sobrepreço, deve-se ter cautela com sua existência, a fim de que sejam evitados “jogos de planilha” ou “jogos de cronograma”:

A existência na planilha contratual de serviços específicos com preços unitários acima dos referenciais de mercado, ainda que não caracterize sobrepreço global, deve ser evitada, principalmente se concentrados na parcela de maior materialidade da obra, pois traz risco de dano ao erário no caso de celebração de aditivos que aumentem quantitativos dos serviços majorados (jogo de planilha) ou diante da inexecução de serviços com descontos significativos nos preços, depois de executados aqueles com preços unitários superiores aos de mercado (jogo de cronograma).

(TCU, Acórdão 2307/2017-Plenário, 11/10/2017)

¹¹² OT – IBR 005/2012, Anexo II.

Os sobrepreços unitários de serviços, quando não avaliados em conjunto com outros itens da planilha orçamentária, não são suficientes para caracterizar, por si só, eventual sobrepreço ou superfaturamento do empreendimento. Quando não houver sobrepreço global, mas apenas unitário, o contrato é vantajoso para a Administração se as alterações contratuais posteriores não reduzirem o desconto global obtido originalmente, configurando o jogo de planilha. (TCU, Acórdão 1302/2015-Plenário, 27/05/2015)

Deve-se ressaltar ainda que o sobrepreço de determinada obra não precisa necessariamente considerar todos os itens, mas apenas uma amostra com aqueles mais relevantes, normalmente que correspondam a cerca de 80% do valor (“metodologia de Pareto” ou “curva ABC”¹¹³).

Trata-se de entendimento consolidado na jurisprudência do TCU:

Admite-se imputação de débito com base em superfaturamento apurado em amostra de itens do orçamento da obra. Para itens não avaliados, compete ao responsável comprovar que eventuais subpreços compensam os sobrepreços detectados na amostra.¹¹⁴
(TCU, Acórdão 1194/2018-Plenário, 23/05/2018)

Para análises de preços de contratos originais, ainda sem alterações introduzidas por termos aditivos, adota-se faixa equivalente a 80% do valor da avença, segundo a metodologia de Pareto (Curva ABC).¹¹⁵
(TCU, Acórdão 2126/2010-Plenário, 25/08/2010)

¹¹³ OT – IBR 005/2012:

4.2 Classificação ABC da planilha orçamentária

4.2.1 Deve-se elaborar uma curva ABC para o orçamento base da licitação ou para a planilha contratual, conforme o caso, com o intuito de se estabelecer a meta inicial de serviços a serem analisados no campo e/ou documentalmente.

4.2.2 Para os fins desta Orientação Técnica, a faixa “A” da curva ABC corresponde aos serviços que representem até 50% de percentual acumulado. A faixa “B” corresponde aos serviços compreendidos entre 50% e 80% do percentual acumulado da curva ABC e a faixa “C” se refere aos serviços compreendidos entre 80% e 100% do percentual acumulado da curva ABC.

4.2.3 As faixas A e B, por refletirem os itens mais importantes da planilha, devem ser objeto de tratamento especial. A faixa C, por representar componentes de menor importância relativa, pode receber atenção circunstancial, visto que aditivos podem aumentar seus quantitativos e valores, alterando suas posições na Curva ABC.

4.2.4 Deve-se proceder à análise dos preços do edital ou do contrato original pelo método de limitação do preço global de forma a verificar se existe um ambiente de sobrepreço/subpreço original no orçamento e para se estabelecer o ponto de equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

4.2.5 Em contratos em andamento ou concluídos, nos quais tenha ocorrido mudança da planilha contratual mediante aditamentos contratuais, também se deve fazer uma curva ABC a partir do orçamento atualizado do contrato, após eventuais aditivos, ou das quantidades efetivamente executadas, no caso de obras acabadas sem formalização de aditivos. Tal análise, quando comparada à curva ABC do orçamento inicial, permite identificar a ocorrência do jogo de planilha mediante a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor da Administração Pública. Também permite identificar o eventual montante atualizado do sobrepreço, perda do desconto original ou superfaturamento de um contrato.

¹¹⁴ “No que tange à utilização de técnicas de amostragem para avaliação de sobrepreço, não assiste razão ao parecerista. Segundo informações constantes do Relatório de Fiscalização 232/2011, a análise de preços se restringiu aos itens de serviços. Entretanto, utilizou-se a seleção amostral pela materialidade do preço total dos serviços na curva ABC, metodologia plenamente reconhecida por este TCU. A amostra selecionada corresponde a 83% do valor total da parcela de serviços, e 58% do valor total do contrato.

130. As técnicas de análise por amostragem são previstas tanto nas normas internacionais de auditoria (ISSAI 1530), quanto nas normas de auditoria do TCU (NAT 134 e 135), quanto na jurisprudência desta Corte de Contas”.

¹¹⁵ No caso, entendeu-se que “a baixa representatividade da amostra - apenas 23% do valor da avença - impede conclusão cabal acerca da materialidade do fato.”

Em obras de grande porte, a comparação dos valores contratados com os adotados no mercado deve ser realizada mediante obtenção de amostra significativa do orçamento da obra, por meio da confecção de curva ABC. (TCU, Acórdão 763/2007-Plenário, 02/05/2007)

Já se decidiu, porém, que, embora admissível, esse método só permitirá a aplicação do índice de sobrepreço sobre a amostra analisada e não sua extrapolação para todos os pagamentos:

[...] verifico que a análise de preço da unidade técnica restringiu-se a três itens do serviço de execução de poços: perfuração, revestimento e filtro, que representavam 79,42% do valor global do contrato. Apesar disso, a [unidade técnica do TCU] apontou como débito o percentual de superfaturamento aplicado ao valor total dos pagamentos, o que considero indevido. Para fins de cálculo do débito, a taxa de sobrepreço apontada deve incidir apenas sobre a amostra tomada para análise, sob pena de indevida extrapolação resultar em débito maior do que o efetivamente ocorrido. TCU, Acórdão 731/2012-Plenário, 28/03/2012

Em sentido similar a OT – IBR 005/2012, que recomenda amostra correspondente a, no mínimo, 70% do preço final do contrato:

4.3 Seleção da amostra de serviços a ser analisada

4.3.1 Para maior consistência da análise, a amostra avaliada deve ser representativa, recomendando-se corresponder a, no mínimo, 70% do preço final do contrato, salvo casos devidamente justificados.

4.3.2 O tamanho da amostra deve ser estabelecido considerando-se o prazo de fiscalização, o valor do edital/contrato e os riscos de existência de irregularidades no empreendimento.

3.3.3 Método da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (“método do desconto”)

O Método do Desconto foi apresentado pelo TCU por ocasião do Acórdão 1755/2004 – Plenário, da lavra do Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, cuja premissa consiste na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da proposta original contratada ao longo de toda vigência contratual, na esteira da alínea “d” do art. 65 da Lei 8.666/93.¹¹⁶

¹¹⁶ CAMPITELI, Marcus Vinícius. **Medidas para evitar o superfaturamento decorrente do “jogo de planilhas” em obras públicas. Dissertação de mestrado.** Brasília: UnB, 2006, p. 76.

Esse método se aplica a contratos com aditamentos contratuais ou com alterações de quantitativos de serviços quando existia subpreço ou desconto original, isto é, parte-se do pressuposto da existência de desconto, não devendo ser aplicado quando a situação original do contrato, antes dos aditivos, apresentar sobrepreço.

Tem por objeto o já mencionado “jogo de planilha” ou desbalanceamento, que é evitado quando houver a manutenção do desconto, ou constatado pela não preservação desse desconto no termo aditivo. Segundo o TCU:

A solução jurídica para corrigir as distorções causadas pelo jogo de planilha deriva diretamente do texto constitucional, que preconiza, no art. 37, inciso XXI, que devem ser mantidas as condições efetivas da proposta contratada mediante licitação pública. A determinação constitucional visa, antes de tudo, prevenir o enriquecimento ilícito, seja por parte da Administração, seja por parte da empresa contratada, assegurando o equilíbrio econômico-financeiro durante toda a vigência da avença.

(TCU, Acórdão 1755/2004 – Plenário)

A Lei de Diretrizes Orçamentárias federal já previu tal método:

Lei 12.017/2009 (LDO 2010), art. 112, § 6º. “A diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI ou do SICRO não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.”

Sobre o dispositivo legal, decidiu o TCU:

Esse dispositivo, conforme sustenta a unidade técnica, visa resguardar a equidade dos contratos administrativos, protegendo a Administração Pública de alterações contratuais que desvirtuem o desconto inicialmente obtido na licitação. A regra defende o erário de inclusão de serviços com preço superior ao de mercado e também de eventual realização de “jogo de planilha”, em que serviços com descontos unitários relevantes têm seus quantitativos reduzidos e outros com pequenos descontos ofertados são majorados em quantidade.

(TCU, Acórdão 102/2012-Plenário, 25/01/2012)

No mesmo sentido:

A aferição de superfaturamento decorrente de sobrepreço contratual deve ser precedida de exame voltado à verificação dos reflexos das alterações da avença

[aditivos], a fim de se atestar o balanço final da equação econômico-financeira.¹¹⁷

(TCU, Acórdão 2126/2010-Plenário, 25/08/2010)

Estando o preço global no limite aceitável, dado pelo orçamento da licitação, os sobrepreços existentes, devido à falta de critérios de aceitabilidade de preços unitários, apenas causam prejuízos quando se acrescentam quantitativos aos itens de serviço correspondentes.

(TCU, Acórdão 1925/2010-Plenário, 04/08/2010)

O cálculo do prejuízo causado por eventuais manipulações da planilha deve levar em conta o desconto obtido na licitação em relação aos preços de mercado, segundo processo de cálculo que se convencionou chamar de 'método do desconto'.

(TCU, Acórdão 511/2009-Plenário, 25/03/2009)

Aqui, todavia, já se decidiu que a utilização de amostra dos itens (curva ABC) não é apta a indicar o valor médio do desconto para fins de aplicação desse método:

O cálculo do valor do desconto realizado com base na curva ABC não se constitui em método adequado para apurar o "*valor global do contrato*" como base de cálculo para apurar a "*diferença percentual*" (desconto) mencionada na LDO da União, pois não se mostra apta a permitir inferência de que o desconto dos itens não analisados não teria o condão de alterar o desconto global médio do contrato. Não se pode considerar que o método da curva ABC constitua critério suficientemente robusto para fundamentar sobrepreço e a determinação de retenção cautelar de valores do fluxo de caixa do empreendimento.

(TCU, Acórdão 102/2012-Plenário, 25/01/2012)

Atualmente, no âmbito federal, o Decreto n. 7.983/2013, que trata dos critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, bem como o Decreto n. 7.581/2011, que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), disciplinam de forma expressa a necessidade de manutenção do desconto global. Nesse sentido, respectivamente:

¹¹⁷ É que possível distorção inicial nos preços unitários pode não se traduzir em prejuízos ao erário caso a execução contratual se mantenha de acordo com suas bases originais, ou seja, sem passar por modificações substanciais em termos quantitativos e qualitativos. O entendimento desta Corte (v.g. Acórdãos nº 2.137/2005, 798/2008, 2.046/2008 etc.) é no sentido de que distorções entre os preços unitários do contrato e os do orçamento-base são capazes de gerar prejuízos ao erário se efetuadas as seguintes alterações na avença: acréscimos de quantitativos de itens com sobrepreço e decréscimos de quantitativos de itens com subpreço; e inclusões de itens com sobrepreço e supressões de itens com subpreço.

Art. 14. A diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.

Parágrafo único. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço unitário e tarefa, a diferença a que se refere o caput poderá ser reduzida para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em casos excepcionais e justificados, desde que os custos unitários dos aditivos contratuais não excedam os custos unitários do sistema de referência utilizado na forma deste Decreto, assegurada a manutenção da vantagem da proposta vencedora ante a da segunda colocada na licitação.

Art. 42. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários.

(...)

§ 7º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o valor obtido a partir dos custos unitários do orçamento estimado pela administração pública não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos contratuais que modifiquem a composição orçamentária.

Confira-se o seguinte exemplo ilustrativo de cálculo de sobrepreço/superfaturamento com o método do desconto¹¹⁸:

Quadro 4 – Exemplo hipotético do método de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Item	Situação Original					Situação após Aditivos		
	Quant. Inicial	Planilha Contratual		Orçamento Paradigma		Quant. Final	Planilha Contratual	Orçamento Paradigma
		Preço Unit. (R\$)	Preço Total (R\$)	Preço Unit. (R\$)	Preço Total (R\$)		Preço Unit. (R\$)	Preço Total (R\$)
1	200	30,00	6.000,00	20,00	4.000,00	500,00	15.000,00	10.000,00
2	420	40,00	16.800,00	30,00	12.600,00	400,00	16.000,00	12.000,00
3	300	50,00	15.000,00	55,00	16.500,00	300,00	15.000,00	16.500,00
4	800	10,00	8.000,00	20,00	16.000,00	200,00	2.000,00	4.000,00
5	100	20,00	2.000,00	20,00	2.000,00	100,00	2.000,00	2.000,00
Total			47.800,00		51.100,00		50.000,00	44.500,00
Desconto Original					6,46%	Sobrepreço Após Aditivos		12,36%
Método do Desconto								
Orçamento paradigma final:							R\$ 44.500,00	
Desconto de 6,46%							R\$ (2.873,78)	
Valor final paradigma do contrato com desconto							R\$ 41.626,22	
Valor do contrato após aditivos							R\$ 50.000,00	
Valor final paradigma do contrato com desconto							R\$ 41.626,22	
Superfaturamento apurado pelo método de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro							R\$ 8.373,78	

¹¹⁸ OT – IBR 005/2012, Anexo II.

Cumprе ressaltar que o método do desconto, em geral, tem sido aplicado de forma a se obter a manutenção, nos aditivos, do desconto **global** do contrato em relação ao preço **global** do contrato no orçamento paradigma, conforme inclusive dão a entender as normas acima citadas (Lei 12.017/2009 e Decreto 7.581/2011). Ou seja, ainda que haja sobrepreços unitários no contrato original, estes são compensados com os subpreços unitários, de modo que é considerado o desconto global existente. É o que ocorre no exemplo acima, em que há sobrepreço unitário original nos itens 1 e 2, compensado, no contrato original, pelos subpreços unitários nos itens 3 e 4.

Todavia, uma interpretação mais rigorosa, até mesmo a partir do estabelecimento, no edital, de critérios de aceitabilidade de preços unitários (preços máximos unitários), sustenta que não deve haver qualquer sobrepreço unitário, ainda que eventualmente compensado por subpreços unitários (o que redundaria em um subpreço/desconto global). Nesse caso, antes de aplicar o método do desconto propriamente dito, deve-se aplicar o método de limitação dos preços unitários ajustado, de modo a reduzir, na planilha do contrato original, todos os itens com sobrepreço unitário para o valor do orçamento paradigma, sem compensações; só então deve ser apurado o desconto original a partir dessa nova planilha, e na sequência é aplicado o método do desconto, para fins de manutenção desse “novo desconto” apurado.

Um exemplo desse caso, com a aplicação conjunta do método da limitação dos preços unitários ajustado e do método do desconto, será abordado no item “Exemplo prático de ‘jogo de planilha’”.

3.3.4 Método do balanço

O Método do Balanço foi utilizado pela primeira vez pelo TCU no Acórdão 583/2003 – Plenário, e foi proposto pelo Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça, cuja premissa é a manutenção do equilíbrio das vantagens e desvantagens ofertadas na proposta original contratada ao longo de toda vigência contratual. Com isso, a proposta original, em que não houve critério de aceitabilidade de preços unitários, e que foi selecionada pelo critério do menor valor global, encontra-se equilibrada, e o

desequilíbrio contratual pode ocorrer a partir das alterações quantitativas e/ou qualitativas efetuadas durante o período contratual.¹¹⁹

Esse método busca manter inalteradas as condições fixadas pela licitação, assegurando as condições econômicas inicialmente definidas, bem como o princípio da isonomia entre os licitantes, mesmo após as alterações quantitativas¹²⁰.

O referido método pressupõe o balanço das consequências financeiras das modificações na planilha contratual, razão pela qual se sugere que seja utilizado em planilhas contratuais que apresentem sobrepreço em sua origem, antes dos aditivos.¹²¹ Nesse caso, as consequências financeiras serão medidas em função de um confronto entre os preços da contratada e os valores de mercado.¹²²

Em consonância com o julgado paradigma do TCU:

Fiscobras 2002. Obras de restauração e duplicação da BR-101/SE. Modificações não justificadas de projetos, após a contratação, com encarecimento das obras. Superfaturamentos. Pagamentos a maior de impostos. Não-parcelamento de objeto de licitação. Determinação para o desconto dos valores pagos indevidamente, para repactuação dos preços excessivos e para instauração de tomada de contas especial, quando não haja a possibilidade de renegociação. Revogação da suspensão de contratos, determinada pela Decisão nº 1.419/2002-Plenário, condicionada à correção das condições danosas ao erário. Acolhimento parcial das razões de justificativas do Chefe da 21ª UNIT/SE. Ciência aos interessados. (TCU, Acórdão 583/2003 - Plenário)

No mesmo sentido:

É importante ressaltar que as licitações processadas sem os critérios de aceitabilidade de preços unitários são ilegais, por contrariarem o inc. X do art. 40 da Lei nº 8.666/93. A rigor, deveriam ser declaradas nulas, assim como os contratos decorrentes. Porém, em nome do interesse público, para evitar os transtornos próprios da interrupção das obras, procura-se contornar a irregularidade, com a definição de procedimentos de ajuste dos preços. (Acórdão 1755/2004-Plenário – Voto do Ministro Revisor Marcos Vinícios Vilaça)

¹¹⁹ CAMPITELI, Marcus Vinícius. **Medidas para evitar o superfaturamento decorrente do “jogo de planilhas” em obras públicas. Dissertação de mestrado.** Brasília: UnB, 2006, p. 73-74.

¹²⁰ LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas:** artimanhas e conluios. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014, p. 202.

¹²¹ OT – IBR 005/2012

¹²² LOPES, Alan de Oliveira. Superfaturamento de Contratos Governamentais de Serviços de Engenharia. de Construção – Estudo de Caso da Operação Caixa-Preta – 2009. In: **Revista Brasileira de Ciências Policiais.** Brasília, v. 9, n. 2, p. 71-109, jul/dez 2018, p. 95-96.

Tanto o método do desconto quanto o método do balanço têm sido propostos pelo TCU para sanar o jogo de planilha do contrato, assim como para quantificar os efeitos danosos já causados ao Erário, de forma a serem compensados no restante da execução contratual, caso a contratada tenha interesse em continuar o contrato.

Sobre as diferenças e vantagens do “método do desconto” em relação ao “método do balanço”, conforme jurisprudência do TCU:

[...] Convém de início consignar que a unidade técnica calculou a expressão monetária do sobrepreço utilizando metodologia conhecida nesta Corte como 'método dos balanços', pela primeira vez preconizada no Acórdão 583/2003-Plenário, da Relatoria do eminente Ministro Marcos Vilaça. Inobstante os méritos inegáveis dessa metodologia, uma vez que procura desincentivar as alterações contratuais radicais, abrangentes de todos os itens da planilha, via de regra proporcionando ganhos financeiros para a contratada, o método na verdade não prosperou nesta Corte, conforme ficou assentado no Acórdão 1.755/2004-Plenário, quando se resolveu que a maneira apropriada de calcular o prejuízo causado por eventuais manipulações da planilha deveria levar em conta o desconto obtido na licitação em relação aos preços de mercado, segundo processo de cálculo que se convencionou chamar de 'método do desconto'.

3. Não é o caso de discorrer com maior profundidade sobre a diferença entre as duas metodologias, sendo suficiente observar que tal diferença reside basicamente em que, no método do desconto, as supressões de quantitativos da planilha original, por força de aditivos, não contam para o cômputo do possível débito causado por essas alterações. Contam apenas as alterações aumentativas de quantitativos e a inclusão de itens novos não previstos inicialmente.

4. Isso não ocorre no método dos balanços, em que, por exemplo, quando há a supressão total de um item de serviço com preço vantajoso para a administração, ou seja, abaixo do mercado, o produto da diferença entre esses dois preços e o quantitativo suprimido é levado a débito dos responsáveis. A situação inverte-se quando o quantitativo suprimido refere-se a item com preço contratual acima do mercado. O montante financeiro retirado do contrato é agora contabilizado a crédito da contratada.

5. Essa atribuição de crédito baseada apenas na mera frustração de expectativa de ganho, sem qualquer contrapartida da parte prejudicada, suscitou, como seria de esperar, um exame mais detido desse aspecto mais delicado da metodologia dos balanços. Como dito, esse reexame ocorreu no já mencionado Acórdão 1.755/2004-Plenário, em cujo voto vencedor constou a seguinte passagem alusiva a essa questão específica dos quantitativos suprimidos:

[...]

6. Outra diferença entre os dois métodos que cumpre destacar por ser de interesse para o deslinde da matéria, é que, no método do desconto, a alteração contratual deve passar por um exame prévio quanto a sua pertinência e real necessidade, antes que se possa atribuir algum dano baseado na simples alteração do item, o que não ocorre no método dos balanços, no qual, o eventual prejuízo para uma das partes é contabilizado automaticamente a seu favor,

independentemente de qualquer juízo sobre os reais motivos da modificação do quantitativo. [...]
(TCU, Acórdão 511/2009-Plenário, 25/03/2009)

Confira-se o seguinte exemplo ilustrativo de cálculo de sobrepreço/superfaturamento com o método do balanço¹²³:

Quadro 5 - Exemplo hipotético do método do balanço.

Item	Situação Original					Situação após Aditivos			Aplicação do Método do Balanço		
	Quant. Inicial	Planilha Contratual		Orçamento Paradigma		Quant. Final	Planilha Contratual	Orçamento Paradigma	Diferença nos Preços Unitários (R\$)	Diferença nos Quantitativos	Débito ou Crédito (R\$)
		Preço Unit. (R\$)	Preço Total (R\$)	Preço Unit. (R\$)	Preço Total (R\$)		Preço Unit. (R\$)	Preço Total (R\$)			
1	200	30,00	6.000,00	20,00	4.000,00	500,00	15.000,00	10.000,00	10,00	300,00	3.000,00
2	420	40,00	16.800,00	30,00	12.600,00	400,00	16.000,00	12.000,00	10,00	(20,00)	(200,00)
3	300	50,00	15.000,00	55,00	16.500,00	300,00	15.000,00	16.500,00	(5,00)	-	-
4	800	10,00	8.000,00	20,00	16.000,00	200,00	2.000,00	4.000,00	(10,00)	(600,00)	6.000,00
5	100	20,00	2.000,00	20,00	2.000,00	100,00	2.000,00	2.000,00	-	-	-
Total			47.800,00		51.100,00		50.000,00	44.500,00			8.800,00
Desconto Original					6,46%	Valor final do contrato após o método do balanço					41.200,00

A OT – IBR 005/2012 compara os diferentes métodos para cálculo de sobrepreço em tabelas a seguir transcritas:

Aplicação dos métodos de aferição de sobrepreço/superfaturamento

MÉTODO DE LIMITAÇÃO DOS PREÇOS UNITÁRIOS	MÉTODO DE LIMITAÇÃO DO PREÇO GLOBAL (E VARIANTE MÉTODO DE LIMITAÇÃO DOS PREÇOS EXTREMOS GLOBAL)	MÉTODO DE MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO	MÉTODO DO BALANÇO
a) empreitadas por preço unitário; e b) certames licitatórios ainda não concluídos (não adjudicados e contratados)	a) empreitadas por preço global; ou b) situações jurídicas constituídas (contrato celebrado), compensando os serviços com subpreços com os	a) contratos com aditivos que alterem a planilha orçamentária; e b) quando há desconto inicial	a) contratos com aditivos que alterem a planilha orçamentária; e b) quando há sobrepreço inicial

¹²³ OT – IBR 005/2012, Anexo II.

	sobrepços apurados.		
--	---------------------	--	--

Métodos de aferição de sobrepreço/superfaturamento - premissas

Método de Limitação dos Preços Unitários	Métodos de Limitação do Preço Global e de Limitação do Preço Global com Faixa de Tolerância	Método do Balanço	Método de Manutenção do Equilíbrio Econômico Financeiro
PREMISSAS			
a) Nenhum preço unitário de serviço pode ser injustificadamente superior ao preço unitário paradigma correspondente.	a) O preço global de uma obra não pode ser injustificadamente superior ao valor global do orçamento paradigma correspondente. b) Pode haver compensação entre os valores que se encontram abaixo do valor paradigma e aqueles com sobrepreço unitário.	a) Ocorrendo qualquer modificação que provoque desequilíbrio econômico financeiro do contrato, devem ser mantidas as condições originais da avença, não se admitindo o injusto proveito da contratada, em detrimento da Administração Pública. b) Deve haver manutenção do desconto, em termos absolutos (unidades monetárias), após os aditivos contratuais. c) Conduz a um resultado algebricamente equivalente à diferença entre os superfaturamentos apurados pelo método de limitação do preço global nas planilhas orçamentárias final (após aditivos) e original (antes dos aditivos)	a) Ocorrendo qualquer modificação que provoque desequilíbrio econômico financeiro do contrato, devem ser mantidas as condições originais da avença, não se admitindo o injusto proveito da contratada, em detrimento da Administração Pública. b) No caso de aditivos com inclusão ou substituição de serviços, o desconto percentual oferecido pelo contratado deve ser mantido nas sucessivas alterações contratuais, de forma a manter as condições efetivas da proposta de preços.

Métodos de aferição de sobrepreço/superfaturamento - limitações

Método de Limitação dos Preços Unitários	Métodos de Limitação do Preço Global e de Limitação do Preço Global com Faixa de Tolerância	Método do Balanço	Método de Manutenção do Equilíbrio Econômico Financeiro
Limitações e/ou inconsistências			
<p>a) Não pode haver compensação entre os valores que se encontram abaixo do valor paradigma e aqueles com sobrepreço unitário.</p> <p>b) Não se aplica a situações onde todos os preços contratuais estão abaixo do paradigma e há quebra do equilíbrio econômico - financeiro decorrente de aditivos contratuais efetuados com o chamado jogo de planilha.</p> <p>c) Não se aplica em licitações com regime de execução de empreitada por preço global.</p> <p>c.1) Nesse último caso, a aplicação do método levaria a uma inconsistência, quando a proposta vencedora, embora com preço global inferior ao preço total referencial, apresenta algum item com preço unitário acima do preço paradigma.</p> <p>c.2) Isso porque, em virtude de não haver compensação entre os serviços com subpreço e os serviços com sobrepreço, haveria apuração de</p>	<p>a) Não se aplica a situações onde há quebra do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de aditivos contratuais efetuados com o chamado jogo de planilha;</p> <p>b) Na apuração do sobrepreço final, após aditamentos contratuais, não se aplica quando há desconto inicial no contrato</p>	<p>a) O método não preserva a vantagem obtida pela Administração em termos percentuais.</p> <p>b) Determinadas situações fazem com que o desconto percentual obtido pela Administração seja reduzido em favor da contratada, sem que tal fato seja caracterizado como superfaturamento pelo método do balanço. Por exemplo, no caso de acréscimos de serviços com desconto inferior ao desconto médio do orçamento, não haverá superfaturamento apurado pelo método do balanço, mas existirá superfaturamento decorrente do método de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.</p>	<p>a) O método não preserva a vantagem obtida pela Administração Pública em termos absolutos, podendo ensejar grandes distorções em casos em que houve rescisão contratual ou grandes supressões de serviços.</p> <p>b) Eventuais modificações qualitativas podem fazer com que a vantagem originalmente obtida pela Administração seja reduzida. Nesse caso, o contratado, para manter o valor do desconto original, teria de oferecer um desconto no custo unitário dos itens novos. A depender da magnitude das alterações qualitativas, tal desconto pode ser superior à capacidade operacional da contratada, ensejando alegações de inexecução, com consequências danosas à continuidade do empreendimento.</p> <p>c) Não se aplica quando a planilha contratual apresenta sobrepreço inicial.</p>

<p>superfaturamento quanto a itens específicos, reduzindo ainda mais o valor do contrato. Contudo, essa redução do valor contratual, não ocorreria, por exemplo, se a licitação fosse adjudicada a outro licitante que tenha ofertado preço global superior ao do licitante vencedor, mas com nenhum item acima do respectivo paradigma.</p>			
--	--	--	--

3.4 Cálculo do superfaturamento: etapas¹²⁴

De acordo com a OT-IBR 005/2012, o cálculo do superfaturamento deve ser realizado analisando-se separadamente todas as parcelas que podem causar dano ao Erário relevantes em cada caso concreto, tais como superfaturamento por quantidade, por qualidade, por jogo de planilhas, por preços excessivos, por pagamentos antecipados, dentre outros eventualmente identificados ao longo da execução do contrato. O referido documento esclarece:

Na primeira etapa do processo, deve ser verificado se o conjunto de serviços contratados foi ou não executado de acordo com o previsto, em termos qualitativos e quantitativos. Eventuais parcelas de superfaturamento de qualidade ou de quantidade devem ser apuradas de forma separada, além de eventuais parcelas de serviços extracontratuais.

Em seguida, elabora-se nova planilha orçamentária com os quantitativos de serviços corretos, devidamente aferidos e atestados, expurgando-se da análise de preços os quantitativos que foram glosados e entraram no cômputo do superfaturamento de quantidade ou de qualidade.

A próxima etapa de análise corresponde ao cálculo do superfaturamento de preços e do superfaturamento decorrente do jogo de planilha. A partir dos componentes contidos nas faixas A e B da Curva ABC¹²⁵ da planilha contratual

¹²⁴ OT – IBR 005/2012

¹²⁵ Curva ou classificação ABC consiste na tabela obtida a partir da planilha contratual ou do orçamento base da licitação, na qual os itens do orçamento são agrupados e, posteriormente, ordenados por sua importância relativa de preço total, em ordem decrescente, determinando-se o peso percentual do valor de cada um em relação ao valor total do orçamento, calculando-se em seguida os valores percentuais acumulados desses pesos.

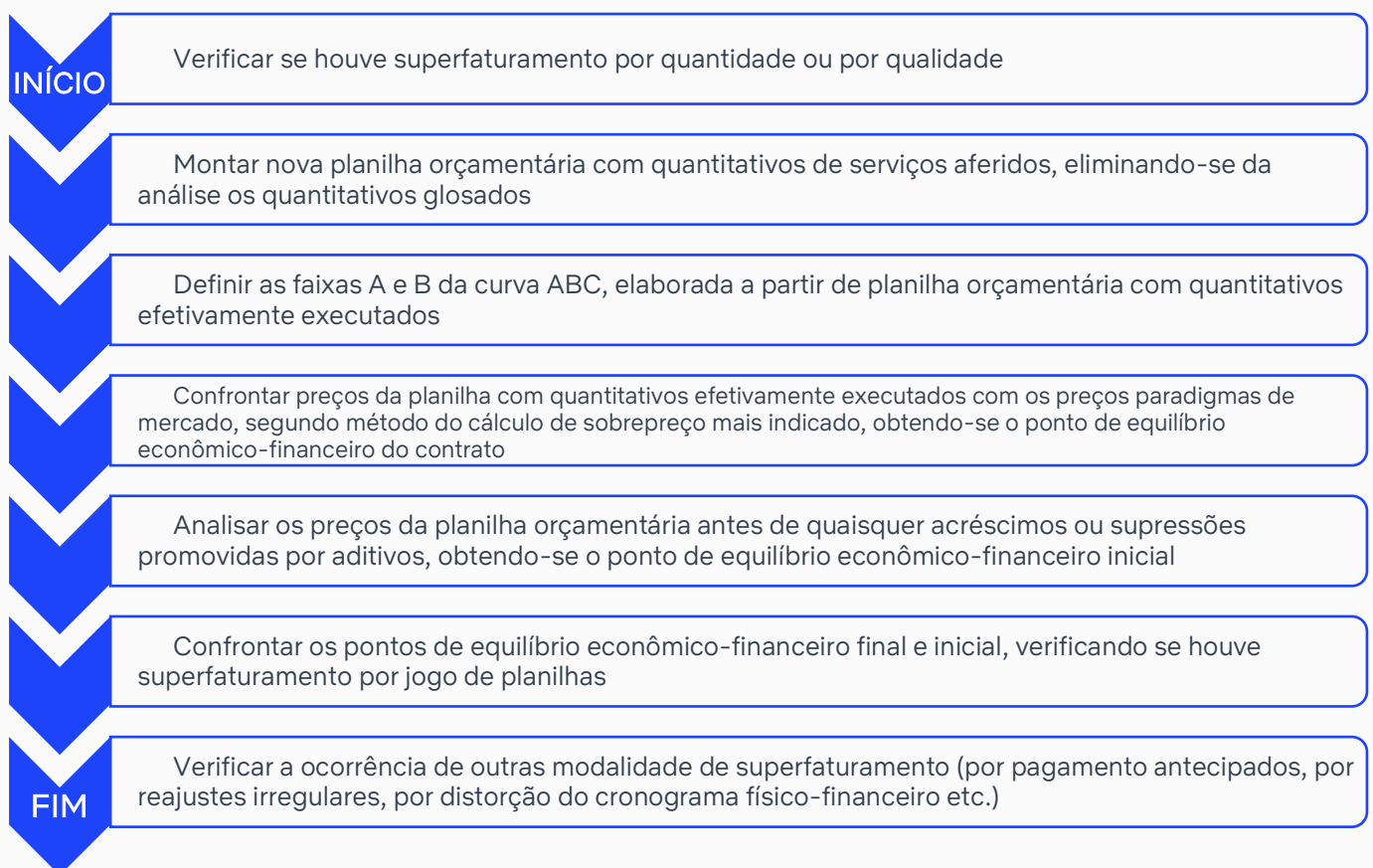
original, calcula-se o eventual sobrepreço para essa data inicial, mediante confrontação dos preços contratados com os paradigmas, segundo o MLPUA ou MLPG. A partir dessa análise, obtém-se o sobrepreço/desconto original, que é exatamente o ponto de equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

Em seguida, o procedimento anterior é executado na planilha contratual final, após os acréscimos e supressões ocorridos por aditamento contratual. Nos casos em que os quantitativos foram alterados sem a formalização de um aditivo, deve-se computar o conjunto de serviços efetivamente realizados, inclusive a eventual execução de serviços extracontratuais.

Obtém-se, assim, o ponto de equilíbrio econômico-financeiro final do contrato, determinando se houve variação significativa do ponto de equilíbrio econômico-financeiro da obra, ou seja, se o sobrepreço ou desconto do contrato original se manteve para as quantidades reais executadas. Tal diferença, quando desfavorável à Administração, é o dano devido ao rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Na última etapa de análise, quando pertinente, deve-se examinar se houve superfaturamento devido a pagamentos antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração Pública ou reajustamentos irregulares.¹²⁶

O procedimento apresentado nos tópicos anteriores se encontra ilustrado pelo fluxograma a seguir:



¹²⁶ OT – IBR 005/2012

No caso de insuficiência de dados disponíveis para aplicação da metodologia apresentada acima, o superfaturamento total deve ser obtido mediante o confronto do preço global pago pela obra ou serviço de engenharia com o respectivo custo de reprodução adotado.¹²⁷

3.5 Exemplo prático de “jogo de planilha”

Inicialmente, cumpre ressaltar que o método do desconto, em geral, tem sido aplicado de forma a se obter a manutenção, nos aditivos, do desconto **global** do contrato em relação ao preço **global** do contrato no orçamento paradigma, conforme inclusive dão a entender as normas antes citadas (Lei 12.017/2009 e Decreto 7.581/2011). Ou seja, ainda que haja sobrepreços unitários no contrato original, estes são compensados com os subpreços unitários, de modo que é considerado o desconto global existente. É o que ocorre no exemplo dado no item que tratou do método do desconto, em que há sobrepreço unitário original nos itens 1 e 2, compensado, no contrato original, pelos subpreços unitários nos itens 3 e 4.

Todavia, uma interpretação mais rigorosa, até mesmo a partir do estabelecimento, no edital, de critérios de aceitabilidade de preços unitários (preços máximos unitários), sustenta que não deve haver qualquer sobrepreço unitário, ainda que eventualmente compensado por subpreços unitários (compensação essa que redundaria em um subpreço/desconto global)¹²⁸. Nesse caso, antes de aplicar o método do desconto propriamente dito, deve-se aplicar o método de limitação dos preços unitários ajustado, de modo a reduzir, na planilha do contrato original, todos os itens com sobrepreço unitário para o valor do orçamento paradigma, sem compensações; só então deve ser apurado o desconto original a partir dessa nova

¹²⁷ OT – IBR 005/2012

¹²⁸ Raciocínio baseado, por exemplo, em julgamentos como este: “Nenhum sobrepreço unitário é aceitável nos serviços constantes do orçamento da licitação, ainda que a planilha orçamentária apresente preço global inferior aos referenciais adotados pelo TCU”. (Acórdão TCU nº 3473/2014 – Plenário, Informativo de Licitações e Contratos nº 226)

planilha, e na sequência é aplicado o método do desconto, para fins de manutenção desse “novo desconto” apurado.

Um exemplo desse caso, com a aplicação conjunta do método da limitação dos preços unitários ajustado e do método do desconto, foi o exposto no curso “Detecção de fraudes em contratações da administração pública, enfoque em obras públicas”, ministrado pelo Auditor Federal de Finanças e Controle da CGU Luiz Roberto de Melo Machado, realizado no MP/SC nos dias 4 e 5 de agosto de 2020, e que será abordado neste momento.

O superfaturamento por desequilíbrio econômico-financeiro ou jogo de planilha, como dito, ocorre quando há rompimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em desfavor da Administração, em decorrência da alteração de cláusulas de serviço (mudanças de quantitativos, inclusões ou exclusões de serviços etc.)

Assim, por essa interpretação mais rigorosa mencionada, antes de se iniciar qualquer análise de desequilíbrio econômico-financeiro, deve-se **levantar o eventual sobrepreço unitário** de cada item contratual, comparando-o com o respectivo **preço referencial**, na mesma data-base, mediante o **método da limitação do preço unitário ajustado**. Essa primeira etapa visa a expurgar do orçamento contratual aqueles preços eivados de vícios.

Pode-se calcular o valor resultante do contrato, após a aplicação do método da limitação dos preços unitários ajustado, calculando o seu **desconto global em relação ao orçamento paradigma**. Esse desconto global, **obtido após a aplicação do MLPU**, corresponde ao **ponto de equilíbrio econômico-financeiro original do contrato**. Tal desconto traduz-se no equilíbrio econômico-financeiro ou na equação econômico-financeira do contrato.

A Administração só pode aceitar uma proposta de preços se essa estiver em conformidade com a legislação e com o instrumento convocatório, **devendo ser isentada de sobrepreços unitários**. Depreende-se, então, que o ponto de equilíbrio econômico-financeiro do contrato **deve ser apurado somente após a aplicação do MLPU**.

Cabe lembrar que **nem sempre os preços de referência coincidem com os preços do orçamento-base**, haja vista a possibilidade de o orçamento-base apresentar sobrepreço. Portanto, o **desconto global** da planilha contratual, ajustada pelo MLPU, **deve ser apurado em relação aos preços obtidos a partir do Sinapi (ou Sicro)** e não a partir do orçamento-base da licitação, quando este apresentar itens com valores superiores aos obtidos nos referidos sistemas referenciais de custos.

O jogo de planilha pode ocorrer **ainda que o valor global final do contrato fique abaixo do valor referencial**. Isso ocorre quando a condição de equilíbrio econômico-financeiro se altera em prejuízo da Administração, ou seja, **quando há redução do desconto original**.

Apresenta-se a seguir exemplo hipotético ilustrando o procedimento para o cálculo completo do superfaturamento por preços excessivos e por jogo de planilha. No exemplo ilustrativo, o contrato foi celebrado com desconto global de 2,56% em relação ao orçamento paradigma, embora contivesse alguns itens com sobrepreço unitário. Após aditamentos, o referido desconto global se converteu em um sobrepreço global de 20,83%.

Cálculo do superfaturamento por preços excessivos e por jogo de planilha.

ITEM	SITUAÇÃO ORIGINAL					APÓS ADITIVOS		
	QUANT. INICIAL	CONTRATO		ORÇAMENTO PARADIGMA		QUANT. FINAL	CONTRATO	ORÇAMENTO PARADIGMA
		PREÇO UNIT.	PREÇO TOTAL	PREÇO UNIT.	PREÇO TOTAL		PREÇO TOTAL	PREÇO TOTAL
1	100	30,00	3.000,00	25,00	2.500,00	400	12.000,00	10.000,00
2	200	30,00	6.000,00	20,00	4.000,00	300	9.000,00	6.000,00
3	300	20,00	6.000,00	10,00	3.000,00	300	6.000,00	3.000,00
4	400	10,00	4.000,00	25,00	10.000,00	200	2.000,00	5.000,00
TOTAIS			19.000,00		19.500,00		29.000,00	24.000,00
		Desconto original		2,56%		Sobrepreço		20,83%

A primeira etapa da análise consiste em ajustar o valor do contrato, antes e após aditivos, ao método da limitação dos preços unitários ajustado. Tal passo encontra-se detalhado no quadro a seguir:

Cálculo do superfaturamento – primeira etapa.

ITEM	SITUAÇÃO ORIGINAL					APÓS ADITIVOS		
	QUANT. INICIAL	CONTRATO		ORÇAMENTO PARADIGMA		QUANT. FINAL	CONTRATO	ORÇAMENTO PARADIGMA
		PREÇO UNIT.	PREÇO TOTAL	PREÇO UNIT.	PREÇO TOTAL		PREÇO TOTAL	PREÇO TOTAL
1	100	25,00	2.500,00	25,00	2.500,00	400	10.000,00	10.000,00
2	200	20,00	4.000,00	20,00	4.000,00	300	6.000,00	6.000,00
3	300	10,00	3.000,00	10,00	3.000,00	300	3.000,00	3.000,00
4	400	10,00	4.000,00	25,00	10.000,00	200	2.000,00	5.000,00
TOTAIS			13.500,00		19.500,00		21.000,00	24.000,00
		Desconto após MLPU			30,76%	Desconto após aditivos		12,50%

Dessa forma, no exemplo apresentado, após a aplicação do MLPU, apurou-se um superfaturamento por preços excessivos de R\$ 8.000,00, equivalente à diferença entre o valor final contratado após aditivos (R\$ 29.000,00) e o mesmo valor após a aplicação do método (R\$ 21.000,00). O ponto de equilíbrio econômico-financeiro original do contrato corresponde ao desconto global de 30,76%.

Em uma segunda etapa, calcula-se o superfaturamento decorrente da quebra do equilíbrio econômico financeiro. No caso em análise, houve diminuição do desconto global para apenas 12,50%, após a celebração do aditivo. O cálculo do superfaturamento por jogo de planilha encontra-se demonstrado a seguir:

Cálculo do superfaturamento – segunda etapa.

ITEM	SITUAÇÃO ORIGINAL					APÓS ADITIVOS		
	QUANT. INICIAL	CONTRATO		ORÇAMENTO PARADIGMA		QUANT. FINAL	CONTRATO	ORÇAMENTO PARADIGMA
		PREÇO UNIT.	PREÇO TOTAL	PREÇO UNIT.	PREÇO TOTAL		PREÇO TOTAL	PREÇO TOTAL
1	100	25,00	2.500,00	25,00	2.500,00	400	10.000,00	10.000,00
2	200	20,00	4.000,00	20,00	4.000,00	300	6.000,00	6.000,00
3	300	10,00	3.000,00	10,00	3.000,00	300	3.000,00	3.000,00
4	400	10,00	4.000,00	25,00	10.000,00	200	2.000,00	5.000,00
TOTAIS			13.500,00		19.500,00		21.000,00	24.000,00
		Desconto após MLPU			30,76%	Desconto após aditivos		12,50%
Manutenção do Desconto:								
		Orçamento paradigma final						24.000,00
		Desconto de		30,76%				(7.382,40)
		Valor final do contrato						16.617,60
		Valor contratado com aditivos (ajustado pelo MLPU)						21.000,00
		Valor final do contrato						(16.617,60)
		Desequilíbrio do contrato em prejuízo à Administração						4.382,40

Verifica-se que houve a apuração de um débito adicional de R\$ 4.382,40 devido ao jogo de planilha. O demonstrativo total do cálculo do superfaturamento por preços excessivos e por jogo de planilha encontra-se a seguir:

Superfaturamento total por preços excessivos e por jogo de planilha	
<u>DEMONSTRATIVO DO SUPERFATURAMENTO TOTAL</u>	
Valor do contrato auditado após aditivos	R\$ 29.000,00
Valor do contrato, ajustado após MLPU	R\$ 21.000,00
Valor do contrato, ajustado para manutenção do desconto	R\$ 16.617,60
Superfaturamento total	R\$ 12.382,40

Note-se, portanto, que, como havia sobrepreços unitários no contrato original, houve a constatação de dano ao erário decorrente disso (R\$ 8.000,00) e ainda outro dano ao erário decorrente da manutenção do desconto original apurado após a aplicação do MLPU (R\$ 4.382,40).

Por outro lado, pela forma “tradicional” de aplicação do método do desconto (baseada no desconto global original, independentemente da existência de sobrepreços unitários), o valor do dano apurado seria menor.

Diante dessa divergência, uma sugestão é fazer um pedido principal de reconhecimento do dano pelo método mais rigoroso (MLPU + método do desconto) e, subsidiariamente, um pedido de reconhecimento do dano pelo método “tradicional” (apenas método do desconto).

Por fim, cumpre ressaltar, que, em casos excepcionalíssimos, em que a manutenção do desconto original após os aditivos torne o contrato inexequível, o art. 102, § 5º, II, da LDO/2013, por exemplo, previu a possibilidade de redução do desconto obtido na licitação. Entretanto, essa redução no desconto original é limitada, no máximo, pelo desconto ofertado pela segunda licitante melhor classificada.

4 RESSARCIMENTO DE DANOS EM CASO DE CONTRATO NULO¹²⁹

4.1 Devolução da íntegra do contrato

O integral ressarcimento é medida que se impõe em qualquer hipótese de dano ao patrimônio público por ação ou omissão dolosa ou culposa do agente público ou de terceiros e consiste em recompor o patrimônio do lesado, fazendo com que este, tanto quanto possível, retorne ao estado em que se encontrava por ocasião da prática do ato lesivo. Di Pietro destaca:

Quanto ao ressarcimento do dano, constitui uma forma de recompor o patrimônio do lesado. Seria cabível, ainda que não previsto na Constituição, já que decorre do artigo 159 do Código Civil de 1916, que consagrou, no direito positivo, o princípio geral de direito segundo o qual quem quer que cause dano a outrem é obrigado a repará-lo. A norma repete-se no artigo 186 do novo Código Civil, com o acréscimo de menção expressa ao dano moral. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 991)

No mesmo sentido, Emerson Garcia afirma que o ressarcimento abrange todos os prejuízos sofridos pelos cofres públicos – ou seja, englobando tanto o que se perdeu quanto o que se deixou de ganhar, ou se ganharia, caso não houvesse ocorrido o evento lesivo:

O vocábulo ressarcimento exprime a ideia de equivalência na contraprestação, apresentando-se correlato à atividade do agente que ilicitamente cause dano ao erário. A contraprestação, consoante dicção da Lei nº 8.429/92, há de ser integral, o que torna cogente o dever de ressarcir todos os prejuízos sofridos pela pessoa jurídica lesada, qualquer que seja a sua natureza. (GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 648)

Ocorrendo ato lesivo ao patrimônio público, deve ser observado o disposto no art. 5º, combinado com o art. 18, ambos da Lei n. 8.429/92:

¹²⁹ Segmento baseado em WEIBLEN, Fabrício Pinto; DI SENA JÚNIOR, Roberto; PARGENDLER, Vitor Silveira. A teoria do produto bruto mitigado como alternativa para o ressarcimento de danos ao erário nas fraudes em contratações públicas. In: Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, Vol. 15, n. 32, p. 47-48, out 2020.

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

[...]

Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

Em se tratando de fraude em licitações, a anulação é medida que se impõe, tratando-se de poder-dever da Administração Pública:

A extinção do contrato pela anulação é também forma excepcional de cessação do ajuste administrativo e só pode ser declarada quando se verificar *ilegalidade* na sua formalização ou em cláusula essencial. Assim, tem sido considerado nulo o contrato realizado sem a concorrência quando a lei exige, ou com concorrência fraudada no seu procedimento ou julgamento, ou, ainda, o ajuste que contraria normas legais ou regulamentares em pontos fundamentais de seu conteúdo negocial.

O contrato, como o ato administrativo, há de ser, antes e acima de tudo, *legal*, isto é, conforme à lei; se a desatende, é inoperante, e assim deve ser reconhecido pela Administração, *ex officio* ou em recurso hierárquico, ou pelo Judiciário, mediante provocação do interessado, pela via adequada.

(MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 315)

Evidentemente, a questão suscita respostas distintas quando a nulidade decorre de falha da Administração Pública ou de má-fé do contratado, cuja conduta fraudulenta ou ímproba é detectada apenas após a perfectibilização da relação contratual. No primeiro caso, conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência, admite-se a indenização do contratado pelo que este houver executado até a data em que for declarada a nulidade e por outros prejuízos devidamente comprovados que ele venha a ter.

Todavia, quando a nulidade do contrato decorre de manifesta má-fé do contratado, o dano ocasionado à Administração Pública é representado pela integralidade do contrato, não podendo se esquivar dessa obrigação sob o argumento de “enriquecimento ilícito da Administração Pública”, já que a relação contratual padece de vício na origem. Essa interpretação encontra respaldo legal, conforme se infere da leitura do art. 49 da Lei n. 8.666/93:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. (grifos acrescidos)

Por sua vez, o art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, a que se refere o dispositivo anterior estabelece claramente:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, **contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.** (grifos acrescidos)

Sobre o assunto, Toshio Mukai registra:

Como o ato administrativo nulo não produz efeito jurídicos válidos, também o contrato administrativo (que, no fundo, é um ato administrativo bilateral) não pode produzi-los. Daí a Lei de Licitações determinar o impedimento da produção eficaz de efeitos jurídicos. Como ocorre com o ato nulo, a declaração de nulidade opera *ex tunc* (retroage às origens), podendo ser formalizada somente após ter sido oferecido direito de defesa do contratado por despacho no próprio processo administrativo ou termo, devendo sempre ser indicado os dispositivos legais infringidos.

(MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 168)

Por essa razão, é de se estranhar o entendimento de que "se o serviço foi prestado, não se pode obrigar à devolução dos valores", mormente à luz de previsão expressa no sentido de que, se houver corresponsabilidade do contratado pela nulidade do contrato, não tem este o direito a receber ampla indenização pelos serviços executados, pois, neste caso, recebeu ilicitamente os valores decorrentes do contrato, devendo ressarcir-los integralmente, de forma atualizada, se obrou de má-fé.

Marçal Justen Filho, ao comentar o parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações, registra:

Por igual, o particular que tiver atuado maliciosamente não pode ser beneficiado pela teoria da vedação ao enriquecimento sem causa, que se funda em juízo ético-moral. Aquele que atuou de modo reprovável eticamente não pode invocar benefícios fundados na equidade. [...]

Nesse sentido é que se afirma que a boa-fé do terceiro caracteriza-se quando não concorreu, por sua conduta, para a concretização do vício ou quando não teve conhecimento (nem tinha condições de conhecer) sua existência. O particular tem o dever de manifestar-se acerca da prática de irregularidade. Verificando o defeito, ainda que para ele não tenha ocorrido, o particular deve manifestar-se. Se não o fizer, atuará culposamente. Não poderá invocar boa-fé para o fim de obter indenização ampla.

(JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 18 ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1245-1247)

Assim, a obrigação de ressarcir o contratado, pela Administração, se limita ao trabalho executado até a declaração de nulidade do contrato – contanto que o contratado não tenha contribuído para a nulidade. Caso tenha contribuído para a nulidade, em especial a título de dolo, foi remunerado ilícitamente, o ônus de indenizar é invertido, devendo o contratado ressarcir os valores em caso de má-fé.

No âmbito judicial, colhe-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS):

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE VACARIA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. [...]. 5. Configuração do ato de improbidade estampada pelo conjunto probatório, consistente em concerto realizado entre empresa privada e agentes públicos para fraudar o procedimento licitatório que objetivava implementar o Plantão 24 horas no Centro Municipal de Saúde do Município de Vacaria, resultando em prejuízo ao Erário, diante da restrição da concorrência. 6. A frustração do procedimento licitatório é considerada ato ímprobo, previsto no art. 10, inciso VIII, cuja lesividade é presumida pela norma, sendo suficiente a culpa stricto sensu para a configuração da ilicitude. 7. Elemento subjetivo. Presença do dolo incontroversa e decorrente das ações individualizadas e em conluio dos demandados contrárias a moral objetiva e a ética que deve permear o agir do agente público ou quem com a administração pública venha a contratar. 8. Proporcionalidade da multa civil aplicada em relação ao montante pago na execução do contrato emergencial firmado pela municipalidade com a empresa Mahfus e Nery. **9. Os valores adimplidos pela Administração devem retornar ao Erário, não havendo como ser invocada a vedação de enriquecimento sem causa embora tenha havido a prestação do serviço contratado, pois o benefício auferido pela Administração é involuntário, tendo por origem a**

comprovada má-fé dos contratantes. Inteligência do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. 10. Cabível a determinação de ressarcimento integral do dano (inciso II do art. 12 da Lei nº 8.429/92), uma vez configurado o ato ímprobo, bem como a nulidade da contratação. (grifos acrescidos)

(TJRS, Apelação Cível Nº 70053874285, Terceira Câmara Cível, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 25/09/2014)

Na mesma toada, destacam-se inúmeros precedentes do STJ, que condicionam o ressarcimento dos contratados pelos gastos incorridos até a declaração de nulidade do contrato administrativo ao fato de eles não terem agido com má-fé:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. CONTRATANTE QUE DEU CAUSA À INVALIDAÇÃO DO INSTRUMENTO. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. SÚMULA 83/STJ. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. O Tribunal *a quo*, em virtude da nulidade de contrato administrativo celebrado sem realização de procedimento licitatório devido, afastou o dever de indenizar da Administração ao entender que os agravantes deram causa à invalidação do instrumento. 2. No tocante à levantada contrariedade ao art. 22 da Lei 8906/94 e ao art. 59 da Lei 8666/93, o acórdão recorrido harmoniza-se com a orientação pacífica do STJ de que **não há o dever de indenizar por parte da Administração nos casos de ocorrência de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade. Incidência da Súmula 83/STJ.** (grifos acrescidos)

(STJ, AgRg no REsp 1394161/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE “TOMADA DE PREÇOS” NO LUGAR DE “CONCORRÊNCIA PÚBLICA”. INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU. [...]

4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. **A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o**

contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado. 5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé. (grifos acrescidos) (STJ, REsp 579.541/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONSTATADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. **Segundo jurisprudência pacífica desta Corte, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade.** (grifos acrescidos) (STJ, AgRg no Ag 1056922/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 11/03/2009)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ÔNUS DA PROVA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. DEVER DE INDENIZAÇÃO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. 1. No que concerne à citada afronta ao art. 373, I, do CPC/2015, é inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos para afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido de que existe prova suficiente dos fatos constitutivos. Aplica-se, portanto, o óbice da Súmula 7/STJ. 2. O acórdão recorrido está em sintonia com entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a vedação do enriquecimento sem causa impede a Administração Pública de deixar de indenizar o contratado pelos serviços efetivamente prestados (excluído o lucro do negócio), sob o argumento de ausência de licitação e inobservância de requisitos formais do contrato. **O ente público somente pode se eximir do pagamento em caso de má-fé do contratado ou quando o último concorre para a nulidade,** circunstâncias não descritas pelo acórdão impugnado. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (grifos acrescidos) (STJ, REsp 1749626/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019)

Ainda, em defesa da tese de que o art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93, ao prestigiar os princípios da boa-fé objetiva e da vedação do enriquecimento sem causa, contempla expressamente que a nulidade do contrato administrativo não

exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade, destacam-se: REsp 1.143.969/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 07/11/2017; AgRg no AgRg no REsp 1.288.585/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), Primeira Turma, DJe de 09/03/2016); AgRg no AREsp 275.744/BA, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 17.6.2014; REsp. 1.148.463/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 6.12.2013; AgRg no REsp 1.383.177/MA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013; AgRg no REsp n. 1.394.161/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 16/10/2013; REsp n. 448.442/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 24/09/2010; AgRg no Ag 1.134.084/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 29/06/2009; AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009; AgRg no AREsp 5.219/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 2/6/2011; REsp 928.315/MA, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29.6.2007; REsp n. 579.541/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 19/04/2004.

Importante ainda ressaltar que a declaração de nulidade não se confunde com a rescisão unilateral do contrato administrativo. São situações díspares e que ensejam consequências distintas. No dizer de Lucas Rocha Furtado:

Outra hipótese que pode resultar na extinção do contrato é a anulação dos contratos que se distingue da rescisão porque esta pressupõe a validade do próprio contrato, assim como a validade da própria licitação. Somente parecemos viável, portanto, a rescisão de contrato que tenha sido celebrado com a observância de todos os procedimentos legais, do contrário deverá ele ser anulado.

Ademais, a rescisão unilateral legitima os pagamentos até então efetuados com base no contrato, ao passo que a declaração de nulidade, por operar retroativamente, permite que seja questionada a totalidade dos pagamentos. (FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 559-560)

A rescisão, que se opera em virtude do descumprimento de obrigações contratuais ou legais, pressupõe a validade do contrato, ao passo que a declaração de

nulidade é medida que se impõe quando a Administração tem conhecimento posterior de irregularidades, em virtude de falha sua (dispensa irregular de licitação, contratação direta indevida, edital que restringe indevidamente a competição etc.) ou por má-fé do contratado (quando este pratica sobrepreço, age em conluio com outros licitantes, fraudula a constituição de pessoa jurídica participante de certame, omite informações ou adultera documentos). E é justamente nessa última hipótese, em que o contratado concorre para a nulidade ou age com má-fé, que se deve pleitear a restituição da íntegra do contrato, sob pena de se negar validade ao pressuposto amplamente aceito de que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza.

Todavia, são raros os casos nos quais, em sede de improbidade administrativa, a devolução integral do valor do contrato pelo particular tenha sido efetivamente determinada pelo Poder Judiciário brasileiro; prevalece, no mais das vezes, uma aplicação estreita do princípio da vedação ao enriquecimento sem (justa) causa, em desconsideração à regra emanada do art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993.

Por essa razão, defende-se a construção de uma alternativa, em que haja indenização do contratado apenas pela parcela do contrato que ele tenha efetivamente executado, mas com desconto de eventuais lucros. Trata-se de uma situação intermediária: não seria possível falar em enriquecimento sem causa da Administração Pública (pois esta não receberia os custos dos serviços prestados ou dos bens fornecidos em seu favor), mas também seria reprimido o enriquecimento ilícito do particular (que por óbvio não deveria lucrar a partir de sua atuação ilegal), desestimulando novas práticas irregulares. É a distinção entre o que se convencionou chamar de "teoria do produto bruto" e "teoria do produto bruto mitigado".

Para melhor demonstrar os fundamentos do posicionamento defendido na presente pesquisa, mostra-se oportuno examinar ditas teorias com a merecida profundidade.

4.2 O debate sobre a devolução do lucro

4.2.1 Teoria do produto bruto

A estrutura da presente exposição coincide, com algumas diferenças e acréscimos, com a linha de raciocínio desenvolvida pelo Tribunal de Contas da União (TCU) por ocasião de tomada de contas especial da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações) e adotada no Acórdão TCU 130/2019 - Plenário, Rel. Raimundo Carreiro, de 30/01/2019.

Conforme a teoria do produto bruto, quando há fraude em licitação, a integralidade da verba pública paga ao contratado é considerada dano ao Erário e deve ser restituída, abrangidos custos (diretos e indiretos), lucro, despesas indiretas e sobrepreço. Considerando que o risco do negócio corre por conta do contratado, este não pode alegar execução parcial ou total do objeto do contrato e detém toda a responsabilidade por ilícitos cometidos no âmbito contratual. Dita teoria equivaleria à tese da devolução da íntegra do contrato nas hipóteses de anulação do contrato administrativo, em virtude de má-fé do contratado: todo o valor por ele percebido é tido como ilícito, contaminado pela ilegalidade praticada.

Tal entendimento é amparado pelo já referido art. 49, § 2º, da Lei 8.666/1993, segundo o qual um procedimento licitatório nulo tem por consequência a nulidade do contrato dela resultante, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 da mesma lei. E essa linha de pensamento é convergente com a teoria geral do negócio jurídico, originária do Direito Civil, segundo a qual a declaração de nulidade de ato ou negócio jurídico produz efeitos *ex tunc*, retroagindo ao instante de sua celebração.

O TCU vem empregando com frequência essa teoria em tomadas de contas especiais referentes a convênios, conforme se depreende dos seguintes enunciados:

Considera-se como prejuízo em valores integrais a aplicação dos recursos do convênio em objeto que se revela inservível ou sem funcionalidade após a sua execução, completa ou parcial. (TCU, Acórdão 2.812/2017 – Primeira Câmara)

A execução parcial do objeto pactuado aliada à imprestabilidade da parcela realizada permite a condenação do responsável pelo valor total dos recursos repassados pelo convênio. (TCU, Acórdão 494/2016 – Segunda Câmara)

Nos casos de execução parcial de objeto de convênio, em que a fração executada não possa ser aproveitada para os objetivos do convênio, impõe-se a devolução integral dos recursos federais repassados. (TCU, Acórdão 5.661/2014 – Primeira Câmara)

Quando o objeto de convênio é executado parcialmente e não se vislumbra a possibilidade de aproveitamento do que foi realizado para posterior conclusão, aduz-se que houve completo desperdício dos recursos repassados, os quais devem ser integralmente devolvidos aos cofres federais. (TCU, Acórdão 5.175/2013 – Primeira Câmara)

Nota-se que condenações de gestores de convênios, cujos empreendimentos se mostram inúteis ou inadequados às funções a que se destinam, englobam a totalidade dos valores repassados pelos órgãos federais. Todavia, como regra geral, a jurisprudência tem entendido excessiva a aplicação da teoria do produto bruto para casos de nulidade contratual, mesmo que para esta tenha concorrido o contratado, sob o argumento de que se trataria de enriquecimento sem causa da Administração Pública.

4.2.2 Teoria do produto mitigado

Nesse contexto, uma teoria intermediária seria a denominada "teoria do produto bruto mitigado", conforme se extrai do Acórdão TCU 130/2019:

76. Por outro lado, **nas situações em que a contratada der causa à nulidade, a contrario sensu, não faz sentido aplicar a interpretação tradicional do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993, devendo a indenização à contratada obedecer a outro critério. A saída alvitrada nesses casos para que não seja aplicada a teoria do produto bruto – por ser excessiva e levar ao enriquecimento ilícito do Estado – é a adoção da teoria do produto bruto mitigado**, um abrandamento que corrige as distorções da primeira teoria (produto bruto) e se adere melhor ao nosso ordenamento jurídico. (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019) (grifos acrescidos)

Prossegue a análise com esclarecedor delineamento da teoria do produto bruto mitigado:

77. A teoria do produto bruto mitigado busca atender ao princípio que proíbe o enriquecimento ilícito da Administração, bem como do contratado, que não pode enriquecer com o lucro do ilícito, sem olvidar, porém, que o poder público deve agir de forma severa em relação aos infratores que causem lesões aos cofres estatais por atos ilícitos. Por essa teoria, **a contratada teria direito de receber como indenização os custos reais por ela suportados para cumprir as obrigações contratuais até a declaração de nulidade do contrato, mas apenas estes custos. Dessa forma, o lucro ou remuneração por ela obtido em função do exercício de sua atividade não seria passível de ressarcimento pela Administração (muito menos, por óbvio, o sobrepreço eventualmente existente no contrato).** (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019) (grifos acrescentados)

E conclui:

9. Ante o que consta nos autos, considero adequada a análise efetuada pela SeinfraOperações com o intuito de quantificar o débito. Entendo também adequada a data de ocorrência dos débitos sugerida pela unidade técnica, que adotou uma abordagem conservadora e favorável aos responsáveis, além de ser consonante com a jurisprudência desta Casa citada no relatório precedente.

10. Releva mencionar que a modalidade de quantificação do dano aplicada na presente tomada de contas especial, denominada de “produto bruto mitigado”, na qual, **em situações de comprovada má-fé do contratado, a indenização por serviços executados limita-se exclusivamente aos custos incorridos na consecução do objeto, não fazendo o contratado jus à margem de lucro relativa aos itens executados**, foi chancelada pelo Tribunal quando julgou o TC 010.851/2016-0 e prolatou o Acórdão nº 1.306/2017-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro. (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019) (grifos acrescentados)

Desse modo, à luz da teoria do produto bruto mitigado, do valor total pago pelo contratante ao contratado, deve-se descontar o custo comprovado ou estimado, limitado ao custo de mercado, que a empresa teve para executar o empreendimento, e a diferença entre esses dois valores é o que deve ser ressarcido ao poder público pela empresa executora. Por esse método, tanto se evita o indesejado enriquecimento ilícito da Administração, quanto se desestimulam comportamentos ilícitos das empresas licitantes e contratadas, que passarão a adotar maiores cautelas com o receio de sofrerem sanções que sejam desabonadoras e gravosas ao seu patrimônio.

Ainda nos termos do referido acórdão do TCU:

79. A teoria do produto bruto, nesse aspecto, é mitigada pela obrigação de o poder público descontar, do valor total que pagou à empresa que deu causa à nulidade, os custos demonstrados, resultando, assim, em um valor menor de

imputação de débito à contratada. Por custos da contratada deve-se entender, no caso de um orçamento típico de obra pública, os custos diretos da planilha orçamentária efetivamente executados, somados às despesas indiretas que usualmente fazem parte do BDI [Benefícios e Despesas Indiretas] do contrato, excluindo-se, obviamente, o lucro (remuneração) contratual declarado como parcela ou componente do BDI. (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019)

Sobre o tema, a doutrina tem escrito:

[...] o TCU, buscando aderência às melhores práticas internacionais, emplacou a Teoria do Produto Bruto Mitigado no bojo do Acórdão 1306/2017-TCU-Plenário (BRASIL, 2017), construindo um referencial jurisprudencial para se glosar o lucro declarado pela empresa em caso de obtenção do contrato por meio de fraude, como o pagamento de propinas.

Nesse diapasão, há ainda decisões de Tribunais dos EUA favoráveis à glosa dos lucros, tão bem como casos de recuperação do lucro por conta de atividades ilícitas em países como Alemanha, Itália e Suíça.

Por fim, dentro do disciplinado no artigo 884 do Código Civil, no inciso I do artigo 19 da Lei Anticorrupção, e no artigo 12, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa, a sociedade empresária interessada na leniência não pode deter o lucro dos contratos maculados. Em suma, há critérios vários e robustos que sustentam a pertinência em se devolver os valores equivalentes ao lucro nos contratos envolvidos com o pagamento de propinas.

(GOMES, Rafael M.; ARAGÃO NETO, Roberto H.; BUGARIN, Maurício S.; GAMA, André L. Eficiência, atratividade e dissuasão de acordos de leniência e combate à corrupção: o caso da Operação Lava-Jato. *In: Economics and Politics Research Group Working Paper Series*. Jul 2018, p. 15-16)

A teoria do produto bruto mitigado havia sido anteriormente empregada pelo TCU por ocasião do Acórdão 1306/2017-Plenário (auditoria em contratos de operação do navio-sonda Vitória 10.000). A referida Corte de Contas determinou cautelarmente à contratante (Petrobrás) que limitasse os pagamentos a partir daquela decisão aos custos diários diretos e indiretos que a contratada suportava pela execução do contrato analisado naqueles autos:

9.2. determinar à Petrobras que, na qualidade de contratante, líder do consórcio e operadora do Bloco BM-S-09:

9.2.1. retenha a totalidade dos pagamentos ainda não efetuados à Deep Black Drilling LLP no âmbito do contrato de afretamento do navio-sonda Vitória 10.000; e

9.2.2. em relação ao contrato de prestação de serviços de perfuração do referido bloco, celebrados com a Schahin Engenharia S.A., atualmente denominada Base Engenharia e Serviços de Petróleo e Gás S.A., **limite os pagamentos ainda não efetuados aos valores correspondentes aos custos diários diretos e indiretos efetivamente incorridos pela contratada,**

estimados preliminarmente em US\$ 54.220,00.) (TCU, Acórdão 1.306/2017-Plenário, rel. José Mucio Monteiro, j. 21/06/2017) (grifos acrescentados)

O trecho abaixo do Acórdão 1306/2017-Plenário esclarece como a questão foi enfrentada e a teoria do produto bruto mitigado aplicada nesse relevante precedente:

Inicialmente, a unidade técnica calculou os referidos custos diários diretos e indiretos em US\$ 361.477,00, na forma especificada no relatório. O atual titular da SeinfraOperações, entretanto, se manifestou pela retenção da totalidade do pagamento pendente relativo ao contrato de afretamento da embarcação, promovendo-se apenas o pagamento referente aos custos diários diretos e indiretos do contrato de prestação de serviços, limitado ao valor de US\$ 54.220,00 (corresponde a 15% do valor inicialmente levantado pela unidade técnica, levando-se em conta a proporção dos serviços de perfuração no total do DSC).

Concordo com o último posicionamento da unidade instrutiva. Em juízo de conhecimento não exauriente, **o objetivo da retenção cautelar parcial de pagamentos é o de evitar eventual aumento do dano à Petrobras decorrente de nulidade dos contratos fraudados. A autorização para o pagamento dos custos diretos e indiretos referentes ao contrato de prestação de serviços, por sua vez, visa mitigar o perigo reverso decorrente de eventual retenção total de valores.** (TCU, Acórdão 1.306/2017-Plenário, rel. José Mucio Monteiro, j. 21/06/2017) (grifos acrescentados)

O argumento utilizado foi o de que, embora nulo o negócio jurídico, as contratações geraram serviços e bens fruídos pela contratante, cujos custos, portanto, deveriam descontados do valor total do produto bruto calculado:

É nesse sentido que foi adotada metodologia de ressarcimento seguindo critérios de justiça e equidade com base na "Teoria do Produto Bruto".

[...]

99. Nesse estudo é demonstrado que o marco legal brasileiro adota a teoria do produto bruto com fundamento no Decreto 5687, de 31 de janeiro de 2006 (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), no Código Penal, na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Lavagem de Dinheiro.

[...]

100. Mesmo assim, faz-se necessário descontar do valor total a ser restituído a Petrobras os custos efetivamente incorridos pela Schahin, visto que o negócio de perfuração de sondas é lícito. Com isso, embora nulo o negócio jurídico e inválidos os seus atos, as contratações da operação da sonda geraram serviços e bens fruídos pela estatal, cujos custos, portanto, devem ser excluídos do cômputo do valor total do produto bruto calculado. São essas as diretrizes do estudo supracitado [tese de doutorado defendida na Universidad de Salamanca pelo Advogado da União, André Luiz de Almeida Mendonça, com o título

“Sistema de principios para la recuperación de activos procedentes de la corrupción”]:

‘ Por lo tanto, en definitiva, el principio de integridad significa que el montante a ser restituído al Estado en función del acto corrupto o ímprobo debe representar la exacta reconstitución de las consecuencias patrimoniales y extra patrimoniales causadas por el ilícito según parámetros de justicia y equidad. Para tanto, es indispensable que la cuantificación del montante a ser resarcido considere (i) el producto bruto del ilícito, pero, tratándose de ilícito en el negocio y en la medida de la utilidad experimentada por el Estado, admitiéndose al acusado postular el descuento de los costes lícitos, directos, y razonables por él comprobadamente realizados en la ejecución del objeto del contrato; (ii) la reparación de los daños materiales causados sin incidencia de bis in idem, y; (iii) la reparación de los daños extra patrimoniales o morales según parámetros de proporcionalidad en función de las características del agente y del acto. Así, se garantiza la justa reparación sin enriquecimiento ilícito de uno u otro lado, bien como sin que el daño y riesgo de la conducta sea soportado por la propia sociedad, ya victimizada por el ilícito.’

101. **Afigurar-se-ia incompatível com o Estado de Direito admitir que um agente que compôs uma contratação fraudulenta pudesse reter o lucro decorrente de tal negócio jurídico inválido. Concordar com tal possibilidade representaria tratar de igual forma contratos legais e ilegais, premiando o infrator da lei, o que, definitivamente, não é tolerado pelo Direito. Por outro lado, sob pena de tornar o caminho do criminoso vantajoso, não é possível aceitar que a empresa tenha lucro com a atividade ímproba.** Assim, considera-se como fonte de restituição toda a riqueza relacionada direta ou indiretamente a partir de corrupção ou improbidade.

20. Sobre a mencionada “teoria do produto bruto” e sua aplicação ao caso em exame, o diretor da SeinfraOperações assim se manifestou (peça 76):

“7. O objetivo da restituição de lucros é impossibilitar que o agente se beneficie em decorrência do ato ilícito e tome vantagem financeira real advinda de prática irregular. O embasamento jurídico para esse encaminhamento está calcado na Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), na restrição ao enriquecimento sem causa do Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), e no conceito de *disgorgement* (restituição de lucros obtidos ilicitamente), oriundo do *comom law* e acolhido tanto pelo código civil brasileiro, quanto por princípios e decisões jurídicas nesse sentido.

[...]

9. Somado às prerrogativas da lei de licitações, o conceito de *disgorgement* albergado no relatório de auditoria possui como pilar a possibilidade de calcular as perdas sofridas pela parte lesada, com a quebra contratual, a partir dos lucros auferidos pela outra parte. Com origem no direito inglês, pode ser descrito como a restituição do lucro obtido pelo autor da violação de um direito alheio. O dicionário legal da Universidade de Cornell define o termo como:

Um remédio que impõe à parte que auferiu lucros diante de condutas ilegais ou atos faltosos o dever de restituir os lucros auferidos diante da conduta ilegal ou do ato faltoso. O propósito deste remédio é prevenir o enriquecimento ilícito.

10. O *disgorgement* pode ser aplicado para se obter a reparação integral de danos (previsto no Artigo 74 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias). **O instituto pode ser aplicado para embasar o cálculo do *quantum* indenizatório devido ao promissário no lucro que o promitente auferiu ao incorrer em contrato ilícito a ser anulado. Tais circunstâncias são também ratificadores das conclusões da equipe desta unidade técnica e explicação sobre a teoria do produto bruto (parágrafos 95-101 do relatório de auditoria e evidência 35 [peça 70] –**

Considerando, por exemplo, a responsabilidade por improbidade administrativa, é possível extrair das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 uma interpretação normativa que permite verificar presentes os elementos da teoria do produto bruto mitigado. Nos termos de seus incisos I, II e III, as cominações que podem ser aplicadas ao responsável pelo ato de improbidade envolvem, dentre outras, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e o ressarcimento integral do dano. Essas sanções, aplicadas cumulativamente ou não, dependerão da análise concreta do ato de improbidade praticado.

Novamente, conforme o Acórdão TCU 130/2019:

84. O art. 6º da Lei de Improbidade define que “no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”, o que é substancialmente diferente do que dispõe o art. 5º. A título de exemplo, em um caso de improbidade cujo ato se relacione a conduta vedada pela lei e diga respeito a um contrato superfaturado, o “ressarcimento integral do dano” corresponderia ao superfaturamento da parcela paga desse contrato (proveniente do sobrepreço, ou preço contratado acima do valor de mercado), enquanto os “bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio” do agente ímprobo (ou terceiro beneficiado) seria o lucro que esse agente ou empresa contratada obteve pela execução do contrato. Se o lucro não tivesse que ser devolvido à Administração pela empresa ímproba, estaria ela se enriquecendo ilicitamente às custas do poder público a partir da prática do ato vedado que concorreu com esta circunstância (enriquecimento ilícito).

85. **Daí não ser exagerado concluir que a teoria do produto bruto mitigado encontra respaldo na lei de improbidade administrativa nos casos em que o ato lesivo se relacione a ilícitos praticados em contratos administrativos**, uma vez que as sanções apenas não atingem os custos demonstráveis pela empresa na execução do contrato, cabendo a ela ressarcir o valor superfaturado e perder o lucro obtido pela execução do contrato, por enriquecimento ilícito. (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019) (grifos acrescidos)

Há ainda julgado do TCE/SC que, embora sem citá-la expressamente, endossa as diretrizes da teoria do produto bruto mitigado:

¹³⁰ Como adendo, cabe ainda informar que, em 25/8/2017, o Ministro Edson Fachin do STF negou seguimento a mandado de segurança impetrado pelas empresas responsáveis do caso tratado no acórdão do parágrafo acima, convalidando o entendimento pacífico daquela Corte Suprema acerca da competência constitucional do TCU para aferir a regularidade dos repasses de recursos públicos a terceiros que contratam com a Administração Pública (STF, MS 35004, Relator(a): Min. Edson Fachin, j. 25/08/2017, publicado em DJe-193 DIVULG 29/08/2017 PUBLIC 30/08/2017).

Tratam os autos de Tomada de Contas Especial instaurada para apurar irregularidades na contratação por inexigibilidade de licitação, promovida pela Prefeitura Municipal de Florianópolis, de empresa para a criação, execução, montagem e desmontagem de árvore de natal.

A empresa contratada para montagem e manutenção da árvore de Natal, em alegações de defesa, requereu indenização pela realização parcial do objeto contratado. **O Relator argumentou que “apesar de a empresa realmente não possuir direito à indenização integral da contratação, os custos diretos e indiretos dos serviços (custos incorridos na execução do objeto contratual) que efetivamente tenham sido prestados devem ser ressarcidos, mesmo quando presente a má-fé, na forma do art. 884 do Código Civil, com fulcro na vedação ao enriquecimento ilícito da Administração Pública, excluindo-se os lucros e, obviamente, o eventual sobrepreço neles contido”.** (TCE/SC - 09/00672153. Rel. Cons. Adircélio de Moraes Ferreira Júnior. Informativo de Jurisprudência do TCE/SC - N. 041 - Período - 01 a 31 de outubro de 2017) (grifos acrescentados)

Cumprе ressaltar, também, que, além do lucro obtido pelo contratado, todas as outras parcelas que não compoñham o custo básico do objeto efetivamente executado devem ser ressarcidas, tais como eventual superfaturamento e parcelas ilícitas em si mesmas (“propina”, por exemplo).

O quadro abaixo sintetiza as principais diferenças entre as teorias que podem ser utilizadas para o cálculo do ressarcimento devido ao Erário:

Teoria	Procedimento licitatório	Forma de cálculo do ressarcimento	Devolução ao Erário
Cálculo convencional do débito	Licitação sem fraude ou outro ato ilícito	Diferença entre o valor pago e o valor de mercado	Sobrepreço
Teoria do produto bruto mitigado	Licitação com fraude ou outro ato ilícito	Diferença entre o valor pago e os custos diretos e despesas indiretas limitados aos custos referenciais de mercado	Sobrepreço + lucro regular da contratada conforme padrões de mercado
Teoria do produto bruto	Licitação com fraude ou outro ato ilícito	Todo o valor pago	Valor total do contratado (sobrepreço + lucro + custos diretos + custos indiretos)

Fonte: TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019.

As teorias acima foram ordenadas em termos crescentes de severidade sancionatória pela qual os responsáveis por atos ilícitos devem responder. O

ressarcimento ao Erário poderá ser desde apenas o valor do sobrepreço contratual até o valor total do contrato recebido pela contratada. A teoria do produto bruto mitigado pressupõe uma situação intermediária de rigidez para com os infratores, justificável nos casos de ilícitos e fraudes comprovadas às licitações e contratos.

4.2.3 A posição do STJ e da doutrina

No âmbito do Direito Administrativo, o STJ tem adotado interpretação consentânea com a teoria do produto bruto mitigado, embora sem citá-la nominalmente, ao decidir sobre contratos administrativos eivados de vício na formação capaz de ensejar nulidade.

De fato, há decisões em que o STJ admite, mesmo em situações de comprovada má-fé do contratado, a indenização por serviços executados, porém, limitando-a aos custos básicos incorridos na consecução do objeto (teoria do produto bruto mitigado). É o que se verifica nos seguintes precedentes: REsp n. 1.188.289/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 13/12/2013; REsp n. 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 24/05/2012; REsp 448442/MS, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/09/2010; AgRg no Ag 1134084/SP, Relator: Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 29/06/2009; REsp 928315/MA, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma DJ 29/06/2007; REsp 662924/MT, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 01/07/2005; REsp 408785/RN, Relator: Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 30/06/2003.

Pela didática com que foi redigido, transcreve-se a ementa do REsp n. 1.153.337/AC:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO DE COBRANÇA. LICITAÇÃO. NULIDADE. CONCORRÊNCIA DO PARTICULAR. OBRA EFETIVAMENTE ENTREGUE CONFORME AS ESPECIFICAÇÕES DO EDITAL. INDENIZAÇÃO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 49 DO DECRETO-LEI 2.300/86 (ATUAL ART. 59 DA LEI 8.666/93).
1. Argumenta a autarquia federal que o artigo 49 do Decreto-Lei 2.300/86 (atualmente artigo 59 da Lei 8.666/93) "estabelece como condição para o dever de indenizar o contratado a não imputabilidade da irregularidade que motivou a nulidade do contrato firmado com a Administração", o que não ocorreu no caso

em que foi constatada a participação da contratada na nulidade contratual em virtude de superfaturamento da obra.

2. O caput da regra geral estabelece para todos os casos de nulidade do contrato administrativo, o retorno ao estado anterior à avença (Art 49. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos) exatamente como ocorre no direito privado (art. 182 do CC/02). O parágrafo único protege o contratante de boa-fé que iniciou a execução do contrato, merecedor, portanto de proteção especial à sua conduta (A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado, pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa).

3. Em relação ao contratado de má-fé, não lhe é retirada a posição normal de quem sofre com a declaração de invalidade do contrato - retorno ao estado anterior, prevista no caput do artigo 49 do Decreto-Lei 2.300/86. Esse retorno faz-se com a recolocação das partes no estado anterior ao contrato, o que por vezes se mostra impossível, jurídica ou materialmente, como ocorre nos autos (obra pública), pelo que as partes deverão ter seu patrimônio restituído em nível equivalente ao momento anterior, no caso, pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro.

4. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1153337/AC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012) (grifos acrescentados)

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONVÊNIO PARA REALIZAÇÃO DE EVENTO NATALINO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. BOA-FÉ DO CONTRATADO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE INDENIZAR. PAGAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS SEM QUALQUER MARGEM DE LUCRO. PRINCÍPIO DO NÃO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

SÚMULA 7/STJ.

[...] **4. É pacífico no STJ que, embora o contrato ou convênio tenha sido realizado com a Administração sem prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços efetiva e comprovadamente prestados, ressalvadas as hipóteses de má-fé ou de ter o particular concorrido para a nulidade. Nesses casos excepcionais, o pagamento, à título de ressarcimento, será realizado "pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro"** (REsp 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 24/5/2012, grifo acrescentado).

5. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, negar-lhe provimento. (grifos acrescentados) (STJ, AREsp 1522047/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 1/10/2019, DJe 11/10/2019) (grifos acrescentados)

Entendeu-se, nesses casos, que do contratado de má-fé não é retirada a posição normal de quem sofre com a declaração de invalidade do contrato, em que o

retorno ao *status quo ante* pode envolver a necessidade de indenização por efeitos de desconstituição impossível, como os serviços devidamente prestados. Todavia, decidiu-se que o contratado infrator não faria jus à margem de lucro relativa aos itens executados, os quais deveriam ser indenizados somente pelo valor do custo de produção. Assim seria respeitado o princípio da proibição do enriquecimento sem causa em relação à Administração.

Também o TJ/SC tem passado a acolher esse entendimento, conforme se extrai de recente precedente, baseado na orientação do STJ acima referida:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIÇOS PUBLICITÁRIOS PARA A CÂMARA DE VEREADORES DE TUBARÃO. EDIÇÃO DE TERMO ADITIVO PRORROGANDO CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE JÁ SE ENCONTRAVA EXPIRADO, POR MAIS UM ANO, COM AMPLIAÇÃO DE SEU OBJETO E MAJORAÇÃO SUBSTANCIAL DA REMUNERAÇÃO MENSAL ESTIPULADA. **CONFIGURAÇÃO DO DANO PRESUMIDO (IN RE IPSA). RESSARCIMENTO DEVIDO, CONFORME JÁ ASSENTOU O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** ATRIBUIÇÃO EXCEPCIONAL DE EFEITOS INFRINGENTES AO PRESENTE QUE SE IMPÕE NO PONTO. PLEITO DE MAJORAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. REDISCUSSÃO. DESCABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **"Por força da incidência do art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, o STJ sedimentou entendimento de que a invalidação do contrato garante ao contratado de boa-fé que iniciou a execução do contrato o dever de indenizar o que foi executado até a data em que a nulidade for declarada, desde que não lhe seja imputável o vício. Já para o contratado de má-fé, como no presente caso, e à luz do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, é assegurado apenas o retorno ao status quo, equivalente ao custo básico do produto ou serviço, sem nenhuma margem de lucro."** No mesmo sentido: REsp 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 24.5.2012." (REsp 1188289/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 13/12/2013). (TJSC, Embargos de Declaração n. 0002719-71.2006.8.24.0075, de Tubarão, rel. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 26-11-2019).

O inteiro teor do acórdão esclarece:

[...]

Razão assiste ao embargante quando defende que o acórdão embargado foi omisso em relação ao ressarcimento dos danos.

In casu, trata-se de situação onde o dano é presumido (in re ipsa).

Nesta seara, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Por força da incidência do art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, o STJ sedimentou entendimento de que a invalidação do contrato garante ao contratado de boa-fé que iniciou a execução do contrato o dever de

indenizar o o que foi executado até a data em que a nulidade for declarada, desde que não lhe seja imputável o vício. Já para o contratado de má-fé, como no presente caso, e à luz do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, é assegurado apenas o retorno ao status quo, equivalente ao custo básico do produto ou serviço, sem nenhuma margem de lucro. No mesmo sentido: REsp 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 24.5.2012." (REsp 1188289/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 13/12/2013).

[...]

Por tais razões e fundamentos, cumpre dar parcial provimento aos embargos de declaração, condenando os demandados também ao ressarcimento do dano, mediante a devolução dos valores recebidos por força do termo aditivo firmado quando já encerrado o prazo do pacto originário, com exceção do custo básico do produto ou serviço (sem nenhuma margem de lucro).

Na doutrina administrativista, já havia autores que sustentavam essa tese também para os casos de má-fé do contratado em relação à nulidade contratual. Nesse sentido, traz-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Sem embargo, salvo se esteve conluiado com a Administração na ilegalidade, não sendo possível repor o *status quo ante*, terá de ser acobertado pelas despesas que fez em relação ao que a Administração haja aproveitado e incorporado em seu proveito. **O princípio do enriquecimento sem causa abona esta solução, até mesmo nos casos em que tenha havido má-fé. Este acobertamento deverá ser pelo exato valor a ser pericialmente apurado, e que corresponderia à vantagem auferida pela Administração, ainda que o dispêndio do contrato haja sido maior; e, evidentemente, a ele não assistirá direito a qualquer lucro ou remuneração por aquilo que empreendeu. Também nessa hipótese não será resguardado dos prejuízos indiretos ou seja, dos proveitos que acaso haja deixado de auferir em razão da vinculação contratual.** (grifos acrescentados) (MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 667)

Em sentido equivalente, Marçal Justen Filho:

Ainda que o terceiro não tenha atuado de boa-fé, a proclamação do vício não autoriza que a Administração se invista na titularidade da prestação sem qualquer remuneração ao particular. Isso equivaleria a uma sanção de confisco, que não é admitida em nosso direito. **Nesse caso, caberá indenizar o particular, mas com a eliminação de qualquer margem de lucro - diversamente do que se passará caso se configure a boa-fé do particular.** Se houve boa-fé, deve-se indenizar o particular exatamente pelo valor da proposta que formulara, com todos os acréscimos que lhe seriam assegurados se a contratação fosse válida. (grifos acrescentados) (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 553)

Observando os julgados da Corte Superior e as manifestações dos doutrinadores, percebe-se que a aplicação das normas do Direito Administrativo pátrio em conjunção com os princípios consagrados do direito advindos da esfera privada conduziu a soluções idênticas às que seriam obtidas com o uso da teoria do produto bruto mitigado. Ao contratado de má-fé, que concorreu para eivar de nulidade o contrato firmado com a Administração, impõe-se a devolução dos custos despendidos na execução, abatendo-se do débito o montante referente aos lucros.

Cumprido ainda destacar a existência do Decreto n. 8.420/2015, que regulamenta a Lei n. 12.846/2013 no âmbito federal, a qual, por seu turno, dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Trata-se de texto normativo que, com a finalidade de quantificar os valores a serem devolvidos pela pessoa jurídica, estabelece a necessidade de se incluir o lucro ou vantagem auferida/pretendida no ato ilícito:

Art. 20. A existência e quantificação dos fatores previstos nos art. 17 e art. 18, deverá ser apurada no PAR e evidenciada no relatório final da comissão, **o qual também conterà a estimativa, sempre que possível, dos valores da vantagem auferida e da pretendida.**

[...]

§2º O valor da vantagem auferida ou pretendida **equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo**, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada a agente público ou a terceiros a ele relacionados.

§3º Para fins do cálculo do valor de que trata o § 2º, serão **deduzidos custos e despesas legítimos comprovadamente executados** ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido. (grifos acrescidos)

No mesmo sentido, a Instrução Normativa CGU/AGU n. 2/2018, atinente à metodologia de cálculo do valor a ser ressarcido nos acordos de leniência firmados pela Controladoria-Geral da União (CGU), no item 3 de seu Anexo I, lança mão de critério plenamente identificável com a teoria do produto bruto mitigado, e que abre caminho para o cômputo do ressarcimento com base no lucro "ou enriquecimento que seria razoável se não houvera o ato ilícito":

Anexo I

[...] 3. No que se refere ao ressarcimento aos entes lesados, a orientação vigente sobre o valor a ser ressarcido aos entes públicos lesados, no âmbito de acordo de leniência, consigna dois tipos de rubricas:

i. Rubrica com natureza de sanção: a multa administrativa da LAC; e

ii. **Rubrica com natureza de ressarcimento: a vantagem indevida auferida ou pretendida no âmbito de suas relações com a administração pública em geral. Composta por três categorias de valores, a saber:**

1. somatório de eventuais danos incontrovertidos atribuíveis às empresas colaboradoras;

2. somatório de todas as propinas pagas; e

3. **lucro ou enriquecimento que seria razoável se não houvera o ato ilícito.** (grifos acrescidos)¹³¹

A devolução dos lucros ao Erário não provoca qualquer enriquecimento da Administração Pública e também impede o enriquecimento indevido do contratado, cujo ajuste contratual está contaminado pela improbidade administrativa.

Ao participar de uma contratação ilegal, que não poderia ter sido concretizada, o particular não pode auferir lucros, sob pena de se aproveitar da sua própria torpeza. Deve ser aplicado nesse ponto, analogicamente, o mesmo raciocínio utilizado quanto ao possuidor de má-fé em relação aos frutos, previsto no art. 1.216, parte final, do Código Civil, que assevera:

Art. 1.216 O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

Com efeito, o lucro pretendido pelo contratado não deixa de ser uma espécie de frutos civis do dinheiro aplicado para a execução do contrato, o que, guardadas as devidas proporções, autoriza a aplicação do mesmo raciocínio. Assim, reconhecendo a nulidade do contrato em virtude da prática de atos de improbidade, que pressupõe má-fé, o contratado deve devolver parte dos valores recebidos, ao menos à razão direta do montante correspondente aos lucros auferidos com o contrato. Ressalte-se que esse entendimento tem o objetivo evitar um mal maior, haja vista alguns julgados isentarem

¹³¹ Note-se que as três categorias de valores que integram a rubrica com natureza de ressarcimento abrangem não só o lucro, mas também os danos incontrovertidos (superfaturamento) e os valores ilícitos em si mesmos (propinas).

os contratados, ainda que ímprobos, de devolverem qualquer quantia, bastando que tenham executado as obrigações contratuais.

Além disso, é possível chegar à mesma conclusão a partir das previsões da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) introduzidas pela Lei n. 13.655/2018. De fato, dispõe o art. 21, *caput* e parágrafo único, da LINDB:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Sobre o dispositivo, leciona a doutrina que “a LINDB admitiu o saneamento do ato jurídico quando os efeitos nocivos do seu desfazimento forem muito significativos”. Nesse sentido, a nulidade do contrato deve passar pela análise dos efeitos que poderá produzir, “de modo a evitar o desfazimento de atos que, embora defeituosos, produziram efeitos consolidados ou cujo desfazimento for apto a comprometer valores protegidos pela ordem jurídica”¹³².

Em sentido similar, o art. 27, *caput*, do mesmo diploma legal:

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

Especificamente sobre o art. 59 da Lei n. 8.666/93, o mesmo autor esclarece:

1) A superveniência da Lei 13.655/2018

O art. 59 da Lei 8.666/1993 deve ser interpretado de modo consentâneo com as previsões introduzidas supervenientemente pela Lei 13.655/2018, que incluiu dispositivos no Dec.-lei 4.657/1942. O reconhecimento da existência de vício na contratação não impõe, como solução necessária inafastável, a desconstituição do vínculo, com efeitos retroativos. Admite-se

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

a preservação do contrato, tal como a modulação dos efeitos da pronúncia do vício. Isso significa que uma contratação eivada de vícios pode ter a sua execução preservada.

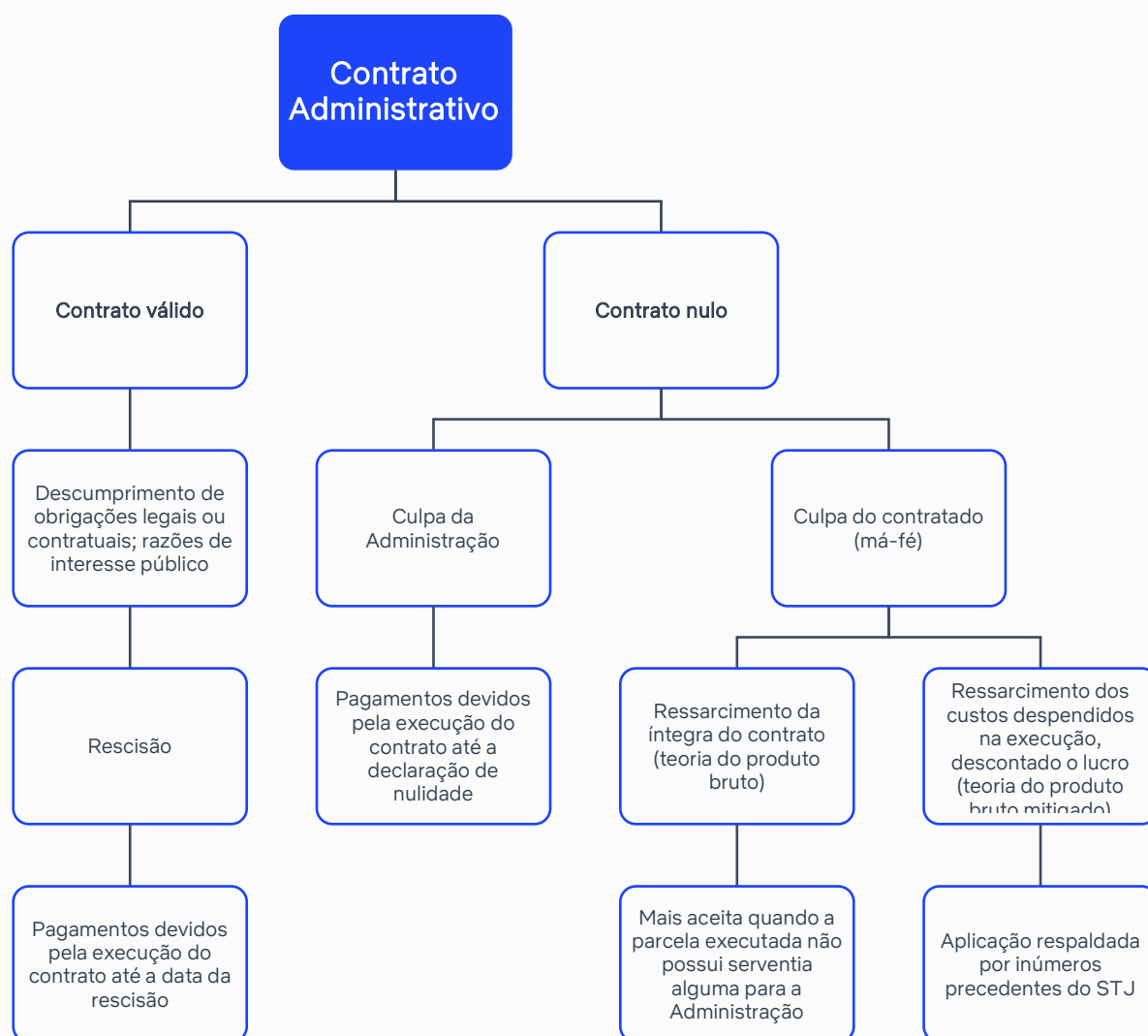
A solução poderá ser acompanhada de medidas destinadas a eliminar os defeitos e os seus efeitos danosos. Se for o caso, caberá adotar providências de cunho compensatório, destinadas a suprimir vantagens ou benefícios indevidos.

A determinação contida no art. 59 da Lei 8.666/1993 refletia uma concepção jurídica vigente no passado, que adotava o pressuposto radical de que a nulidade se constituía em obstáculo à produção de efeitos jurídicos. Essa concepção já deixara de ser praticada a propósito do vício jurídico mais grave, que é a inconstitucionalidade. Durante muito tempo, prevaleceu o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade produzia efeitos retroativos necessários, eis que um ato inconstitucional era considerado como inexistente. Mas a Lei 9.868/1999 admitiu a modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.

Uma orientação similar foi consagrada nos arts. 20 e 21 do Dec.-lei 4.657/1942 (com a redação da Lei 13.655/2018), tal como será mais bem exposto adiante. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters, 2019)

Em síntese, há robustos fundamentos jurídicos, doutrinários e jurisprudenciais para que se busque, de forma alternativa ou subsidiária à devolução da íntegra do contrato, ao menos o ressarcimento os lucros obtidos pela empresa com o contrato nulo que celebrou de má-fé com a Administração (sem prejuízo de eventual sobrepreço e de “propinas” porventura pagas).

De forma sintética, o cenário anteriormente descrito pode ser representado da seguinte forma:



4.2.4 Cálculo do lucro para fins de ressarcimento

Concluída essa perspectiva, porém, deve-se perquirir acerca da metodologia de aferição do valor do lucro a ser devolvido ao erário, na aplicação da teoria do produto bruto mitigado. Isso porque, ao se adotar a tese da devolução do lucro, é preciso quantificá-lo à luz do caso concreto, o que pode se dar de diversas formas.

Em obras de engenharia, é usual que conste da própria proposta do licitante o denominado BDI (Benefícios e Despesas Indiretas) ou LDI (Lucro e Despesas Indiretas), rubricas que incluem o lucro previsto para aquela determinada obra, nos termos do Decreto n. 7.983/2013¹³³ e da jurisprudência do TCU (acórdãos n.

¹³³ Art. 9º O preço global de referência será o resultante do custo global de referência acrescido do valor correspondente ao BDI, que deverá evidenciar em sua composição, no mínimo: [...] IV – taxa de lucro.

3.034/2014 - Plenário¹³⁴ e n. 2.622/2013 - Plenário¹³⁵, por exemplo). Daí que nesses casos revela-se mais simples extrair o percentual de lucro que deverá ser devolvido.

Nesse sentido trecho do Acórdão n. 130/2019 - TCU, já transcrito acima:

79. A teoria do produto bruto, nesse aspecto, é mitigada pela obrigação de o poder público descontar, do valor total que pagou à empresa que deu causa à nulidade, os custos demonstrados, resultando, assim, em um valor menor de imputação de débito à contratada. Por custos da contratada deve-se entender, no caso de um orçamento típico de obra pública, os custos diretos da planilha orçamentária efetivamente executados, somados às despesas indiretas que usualmente fazem parte do BDI [Benefícios e Despesas Indiretas] do contrato, **excluindo-se, obviamente, o lucro (remuneração) contratual declarado como parcela ou componente do BDI.**

Caso não haja o lucro ou remuneração discriminado como componente do BDI, podem ser utilizados os parâmetros estabelecidos para o referido componente pelo TCU, no Acórdão n. 2.622/2013, Plenário, conforme o tipo de obra ou serviço de engenharia:

TIPO DE OBRA	1ª QUARTIL	MÉDIO	3ª QUARTIL
Construção de edifícios	6,16%	7,40%	8,96%
Construção de rodovias e ferrovias	6,64%	7,30%	8,69%
Construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas	6,74%	8,04%	9,40%
Construção de manutenção de estações e redes de distribuição de energia elétrica	8,00%	8,31%	9,51%
Obras portuárias, marítimas e fluviais	7,14%	8,40%	10,43%

¹³⁴ "Na composição do BDI de obras públicas devem ser considerados somente os custos alocados com base em critérios de rateio ou em estimativas ou aproximações, tais como: administração central, riscos, seguros, garantias e despesas financeiras, além da remuneração da empresa contratada e tributos incidentes sobre o faturamento." (TCU, Acórdão nº 3.034/2014 - Plenário)

¹³⁵ A taxa de BDI deve ser formada pelos componentes: administração central, riscos, seguros, garantias, despesas financeiras, remuneração do particular e tributos incidentes sobre a receita auferida pela execução da obra. Custos diretamente relacionados com o objeto da obra, passíveis de identificação, quantificação e mensuração na planilha de custos diretos (administração local, canteiro de obras, mobilização e desmobilização, dentre outros), não devem integrar a taxa de BDI. (TCU, Acórdão nº 2.622/2013 - Plenário)

Itens de mero fornecimento de materiais e equipamentos	3,50%	5,11%	6,22%
--	-------	-------	-------

Em outros tipos de serviços, a aferição poderá passar pela análise da documentação contábil da empresa licitante, a fim de aferir o lucro obtido naquele serviço específico (quando houver esse registro mais detalhado) ou o lucro obtido pela empresa em determinado período (cujo percentual poderá ser aplicado ao bem ou serviço objeto do contrato nulo, para fins de determinação do valor a ser devolvido a título de lucro).

Uma possibilidade comum é extrair esse percentual de lucro dos documentos contábeis juntados pela empresa na licitação, em especial a Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), que em geral abrange o lucro do exercício anterior ao da licitação.

De fato, a Lei de Licitações dispõe:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta.

Sobre o tema e as diversas formas de demonstração contábil, conforme o tipo societário, leciona a doutrina:

3.1) Pluralidade de regime jurídico de contabilização

O regime jurídico para a contabilidade e demonstrações pertinentes é variável em função da forma societária, opção legislativa que foi mantida pelo atual Código Civil. Assim, as regras pertinentes à apuração dos resultados e elaboração de balanços e demonstrações contábeis variam. São previstos regimes jurídicos conforme se tratar de companhias ou não.

A Lei das S.A. determina que todas as sociedades anônimas deverão realizar, até quatro meses após encerrado o exercício social, uma assembleia geral ordinária para exame, discussão e aprovação das demonstrações financeiras (art. 132). Portanto, todas as companhias deverão apresentar suas últimas demonstrações financeiras aprovadas por assembleia geral ordinária (comprovada através de ata arquivada na Junta Comercial). Se a habilitação

ocorrer até quatro meses após o término do seu exercício social e não tiver realizado ainda sua assembleia geral ordinária, a companhia deverá apresentar as demonstrações financeiras do exercício imediatamente anterior. Observe-se que a Lei das S.A. exige, ademais disso, que a ata da assembleia geral que aprovou as demonstrações do exercício anterior deve, depois de arquivada na Junta Comercial, ser levada à publicação para valer em face de terceiros (art. 134, § 5.º). Não se afigura que tal determinação imponha à licitante apresentar não apenas as demonstrações e a ata arquivada, mas também a publicação pela imprensa. É que essa publicação se destina a dar conhecimento a terceiros da existência desses atos. Na medida em que a licitante apresente certidão da Junta Comercial, atestando o arquivamento da ata, a exigência de comprovação de publicidade pela imprensa envolveria um formalismo excessivo, que nenhum benefício traria.

A situação é diversa quando se tratar de outras espécies societárias empresariais. O Código Civil estabelece, nos arts. 1.179 e seguintes, a obrigatoriedade da escrituração contábil, com o dever de promover à lavratura de balanço patrimonial e de resultado econômico, anualmente. A sociedade limitada tem um regime especial. O art. 1.065 determina a obrigatoriedade da elaboração de balanço patrimonial e de balanço de resultado econômico, o que deverá ocorrer ao “término de cada exercício social”. Mas a aprovação das contas da administração (logo, dos referidos balanços) dependerá da deliberação dos sócios (art. 1.071, I), a qual se fará em assembleia geral, até quatro meses depois do término do exercício social (art. 1.078, inc. I). A solução legal importa a aproximação entre o regime das S.A. e das limitadas, o que propiciará a superação das dúvidas existentes.

Questão peculiar envolve a situação das sociedades não empresárias. Quanto a elas, não há determinação sobre o regime para a contabilização. É evidente, no entanto, a obrigatoriedade da observância de práticas compatíveis com os princípios fundamentais da contabilidade. Aliás, a omissão do CC/1916 foi corrigida pelo atual diploma (cujo art. 1.020 impõe aos administradores das chamadas sociedades simples – equivalentes às atuais sociedades civis – o dever de apresentar--lhes anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico). Tem de admitir-se como um dever de boa administração a adoção de contabilidade, sem a qual é impossível averiguar a correção da atuação do administrador. No entanto, a omissão de disciplina específica acarreta a ausência de forma específica e determinada. Vale dizer, incumbirá ao administrador optar por uma alternativa correta, adequada e satisfatória para promover a escrituração contábil. Essa solução terá de ser aceita pela Administração, desde que compatível com as práticas usuais e reiteradas da Ciência da Contabilidade.

Em vista do princípio da razoabilidade pode argumentar-se ser impossível promover um balanço no dia imediatamente seguinte ao término do exercício social. Mas daí não se segue que haveria discricionariedade dos administradores quanto à época para elaboração e aprovação do balanço. Supõe-se que o prazo de trinta dias é suficiente para tanto.

Ademais disso, de acordo com os arts. 1.182 e 1.184 do CC/2002, os balanços deverão ser lançados no Livro Diário, com assinatura de técnico em Ciências Contábeis legalmente habilitado e pelo empresário – admitindo-se a existência de um Livro específico de balanços.

(JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019)

Outra alternativa, em especial caso não haja um demonstrativo de resultado econômico acostado ao procedimento de contratação, seria oficiar à empresa para que encaminhe o demonstrativo de resultado econômico do mesmo exercício da contratação, ou mesmo de documentos que evidenciem o custo básico que teve com o produto ou serviço (por exemplo, nota fiscal de compra do produto junto ao fabricante), a fim de que seja estimado o lucro ocorrido na operação final.

Por fim, quando não for possível a obtenção de dados como esses, afigura-se possível a quantificação do lucro, por estimativa, com base nos percentuais trazidos pela legislação tributária para se apurar o lucro presumido, que serve de base de cálculo do imposto de renda de pessoa jurídica, em especial quando a empresa investigada seja optante da referida forma de cálculo do imposto de renda.

Nessas situações, é viável a quantificação do lucro por meio dos percentuais indicados pela legislação tributária para se apurar o lucro presumido, que serve de base de cálculo do imposto de renda de pessoa jurídica, conforme Instrução Normativa RFB n. 1700, de 14 de março de 2017:

Art. 33. A base de cálculo do IRPJ, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta definida pelo art. 26, auferida na atividade, deduzida das devoluções, das vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos.

§1º Nas seguintes atividades o percentual de determinação da base de cálculo do IRPJ de que trata o caput será de:

I - 1,6% (um inteiro e seis décimos por cento) sobre a receita bruta auferida na revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural;

II - 8% (oito por cento) sobre a receita bruta auferida:

a) na prestação de serviços hospitalares e de auxílio diagnóstico e terapia, fisioterapia e terapia ocupacional, fonoaudiologia, patologia clínica, imagenologia, radiologia, anatomia patológica e citopatologia, medicina nuclear e análises e patologias clínicas, exames por métodos gráficos, procedimentos endoscópicos, radioterapia, quimioterapia, diálise e oxigenoterapia hiperbárica, desde que a prestadora desses serviços seja organizada sob a forma de sociedade empresária e atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);

b) na prestação de serviços de transporte de carga;

c) nas atividades imobiliárias relativas a desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda e a venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda; e

d) na atividade de construção por empreitada com emprego de todos os materiais indispensáveis à sua execução, sendo tais materiais incorporados à obra;

III - 16% (dezesesseis por cento) sobre a receita bruta auferida:

- a) na prestação de serviços de transporte, exceto o mencionado no inciso II do §1º; e
- b) nas atividades desenvolvidas por bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, agências de fomento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidades de previdência privada aberta; e
- IV - 32% (trinta e dois por cento) sobre a receita bruta auferida com as atividades de:
- a) prestação de serviços relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada;
- b) intermediação de negócios;
- c) administração, locação ou cessão de bens imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza;
- d) construção por administração ou por empreitada unicamente de mão de obra ou com emprego parcial de materiais;
- e) construção, recuperação, reforma, ampliação ou melhoramento de infraestrutura, no caso de contratos de concessão de serviços públicos, independentemente do emprego parcial ou total de materiais;
- f) prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*);
- g) coleta e transporte de resíduos até aterros sanitários ou local de descarte;
- h) exploração de rodovia mediante cobrança de preço dos usuários, inclusive execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros definidos em contratos, em atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais, pelas concessionárias ou subconcessionárias de serviços públicos;
- i) prestação de serviços de suprimento de água tratada e os serviços de coleta e tratamento de esgotos deles decorrentes, cobrados diretamente dos usuários dos serviços pelas concessionárias ou subconcessionárias de serviços públicos;
- e
- j) prestação de qualquer outra espécie de serviço não mencionada neste parágrafo.¹³⁶

As informações contidas na supracitada instrução normativa podem ser assim resumidas:

PERCENTUAIS APLICÁVEIS DE PRESUNÇÃO DE LUCRO SOBRE A RECEITA BRUTA	
Atividades	Percentuais (%)
• Atividades em geral (RIR/1999, art. 518)	8,0

¹³⁶ IN RFB n. 1700/2017. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=81268&visao=anotado>
Acesso em: 26/03/2020.

<ul style="list-style-type: none"> ● Revenda de combustíveis 	1,6
<ul style="list-style-type: none"> ● Serviços de transporte (exceto o de carga) 	16,0
<ul style="list-style-type: none"> ● Serviços de transporte de cargas 	8,0
<ul style="list-style-type: none"> ● Serviços em geral (exceto serviços hospitalares) 	32,0
<ul style="list-style-type: none"> ● Serviços hospitalares e de auxílio diagnóstico e terapia, patologia clínica, imagenologia, anatomia patológica e citopatológica, medicina nuclear e análises e patologias clínicas; ● Atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda; ● Atividade de construção por empreitada com emprego de todos os materiais indispensáveis à sua execução, sendo tais materiais incorporados à obra. 	8,0
<ul style="list-style-type: none"> ● Atividades desenvolvidas por bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, agências de fomento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidades de previdência privada aberta. 	16,0
<ul style="list-style-type: none"> ● Intermediação de negócios; ● Administração, locação ou cessão de bens e direitos de qualquer natureza (inclusive imóveis); ● Construção por administração ou por empreitada unicamente de mão de obra ou com emprego parcial de materiais; ● Construção, recuperação, reforma, ampliação ou melhoramento de infraestrutura, no caso de concessão de serviços públicos, independentemente do emprego parcial ou total de materiais; ● Prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (<i>factoring</i>); ● Coleta e transporte de resíduos até aterros sanitários ou local de descarte; ● Exploração de rodovia mediante cobrança de preço dos usuários, inclusive execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros definidos em contratos, em atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais, pelas concessionárias ou subconcessionárias de serviços públicos; ● Prestação de serviços de suprimento de água tratada e os serviços de coleta e tratamento de esgotos deles decorrentes, cobrados diretamente dos usuários dos serviços pelas concessionárias ou subconcessionárias de serviços públicos; ● Prestação de qualquer outra espécie de serviço não mencionados acima. 	32,0

Cumprе ressaltar que a fixação do dano ao erário com base na tabela de lucro presumido foi recentemente acolhida em decisão da Vara da Fazenda Pública da

Comarca de Lages, em sede de liquidação de sentença, muito embora a decisão tenha limitado o valor do dano a 50% do montante apurado a partir da aplicação do percentual de lucro presumido¹³⁷. Consta da decisão:

Cuida-se de liquidação de sentença ajuizada por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA em face de ARNO TADEU MARIAN, onde o autor postula liquidar a condenação referente ao ressarcimento dos danos ao erário.

Colhe-se do acórdão:

No que se refere ao ressarcimento ao erário, contudo, a condenação é devida. De fato, não houve comprovação nos autos acerca do efetivo dano (sendo a sanção, no caso destes autos, justificada pela presunção do prejuízo) razão pela qual deve ser apurado em sede de liquidação, conforme precedentes desta Corte.

Face a condenação, impende destacar que **se mostra absolutamente inviável a liquidação do julgado através da realização de perícia e aferição do efetivo prejuízo suportado pelo erário. Não se vislumbra perícia que seja capaz de indicar precisamente o montante indevidamente gasto pelo ente estatal.**

Diante desse contexto, deve-se analisar os parâmetros indicados pelo Ministério Público.

De início, **não houve qualquer impugnação aos valores apontados como lucro presumido**, de modo que os torno hígidos.

Entretanto, não há como se considerar como prejuízo suportado pelo erário a integralidade desta quantia. Ainda que sobre a égide de licitações, as empresas certamente auferem lucros nas transações, posto que tal situação é a própria base do mercado. Assim, não há como se determinar a devolução integral da quantia.

Todavia, a tese subsidiária se mostra adequada. **Ao se entender que o prejuízo alcança a monta de 50% dos valores objeto de lucro das empresas, tenho que o intuito do acórdão se encontra atendido, ressarcindo-se o erário dos prejuízos suportados mediante estimativa razoável, e se amolda à intenção da decisão exequenda.**

Diga-se, por oportuno, que a tese de que não há prova do prejuízo não merece guarida, uma vez que o acórdão já determinou a sua existência, bem como determinou o ressarcimento, ainda que de forma aberta e indeterminada.

Ante o exposto, julgo a presente liquidação, fixando como valor devido em razão da condenação de ressarcimento do erário a quantia de R\$ 50.280,03. [...] ¹³⁸

O TJ/SC também tem recente precedente em que admitiu a indicação do dano ao erário como o lucro estimado do particular no contrato com irregularidade:

¹³⁷ Note-se, porém, que o argumento para a limitação do dano a 50% do lucro presumido foi o de que, mesmo sob a lei de licitações, as empresas auferem lucros. Todavia, isso está em desacordo com a “teoria do produto bruto mitigado”, antes mencionada, pela qual justamente é a integralidade do lucro que é retirada do infrator, que é remunerado apenas pelo custo básico do produto ou serviço.

¹³⁸ Liquidação por Arbitramento n. 5004443-45.2020.8.24.0039/SC, decisão de 24 de setembro de 2020.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS.** RECLAMOS DOS AGRAVADOS E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. [...] OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO QUANTO À EXTENSÃO DA MEDIDA DE CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL. ACOLHIMENTO. **PERCENTUAL CORRESPONDENTE AO LUCRO ESTIMADO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA INCIDENTE SOBRE O VALOR TOTAL DOS CONTRATOS.** REGRA GERAL. NO CASO DE UM DOS RÉUS, PORÉM, COM RESTRIÇÃO AOS CONTRATOS DE 2008 E 2009. Uma vez verificada obscuridade ou contradição no acórdão impugnado, cumpre esclarecer a extensão da medida de indisponibilidade de bens, sem olvidar a fundamentação do acórdão combatido, o resultado do julgamento e, ainda, tendo em vista os pedidos efetivamente formulados pelo Ministério Público ao interpor o agravo de instrumento, por força do princípio da congruência. [...] ACLARATÓRIOS CONHECIDOS, REJEITADOS OS DOS AGRAVADOS E ACOLHIDOS OS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM EFEITOS INFRINGENTES. (TJSC, Embargos de Declaração n. 0192837-88.2013.8.24.0000, de Curitiba, rel. Odson Cardoso Filho, Quarta Câmara de Direito Público, j. 06-08-2020).

Constou do voto condutor:

Ao interpor seu agravo de instrumento, o Ministério Público requereu a reforma da decisão *a quo* para:

[...] decretar liminarmente a indisponibilidade dos bens dos agravados em valor estimado do dano ao erário de **ATÉ** o total das contratações, calculado em R\$ 1.871.270,57 (Pedido 2 da Inicial – fl. 38), consistente na previsão do lucro obtido pela Empresa GDO Produções, em percentual aplicado sobre o contrato, **a ser fixado por Vossas Excelências, sugerindo-se, conforme os precedentes indicados, o total de 60% (sessenta por cento) sobre o valor das contratações com o Município**, calculado em R\$ 1.122.762,34 (R\$ 1.871.270,57 x 60%). (fl. 8; grifado no original)

[...]

Sob tal viés, verifico que, em relação aos agravados e ora embargantes GDO Produções Ltda., Lauri Schoenherr e Wanderley Teodoro Agostini, o parâmetro para fins de indisponibilidade deverá ser a totalidade dos pactos firmados entre a municipalidade e a sociedade empresária objeto da ação

civil pública, isto é, os contratos dos anos de 2008 a 2012. A limitação da medida

de constrição patrimonial até o valor das avenças de 2008 e 2009, como determinado no voto condutor, não encontra, para esses envolvidos, justificativa

nos autos; **o que se mostra lógico, por outro lado, diante do provimento apenas parcial do agravo, é limitar a indisponibilidade ao percentual de 60% (sessenta por cento) sobre todos os contratos, correspondente a R\$ 1.122.762,34 (um milhão cento e vinte e dois mil setecentos e sessenta e dois reais e trinta e quatro centavos), o que, segundo estimativa do próprio *Parquet*, representaria o lucro da sociedade empresária e, por conseguinte, o dano decorrente da contratação direta.**

Outrossim, no caso do agravado José Jairo Domeneck, a constrição deve ficar limitada ao percentual de 60% (sessenta por cento) incidente sobre o valor dos contratos de 2008 e 2009, que, somados, perfazem R\$ 542.105,00 (quinhentos e quarenta e dois mil reais).

No caso, inclusive, o MP/SC tentou obter dados junto à empresa para calcular o lucro obtido com a contratação, o que, todavia, foi negado pelo particular, conforme se extrai do agravo de instrumento interposto:

Pois bem, o requerimento de indisponibilidade dos bens ATÉ o total da contratação decorreu **da impossibilidade de valorar o exato prejuízo suportado pelo erário. Isso porque, a empresa Agravada, GDO Produções, recusou, injustificadamente, o fornecimento da documentação necessária para instrução do Inquérito Civil**, conforme melhor abordado no Item 4.2.1 da Inicial (fls. 26-28).

Os documentos requisitados **consistiam nos contratos e notas de prestação de serviço firmada entre a Empresa GDO Produções e os artistas contratados, dados que, juntamente com os contratos firmados entre a GDO e o Município, permitiriam o exato cálculo do prejuízo sofrido. Este decorrente das contratações com intermediário quando havia a possibilidade de efetiva-las diretamente com "empresário exclusivo dos artistas"** (abordada no Item 3.2 da Inicial).

Nota-se que a recusa motivou o requerimento judicial na inicial (Pedido 2 – fl. 37), e o acionamento da empresa para responder na esfera penal.

Além disto, motivou o pedido de indisponibilidade dos bens sobre ATÉ o total de contrato, pois, embora não aferido o prejuízo, entende este Órgão que a indisponibilidade pode abarcar o total da contratação, principalmente quando a afeição do lucro resta impossibilitada por conduta irregular praticada pela Empresa Agravada, que, com tal proceder, vem se beneficiando de sua própria torpeza.

Diante disso, o percentual de lucro foi estimado pelo MP/SC, baseado, principalmente, em outro precedente, relativo à mesma empresa e ao mesmo tipo de contratação, em que foi possível indicar o lucro mediante a diferença entre o valor do contrato e o valor pago pela empresa (que era intermediária) aos artistas contratados para o serviço, que redundou em aproximadamente 60% do contrato. Nesse caso anterior, a decisão de indisponibilidade de bens de 1º grau, mantida pelo TJ/SC em agravo de instrumento¹³⁹, teve o seguinte teor:

¹³⁹ TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.065616-8, de Dionísio Cerqueira, rel. Júlio César Knoll, Quarta Câmara de Direito Público, j. 18-12-2014.

Convém ressaltar, porém, que, como a parte autora já quantificou o possível prejuízo na inicial, entende este juízo que **o valor a ser bloqueado deve ser o do prejuízo efetivamente sofrido – diferença entre o que foi pago à empresa intermediária (R\$ 395.000,00) e a quantia paga pela GDO aos artistas (R\$ 161.476,00).**

[...] CONCEDO a LIMINAR, sem justificação prévia, para o fim de:

[...] Decretar a indisponibilidade dos bens dos requeridos, até o valor de R\$ 233.524,00 [...] ¹⁴⁰

Note-se que esse raciocínio é justamente o de tentar calcular o custo básico do serviço prestado (valor pago aos artistas), indicando que o restante foi lucro do contratado.

Destaca-se, em sentido similar, o já mencionado Decreto n. 8.420/2015, que regulamenta a Lei n. 12.846/2013 no âmbito federal.

Trata-se de texto normativo que define critérios relevantes para proceder à estimativa de ganhos de sociedade empresária com determinado empreendimento, os quais, por certo, podem servir de baliza para estimar lucros provenientes de contratos de licitação irregulares. Reproduzem-se os artigos pertinentes:

Art. 20. A existência e quantificação dos fatores previstos nos art. 17 e art. 18, deverá ser apurada no PAR e evidenciada no relatório final da comissão, **o qual também conterà a estimativa, sempre que possível, dos valores da vantagem auferida e da pretendida.**

[...]

§ 2º O valor da vantagem auferida ou pretendida **equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada a agente público ou a terceiros a ele relacionados.**

§ 3º Para fins do cálculo do valor de que trata o § 2º, **serão deduzidos custos e despesas legítimos comprovadamente executados ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido.**

Art. 21. Ato do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União fixará metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013.

Parágrafo único. Os valores de que trata o caput poderão ser apurados, entre outras formas, por meio de:

I - compartilhamento de informações tributárias, na forma do inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; e

II - **registros contábeis produzidos ou publicados pela pessoa jurídica acusada, no país ou no estrangeiro.**

¹⁴⁰ Decisão proferida em 12 de agosto de 2013, nos autos n. 017.13.001386-9, na Comarca de Dionísio Cerqueira

Art. 22. Caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica no ano anterior ao da instauração ao PAR, os percentuais dos fatores indicados nos art. 17 e art. 18 incidirão:

I - sobre **o valor do faturamento bruto da pessoa jurídica**, excluídos os tributos, no ano em que ocorreu o ato lesivo, no caso de a pessoa jurídica não ter tido faturamento no ano anterior ao da instauração ao PAR;

II - sobre o montante total de recursos recebidos pela pessoa jurídica sem fins lucrativos no ano em que ocorreu o ato lesivo; ou

III - nas demais hipóteses, sobre **o faturamento anual estimável da pessoa jurídica**, levando em consideração quaisquer informações sobre a sua situação econômica ou o estado de seus negócios, tais como patrimônio, capital social, número de empregados, contratos, dentre outras. (grifos acrescentados)

Além da apuração do lucro por meio dos registros contábeis produzidos ou publicados, merece destaque o fato de que, na impossibilidade de utilização do faturamento bruto da pessoa jurídica no ano anterior ao da instauração do PAR (Procedimento Administrativo de Responsabilização), é viável o uso do faturamento anual estimável da pessoa jurídica, "considerando quaisquer informações sobre a sua situação econômica ou o estado de seus negócios, tais como patrimônio, capital social, número de empregados, contratos, dentre outras".

Outro ponto de vital relevância para apurar o total a ser ressarcido ao erário é, na ocorrência de sobrepreço, a correta apuração do preço de mercado, de modo a identificar a exata fração que o excedeu – lembrando que o valor total a ser ressarcido, sob os parâmetros estabelecidos pela teoria do produto bruto mitigado, é composto pela soma do lucro com o sobrepreço (quando este ocorrer), bem como com outros valores ilícitos em si mesmos ("propinas" pagas, por exemplo). Repita-se: o único valor que não é cobrado do responsável pela nulidade do contrato é o custo básico do produto ou serviço.

5 CASOS ESPECÍFICOS E EXEMPLOS PRÁTICOS

5.1 Compra de medicamentos

Além das sabidas regras licitatórias comuns aos demais produtos a serem adquiridos pela Administração Pública, os medicamentos possuem um regramento específico, diante da peculiaridade do interesse público envolvido. A Lei n. 10.742/03 determina que o preço dos medicamentos deverá respeitar um teto, a ser definido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED).

Esse valor máximo é definido pela CMED de formas diversas, variando segundo a pessoa que o adquirirá: existe o Preço Fábrica ou Preço Fabricante (PF), destinado aos revendedores e à Administração Pública, e o Preço Máximo ao Consumidor (PMC), aplicável ao consumidor final.

Em relação à Administração Pública, é previsto também um coeficiente redutor sobre o PF, denominado Coeficiente de Adequação de Preços (CAP), o qual resultará no PMVG (Preço Máximo de Venda ao Governo), que é aplicável à aquisição de um determinado rol de medicamentos (definido pela CMED) ou a qualquer medicamento, desde que, neste último caso, sua aquisição seja decorrente do cumprimento de uma ordem judicial.

Com efeito, destaca-se da Resolução n. 03/2011, da CMED:

Art. 1º As distribuidoras, as empresas produtoras de medicamentos, os representantes, os postos de medicamentos, as unidades volantes, as farmácias e drogarias, **deverão aplicar o Coeficiente de Adequação de Preço - CAP ao preço dos produtos definidos no art. 2º desta Resolução, sempre que realizarem vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§1º O CAP, previsto na Resolução n.º. 2, de 5 de março de 2004, **é um desconto mínimo obrigatório** a ser aplicado sempre que forem realizadas vendas de medicamentos destinadas aos entes descritos no *caput*.

§2º A aplicação do CAP sobre o Preço Fábrica – PF resultará no Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG.

§3º O CAP será aplicado sobre o PF.

Desse modo, no atinente aos medicamentos sujeitos ao CAP, a Administração Pública deve adquiri-los tendo como teto o PMVG (Preço Máximo de

Venda ao Governo), enquanto em relação aos demais medicamentos ela deve pagar como limite o PF (Preço Fábrica).

Quanto aos medicamentos que não necessitam ser adquiridos com o desconto CAP, a Orientação Interpretativa nº 02, expedida pela CMED em 13 de novembro de 2006, reforça que “Nos fornecimentos para órgãos públicos através de licitações ou não, o Distribuidor é obrigado a vender os produtos, tendo como referencial máximo o preço fabricante”.

A ANVISA mantém em seu portal na internet respostas a perguntas frequentes sobre o CAP, dentre as quais se destacam:

O que é CAP?

Coeficiente de Adequação de Preços – CAP (Resolução CMED nº 4, de 18 de dezembro de 2006) é um desconto mínimo obrigatório, atualizado anualmente, a ser aplicado sempre que forem realizadas vendas de medicamentos, constantes do rol divulgado pela CMED e nas compras de todos os medicamentos por força de decisão judicial, destinadas aos entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O CAP será aplicado sobre o Preço Fábrica - PF. A aplicação do CAP sobre o PF resultará no Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG.

[...]

O que é PMVG?

PMVG é a sigla da expressão Preço Máximo de Venda ao Governo, que resulta da aplicação do CAP sobre o Preço Fábrica – PF. É, pois, o maior preço permitido para venda do medicamento a entes da Administração Pública.

O que é Preço Fábrica (PF)?

O Preço Fábrica ou Preço Fabricante é o preço praticado pelas empresas produtoras ou importadoras do produto e pelas empresas distribuidoras. O PF é o preço máximo permitido para venda a farmácias, drogarias e para entes da Administração Pública. [...]

Observação: As vendas de medicamentos efetuadas para entes da Administração Pública também devem respeitar o Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, nos casos de obrigatoriedade de aplicação do Coeficiente de Adequação de Preço – CAP (ver itens “Produtos Sujeitos ao Desconto e Fornecedores)

Fornecedores

Quem está obrigado a aplicar o CAP?

Qualquer pessoa jurídica (distribuidoras, empresas produtoras de medicamentos, representantes, postos de medicamentos, unidades volantes, farmácias e drogarias) **que deseje vender medicamentos, sobre os quais incida o CAP, aos entes da Administração Pública Direta ou Indireta** da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

[...]

Qual o preço máximo permitido para farmácias e drogarias a entes públicos?

As farmácias e drogarias, ao realizarem vendas a entes da Administração Pública, deverão respeitar o limite do Preço Fabricante conforme Orientação Interpretativa nº 2, de 2006, **ou o Preço Máximo de Venda ao Governo -**

PMVG nos casos de obrigatoriedade de aplicação do Coeficiente de Adequação de Preço – CAP.

[...]

Produtos sujeitos ao CAP

Sobre quais medicamentos deve incidir o CAP?

O CAP deve ser aplicado sobre o Preço Fábrica dos medicamentos do componente especializado da assistência farmacêutica (Ex-cepçionais ou de alto custo), dos hemoderivados e dos medicamentos indicados para o tratamento de DST/AIDS e câncer, constantes do rol de medicamentos do Comunicado CMED nº 15, de 31 de agosto de 2017 e suas atualizações.

Além desses, o CAP também se aplica nas compras públicas de qualquer medicamento adquirido por força de decisão judicial.

[...]

Editais e Contratos

O Edital de Licitação para a aquisição de medicamentos deve conter, expressamente, a possibilidade de aplicação do CAP?

É recomendável que o edital de licitação mencione expressamente a obrigatoriedade de aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços – CAP, nos casos em que a regulamentação da CMED o exigir, ou seja, para a aquisição de medicamentos que estejam incluídos no rol de produtos em cujos preços serão aplicados o Coeficiente de Adequação de Preços – CAP e os que devam ser adquiridos por força de ação judicial.

Entretanto, a ausência dessa ressalva, não desobriga a empresa vencedora do certame a respeitar a legislação, sob pena de responder administrativamente, nos termos do art. 8º da Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003. (grifos acrescidos)

O STF já decidiu pela possibilidade de o Estado intervir no mercado para regular os preços dos medicamentos, bem como que os limites definidos pela CMED devem ser efetivamente respeitados:

Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. **Supremacia do interesse público sobre o privado. Competência normativa conferida à Administração Pública. Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Coeficiente de Adequação de Preço (CAP). Lei nº 10.742/2003. Resolução nº 4/2006. Tutela constitucional do direito à saúde (art. 196 CF).** Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. 1. A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) está prevista na Lei nº 10.742/03 como órgão técnico necessário à regulação do setor farmacêutico, justificando-se, especialmente, pelas complexidades do mercado de medicamentos. 2. A amplitude da delegação normativa consiste no fundamento fático-jurídico do exercício do poder regulamentar pela Administração Pública, que deve atuar em consonância com a lei, atendendo à necessidade de regulação do setor farmacêutico e em respeito à dinâmica e às peculiaridades técnicas do mercado de medicamentos. 3. O percentual de desconto obrigatório e linear nas vendas de determinados medicamentos ao Poder Público, chamado Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), opera como fator de ajuste de preços, permitindo, assim, que se chegue ao “Preço Máximo de Venda ao Governo” (PMVG), o que vai ao encontro da reprovação constitucional do aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º, CF/88). 4. A Constituição Federal de 1988 agrega preocupação social aos princípios gerais

da atividade econômica, resultando em legítima atuação do Estado na promoção do acesso universal e igualitário à saúde, direito social garantido pelo art. 196 da Constituição Federal, cuja responsabilidade é partilhada pelo Estado e por toda a sociedade. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(STF, RMS 28487, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 14-03-2013 PUBLIC 15-03-2013) (grifos acrescidos)

Na mesma trilha, decidiu o STJ:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PROCESSUAIS - INTERVENÇÃO ESTATAL NA ATIVIDADE ECONÔMICA - CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS - CEMED - COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇO (CAP) - LEI 10.742/2003.

[...]

3. A Lei 10.472/2003 definiu as normas de regulação do setor farmacêutico, criando o CEMED - CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS, órgão a quem compete estabelecer critérios de aferição dos preços dos produtos novos, antes de entrarem no mercado, havendo precedente desta Corte dando pela constitucionalidade da delegação de competência normativa (MS 11.706/DF). 4. A Resolução CEMED 04/2006 determinou a aplicação do CAP ao preço de diversos produtos (inclusive de alto custo), impondo limitações nos preços quando adquiridos por entes estatais.

5. Ato impugnado que encontra respaldo na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde - LOS (Lei 8.080/90), atendendo às diretrizes estabelecidas pela Lei 10.742/2003 relativamente à implementação da política de acesso a medicamentos pela população em geral.

(STJ, MS 12.730/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2007, DJ 03/09/2007, p. 112)

E mais:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS. **CMED. COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇO (CAP). LEI 10.742/2003. RESOLUÇÃO 4/2006. LEGALIDADE.**

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do MS 12.730/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, decidiu que a Resolução CMED 4/2006, que determinou a aplicação do Coeficiente de Adequação de Preço (CAP) a diversos produtos adquiridos por entes estatais, encontra respaldo na Constituição da República e na Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990), atendendo às diretrizes estabelecidas pela Lei 10.742/2003 relativamente à implementação da política de acesso a medicamentos pela população em geral.

2. Mandado de Segurança denegado.

(STJ - MS 12.915/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 28/08/2009) (grifos acrescidos)

Os Tribunais Regionais Federais (TRFs) não destoam. Do TRF1 colhe-se o seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MEDICAMENTOS. FIXAÇÃO DE PREÇOS. DELEGAÇÃO. CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS-CMED. COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇOS - CAP. LEI 10.742/2003. RESOLUÇÃO CMED 02/2004. RESOLUÇÃO CMED 04/2006. LEGITIMIDADE DA POLÍTICA DE INTERVENÇÃO NO MERCADO DE MEDICAMENTOS E DA ESTIPULAÇÃO DO REDUTOR DE 24,69% EM 2006 (24,92% EM 2008). CONSTITUCIONALIDADE. CRITÉRIOS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. A Lei 10.472, de 06/10/2003, definiu as normas de regulação para o setor farmacêutico, "com a finalidade de promover a assistência farmacêutica à população, por meios de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor" (art. 1º), ao tempo em que criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED. 2. À CMED compete o estabelecimento dos critérios para a aferição dos preços dos produtos novos que venham a ser incluídos na lista de produtos comercializados pela empresa produtora de medicamentos. 3. Por meio da Resolução 04, de 18/12/2006, a CMED determinou a aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços - CAP ao preço de diversos produtos (inclusive de alto custo), impondo limitações nos preços quando adquiridos por entes estatais. 4. A empresa Actelion Pharmaceuticals insurge-se contra a Resolução CMED 04/2006, que determinou a aplicação do CAP ao preço de seu produto denominando Tracleer, sempre que realizar vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. 5. Não é razoável o pedido de afastamento do redutor de 24,92%, sob a mera alegação de que sua incidência acarretará prejuízos para a empresa autora, uma vez que a estipulação deste coeficiente de adequação foi objeto de regular procedimento administrativo. 6. Não há inconstitucionalidade na delegação de competência ao CMED porque a lei é precisa em estabelecer critérios razoáveis para a fixação e ajuste do preço de medicamento de interesse fundamental para grande contingente da população. 7. Os preços dos medicamentos questionados foram fixados com base no mercado internacional, não havendo que se falar em ofensa aos princípios da isonomia, da livre concorrência, da razoabilidade e da proporcionalidade sob o argumento de que os critérios de aferição de preço são arbitrários e anti-isonômicos. 8. Ao Poder Judiciário não cabe invadir o espaço de decisão política reservado à Administração Pública, sobretudo quando assentada em premissas que se revestem de razoabilidade, sob pena de converter-se o magistrado, indevidamente, em administrador. 9. Remessa oficial e apelação da União a que se dá provimento. (TRF1 - AC 0018077-96.2008.4.01.3400, DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 03/11/2015 PAG 282)

E do TRF3 destaca-se a seguinte decisão:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU PELA QUAL DEFERIDA ANTECIPÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. **APLICAÇÃO DO**

PREÇO MÁXIMO DE VENDAS AO GOVERNO (PMVG) E DO COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇO (CAP) NA COMPRA DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO DE SÃO PAULO. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Agravo interno contra decisão monocrática que, em sede de agravo de instrumento, manteve "decisum a quo" proferido em ação civil pública promovida pelo MPF, pelo qual deferida antecipação dos efeitos da tutela, determinando-se que as empresas demandadas, dentre elas a ora recorrente, realizem a venda imediata dos medicamentos em estoque, com a incidência do Coeficiente de Adequação de Preço - CAP, em todas as hipóteses previstas nos atos normativos e orientadores da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, sempre que solicitados por entes da administração pública, sob pena de multa diária.

[...]

3. **Os artigos 196 e 197 da Constituição Federal definem a relevância pública das ações e serviços de saúde**, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a correspondente regulamentação, fiscalização e controle; já a Lei 10.742/2003, por sua vez, estabeleceu normas de atuação para o setor farmacêutico e criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, a ela delegando a regulação econômica específica do setor de medicamentos, dentro das balizas legais.

4. **A CMED, no exercício de suas atribuições, editou a Resolução 4/2006, cujo art. 1º dispõe que as distribuidoras e empresas produtoras de medicamentos deverão aplicar o Coeficiente de Adequação de Preço - CAP (espécie de desconto mínimo obrigatório) ao preço dos produtos definidos no art. 2º da Resolução, sempre que realizarem vendas destinadas a entes da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas próprias hipóteses que prevê, dentre elas a de obtenção de medicamentos por imposição judicial. E da aplicação do CAP sobre o preço de fábrica dos medicamentos, obtém-se o PMVG - Preço Máximo de Venda ao Governo, que é o maior preço permitido para venda do medicamento a entes do Poder Público (Resolução CMED nº 3, de 02.03.2011).**

5. **Trata-se de regime jurídico especial cujo escopo é o de uniformizar o processo de compras públicas de medicamentos e tornar mais efetivo o acesso universal e igualitário, princípio nuclear do SUS, não se podendo olvidar, ademais, que a administração pública, ao adquirir das empresas-rés medicamentos compelida por determinações judiciais, atua na condição de consumidora, considerada a teoria finalista temperada adotada pelo art. 2º do CDC e sufragada pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1195642/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ªT, DJe 21.11.2012), devendo repassá-los, com urgência, ao beneficiário.**

6. No caso ora sob exame, mediante Inquérito Civil, apurou o MPF indícios de que a agravada, junto com outras empresas do ramo farmacêutico, estaria propositalmente se furtando a participar de licitações com o Estado de São Paulo - que reiteradamente é compelido, pelo Poder Judiciário, a fornecer medicamentos à população - com o objetivo de não se ver obrigada a comercializar tais remédios com a redução de custo determinadas pelo PMVG e pelo CAP, consoante normatização imposta pela CMED.

7. Conforme as argumentações do Parquet, a supracitada atitude da agravante e das demais rés da ação civil pública estaria criando, artificialmente, cenário de desabastecimento de remédios, obrigando a Administração a obtê-los com dispensa de licitação e sem os redutores PMVG e CAP, ou seja, da maneira mais onerosa aos cofres públicos.

8. De fato, as planilhas encaminhadas pelo Departamento Regional de Saúde de Campinas, anexadas à ação civil pública, dão conta que a venda de remédios procedida pela agravante à Administração, atualmente, é feita a preços superiores ao PMVG e à míngua de aplicação do CAP.

9. Logo, como ressaltado na decisão recorrida, estão presentes as condicionantes da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável, autorizadoras do deferimento da antecipação da tutela. Precedentes.

10. **Tais fundamentos, alinhados ao interesse público consubstanciado no direito fundamental à saúde, prevalecem sobre as sustentações acerca de possível vulneração dos preceitos da livre iniciativa e da liberdade contratual, mormente se consideradas a obrigação da agravante de aplicação dos redutores legais em face do Poder Público e a cognição sumária própria da fase de requerimento antecipação de tutela.**

11. Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 579417 - 0006286-13.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 14/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/09/2017) (grifos acrescentados)

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) também reconhece a validade da aplicação do CAP nas aquisições de medicamentos por parte da Administração Pública, aludindo diretamente à citada decisão do STF:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SENHOR SECRETÁRIO DE ESTADO. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE CARÁTER EXCEPCIONAL COM A APLICAÇÃO DO COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇOS (CAP), PREVISTO NA RESOLUÇÃO n. 4/06 DA CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS (CMED). LEGALIDADE. SEGURANÇA DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. O Secretário de Estado da Saúde tem legitimidade para figurar no pólo passivo em mandado de segurança no qual se questiona a imposição de venda de medicamentos com a aplicação do CAP, amparada na Resolução n. 4/2006/, por emprestar a este ato eficácia lesiva concreta em relação ao patrimônio jurídico da impetrante. "A Lei 10.472/2003 definiu as normas de regulação do setor farmacêutico, criando o CEMED - CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS, órgão a quem compete estabelecer critérios de aferição dos preços dos produtos novos, antes de entrarem no mercado, havendo precedente desta Corte dando pela constitucionalidade da delegação de competência normativa (MS 11. 706/DF). **"A Resolução CEMED 04/2006 determinou a aplicação do CAP ao preço de diversos produtos (inclusive de alto custo), impondo limitações nos preços quando adquiridos por entes estatais. "Ato impugnado que encontra respaldo na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde - LOS (Lei 8.080/90), atendendo às diretrizes estabelecidas pela Lei 10. 742/2003 relativamente à implementação da política de acesso a medicamentos pela população em geral".** (Ministra Eliana Calmon, MS n. 12.730/DF).

(TJSC, Mandado de Segurança n. 2007.034078-5, da Capital, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 12-11-2008) (grifos acrescentados)

De igual modo:

ADMINISTRAÇÃO - LICITAÇÃO (MODALIDADE "PREGÃO PRESENCIAL") - AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS POR ENTE PÚBLICO - "COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇOS" (CAP) - BASE DE CÁLCULO - PROPOSTA EM DESCONFORMIDADE COM CLÁUSULA DO EDITAL - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE - ORDEM DENEGADA - PROCESSO EXTINTO [...] 2. "Em favor dos atos administrativos milita presunção de legitimidade (Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles); supõe-se que 'as decisões da administração são editadas com o pressuposto de que estão conformes às normas legais e de que seu conteúdo é verdadeiro' (Odete Medauar)" (ACMS n. 2008.062307-7, Des. Newton Trisotto). 3. **Por força do disposto na Resolução n. 4, de 2006, da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, "as distribuidoras e as empresas produtoras de medicamentos deverão aplicar o Coeficiente de Adequação de Preço - CAP ao preço dos produtos definidos no art. 2º desta Resolução, sempre que realizarem vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, do Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (art. 1º). "A aplicação do CAP [desconto mínimo obrigatório a ser aplicado sempre que forem realizadas vendas de medicamentos destinados a entes da administração pública, direta e indireta] sobre o Preço Fábrica - PF resultará no Preço Máximo de Venda ao Go-verno - PMVG" (§ 2º). Havendo divergência quanto ao preço do medicamento ofertado, decorrente do critério para cálculo do "PMVG", e inexistindo nos autos elementos para a sua dirimção, não há como sujeitar o Estado a adquiri-lo pelo preço proposto pela impetrante - que participou da licitação sem concorrência.** (TJSC, Mandado de Segurança n. 2009.064619-5, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 14-04-2010) (grifos acrescidos)

Na mesma toada, destacam-se os seguintes precedentes do TCE/MT:

Licitação. Aquisição de medicamentos. Preços de referência. 1. As compras públicas de medicamentos devem ser balizadas pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública (art. 15, V, da Lei nº 8.666/93), tendo por fim a adequação da estimativa de preços aos praticados no mercado, sob pena de a Administração incorrer em superfaturamento de preços com prejuízo ao Erário. 2. Nas aquisições de medicamentos a Administração deve observar ainda os preços máximos e critérios fixados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED/Anvisa), além de utilizar como referência os preços praticados no âmbito da administração pública. 3. O balizamento de preços nas aquisições de medicamentos deve considerar as informações do Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS/MS), tendo em vista que é uma fonte de informação oficial dos preços de medicamentos e produtos para a saúde praticados nas compras públicas.

(TCE/MT, Acórdão 3.473/2015, Tribunal Pleno, rel. Conselheira Substituta Jaqueline Jacobsen, j. em 06/10/2015)

Responsabilidade. Solidariedade. Aquisição de medicamentos. Superfaturamento. O gestor e o contratado responderão solidariamente pelos prejuízos causados à Administração, por ocasião da aquisição de medicamentos com preços superfaturados, quando restar comprovado que contribuíram para a ocorrência do evento danoso, cabendo-lhes, conjuntamente, o respectivo dever de ressarcimento ao Erário, com recursos próprios.

(TCE/MT, Acórdão 248/2017, Tribunal Pleno, rel. José Carlos Novelli, j. em 06/06/2017)

O Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCE/MG) alinha-se aos demais citados:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SECRETARIA DE ESTADO. COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM OBSERVÂNCIA DE NORMAS DA CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS (CMED). NÃO APLICAÇÃO DO COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇOS (CAP). NÃO DESONERAÇÃO DE ICMS ESTABELECIDO NO CONVÊNIO ICMS N. 87/2002 DO CONFAZ. PAGAMENTOS INDEVIDOS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DANO AO ERÁRIO. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA. RESSARCIMENTO PELA EMPRESA FORNECEDORA E SÓCIOS PROPRIETÁRIOS. IMPUTAÇÃO DE MULTA. 1. Todos os envolvidos na relação de compra e venda de medicamentos sejam agentes públicos, representantes, distribuidores, farmácias, drogarias, etc. submetem-se ao império das normas emanadas pela CMED/ANVISA, conforme competências estabelecidas no art. 6º da Lei n. 10.742/2003. 2. A aplicação do Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), percentual de desconto mínimo obrigatório, deve ser utilizado em todas as vendas de medicamentos realizadas ao Poder Público. 3. O Coeficiente de Adequação de Preço (CAP) opera como fator de ajuste de preços e ao ser aplicado sobre o Preço de Fábrica resultará no Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), como disposto no art. 1º da Resolução CMED n. 04/06. 4. As aquisições de fármacos e medicamentos especificados no Anexo Único do Convênio ICMS n. 87/2002, destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal, são isentas de tributação do ICMS, como normatizado na Cláusula Primeira, parágrafo único do citado Convênio. 5. Nas operações e prestações de bens e serviços destinado a consumidor final localizado em outro Estado e não contribuinte do ICMS, deve-se adotar a alíquota interna do estado de origem, conforme art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea 'b' da Constituição Federal. 6. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, como disposto no art. 41 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. 7. A empresa de direito privado que oferece propostas contendo preços acima do Preço Máximo de Venda para o Governo, em licitações para aquisições de fármacos e medicamentos para órgãos da Administração Pública, sujeita-se à responsabilização por dano ao erário, dispostas no art. 8º da Lei Federal n.

10.742/03. 8. Deve ser afastada a responsabilidade dos procuradores da empresa nos pregões, considerando que o empregador é o responsável pelos atos praticados por seus prepostos, como disposto nos arts. 932 c/c 1.178 do Código Civil Brasileiro.

(TCE/MG, Tomada de Contas Especial nº 932.626. Relator: Cons. Durval Angelo. Julgado em 13/02/2019 e publicado em 20/03/2019) (grifos acrescidos)

Na mesma senda:

CONSULTA. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO. COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇOS. OBRIGATORIEDADE DA NORMA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAR A EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DA NORMA. COMUNICAÇÃO DA RECUSA DE APLICAÇÃO DO FATOR REDUTOR AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE. O FATOR REDUTOR DE PREÇOS CORRESPONDENTE AO COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇO (CAP) DEVE SER EXIGIDO DOS FORNECEDORES DE MEDICAMENTO INDISTINTAMENTE, TANTO NAS HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO DIRETA, QUANTO NAQUELAS EM QUE FOR OBSERVADO O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DE LICITAR. HAVENDO RECUSA DE APLICAÇÃO DO CAP PELO FORNECEDOR, O GESTOR DEVE COMUNICAR O FATO À CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS (CMED) E AO MINISTÉRIO PÚBLICO E DEMONSTRAR QUE AGIU COM VISTAS AO CUMPRIMENTO DA NORMA, SOB PENA DE SER CONSIDERADO RESPONSÁVEL POR CONTRATAÇÃO ANTIECONÔMICA E DANOSA AOS COFRES PÚBLICOS.

(TCE/MG, Consulta n. 980531. Relator: Cons. Cláudio Terrão. Julgado em 30/11/2016 e publicado em 13/02/2017) (grifos acrescidos).

Nesse sentido, qualquer aquisição de medicamento realizada pela Administração Pública deve respeitar esses parâmetros de quantias, sob pena de se infringir a legislação. Dessa maneira, a despesa que não observar esses limites deve ser considerada antieconômica e lesiva ao Erário.

O Tribunal de Contas da União (TCU), igualmente, já asseverou a legitimidade da utilização do CAP:

REPRESENTAÇÃO. ESTUDOS INTER-INSTITUCIONAIS PARA FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS DE ACEITABILIDADE DE PREÇOS PARA COMPRA DE MEDICAMENTOS PELO SETOR PÚBLICO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO. 1. **Cumpra ao Estado, por meio de órgão próprio, atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, notadamente em situação de mercado imperfeito em que a demanda inelástica cria condições favoráveis à prática de abuso econômico, como é o caso do mercado de fármacos. 2. **Fixados os critérios de aceitabilidade de preços pelo órgão competente, incumbe ao Administrador Público, em suas políticas de compra de medicamentos,****

observar e impor aos fornecedores as vantagens que devem ser obrigatoriamente praticadas nas compras do setor público, sob pena de, por aquisição antieconômica, devolução dos recursos pagos acima do teto estabelecido pelos normativos aplicáveis, mediante instauração de tomada de contas especial. 3. No campo de atuação pedagógica e preventiva, incumbe ao Tribunal orientar gestores, conselhos de saúde e demais segmentos do controle social e da população, sobre os mecanismos regulamentares disponíveis para a aquisição mais vantajosa de medicamentos por parte do setor público nos níveis federal, estadual e municipal.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno/TCU e considerá-la procedente;

9.2. **determinar ao Ministério da Saúde que dê ampla divulgação junto aos órgãos e entidades federais que fazem aquisições de medicamentos para atendimento da população, bem como junto às secretarias estaduais e municipais de saúde, acerca do teor das Resoluções da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED nºs 2/2004 e 4/2006, bem como da Orientação Interpretativa nº 02/2006, da mesma Câmara, com vistas a alertar os gestores estaduais e municipais que, em caso de não observância das resoluções pelos fornecedores de medicamentos quando de compras efetuadas pelo setor público, deverá o gestor comunicar o fato à CMED e ao Ministério Público Federal e Estadual, sob pena de responsabilização por aquisição antieconômica e pela devolução dos recursos pagos acima do teto estabelecido pelos normativos da CMED, mediante instauração de tomada de contas especial;**

9.3. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo que:

9.3.1. expeça orientação às Secretarias de Controle Externo e à Serur, no sentido de que, ao examinarem processos relativos à **aquisição de medicamentos, atentem para os atos reguladores expedidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED na verificação da adequação dos preços pagos pelos administradores públicos**, em especial os normativos a seguir indicados:

9.3.1.1. Resolução CMED nº 2, de 05 de março de 2004, que estabelece os critérios para definição de preços de produtos novos e novas apresentações e cria o **Preço Fábrica e o Coeficiente de Adequação de Preços - CAP;**

9.3.1.2. Resolução CMED nº 4, de 18 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços - CAP, instituindo um desconto mínimo obrigatório de 24,69% a ser praticado pela indústria farmacêutica nas compras feitas pelo setor público dos medicamentos relacionados pela CMED;

9.3.1.3. Orientação Interpretativa CMED nº 02, de 13 de novembro de 2006, que estabelece que nos fornecimentos para órgãos públicos através de licitações ou não, o distribuidor é obrigado a vender os produtos tendo como referencial máximo o Preço Fábrica;

9.3.1.4. Comunicado CMED nº 07, de 11 de junho de 2007, que divulga a relação de medicamentos cujos preços estão submetidos ao Coeficiente de Adequação de Preços - CAP;

9.3.2. elabore cartilha, a ser submetida à aprovação da Presidência do Tribunal, com o objetivo de orientar gestores, conselhos de saúde e demais segmentos do controle social e da população, sobre os mecanismos regulamentares disponíveis para a aquisição mais vantajosa de medicamentos por parte do setor público nos níveis federal, estadual e municipal;

9.4. dar ciência deste Acórdão, Relatório e Voto, ao Ministério da Saúde, à Controladoria Geral da União, à Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados e à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal;

9.5. arquivar os autos.

(TCU – Acórdão 1437/2007. Processo REPR 017.168/2007-5. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. Julg. em 25/07/2007) (grifos acrescentados)

Tal recomendação do TCU perdurou até o ano de 2011:

REPRESENTAÇÃO. PARÂMETROS DE ACEITABILIDADE DE PREÇOS DE MEDICAMENTOS EM LICITAÇÕES. DISCUSSÃO SOBRE NECESSIDADE E CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. ENCAMINHAMENTO DE SUGESTÃO AO CONGRESSO NACIONAL E FORMULAÇÃO DE RECOMENDAÇÃO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação da 4ª Secretaria de Controle Externo – Secex/4 acerca da necessidade de adoção de parâmetros de aceitabilidade de preços de medicamentos em licitações públicas.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer da representação em análise;

9.2. sugerir à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização Orçamento do Congresso Nacional a inclusão, nas próximas Leis de Diretrizes Orçamentárias, de dispositivos que contemplem:

9.2.1. o estabelecimento, como parâmetro de controle de preços de medicamentos adquiridos com recursos do Sistema Único de Saúde – SUS, das referências de preços adotadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – CMED/Anvisa, obtidas pela aplicação do coeficiente de adequação de preço – CAP sobre o preço-fábrica dos medicamentos previsto na Resolução CMED 2/2004;

9.2.2. o estabelecimento do preço-fábrica como teto das demais aquisições públicas de medicamentos;

9.2.3. a possibilidade de instauração de tomada de contas especial, para responsabilização do gestor e quantificação do dano ao erário, nas hipóteses em que as aquisições não estiverem dentro dos limites acima sugeridos e em que não constem do correspondente processo licitatório justificativas dos preços praticados;

9.3 recomendar ao Ministério da Saúde o estabelecimento de normativos que orientem os gestores do Sistema Único de Saúde-SUS acerca da utilização dos parâmetros adotados pela CMED para fixação de preços máximos nas aquisições de medicamentos, com alerta para sanções que poderão ser aplicadas por aquela Câmara no exercício de seu papel regulador;

9.4. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo do Tribunal de Contas da União que:

9.4.1. divulgue entre as unidades técnicas o teor da presente deliberação, de modo a buscar uniformização de entendimentos e de propostas de encaminhamento concernentes à matéria;

9.4.2. no prazo de um ano a contar desta decisão, avalie, a partir dos resultados obtidos e das alterações normativas e operacionais eventualmente ocorridas, a necessidade de aprimoramento da sistemática ora delineada;

9.5. encaminhar cópia deste acórdão e do relatório e do voto que o fundamentaram ao Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso e à Secex/MT.

(TCU - Acórdão 1146/2011. Processo TC 029.043/2010-7. Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz. Julg. em 04/05/2011) (grifos acrescentados)

Ocorre que o TCU alterou um pouco o seu entendimento, considerando que os valores teto definidos pela CMED em relação à aquisição dos medicamentos estaria acima dos valores praticados pelo mercado, momento a partir do qual passou a recomendar à Administração Pública, em cada aquisição, antes da adoção daqueles limites definidos pela CMED, a verificação de preços no mercado:

RELATÓRIO DE AUDITORIA OPERACIONAL. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS - CMED. ÓRGÃO REGULADOR. MEDICAMENTOS. COMPARAÇÃO COM PREÇOS DO MERCADO INTERNACIONAL. FIXAÇÃO DE PREÇOS MÁXIMOS. REVISÃO ANUAL. VARIAÇÃO SIGNIFICATIVA ENTRE OS PREÇOS DA TABELA CMED E AQUELES OBTIDOS EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DISTORÇÃO DOS PREÇOS, COM PREJUÍZO AOS CONSUMIDORES. APARATO LEGAL. NECESSIDADE DE REVISÃO. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. MONITORAMENTO.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento nos arts. 41, inciso II, da Lei 8443/1992 e 250, incisos II e III, do Regimento Interno, em:

9.1. determinar ao Ministério da Saúde, com fundamento no art. 15 da Lei 8.666/1993, que, no prazo de 60 (sessenta) dias, **alerte estados e municípios quanto à possibilidade de superdimensionamento de preços-fábrica registrados na Tabela Cmed, tornando-se imprescindível a realização de pesquisa de preços prévia à licitação, e que a aquisição de medicamentos por preços abaixo do preço-fábrica registrado não exime o gestor de possíveis sanções;**

9.2. recomendar ao Ministério da Saúde que articule junto à Presidência da República a possibilidade de apresentar ao Poder Legislativo proposta de revisão do modelo regulatório de ajuste dos preços dos medicamentos previsto na Lei 10.742/2003, de forma a desvincular tal ajuste da inflação e que considere revisões periódicas a partir de critérios como comparação internacional, variação cambial e custo dos diferentes tratamentos;

9.3. determinar à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos que:

9.3.1. com base no art. 4º, §4º, inciso I da Lei 10.742/2003 e art. 36 da Lei 12.529/2011, apresente a este Tribunal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, nova metodologia de cálculo do fator de preços relativos intrasetor de forma a considerar no ajuste anual dos preços dos medicamentos o poder de mercado;

9.3.2. com base nos arts. 3º, 5º e 8º da Lei 12.527/2011, apresente a este Tribunal, no prazo 180 (cento e oitenta) dias, tabela de divulgação dos preços-fábrica isenta das distorções identificadas, com sistemática padronizada de alimentação dos dados, de modo a permitir a correta consulta e análise de preços dos fármacos registrados;

9.4. recomendar à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos que avalie se o uso do custo de tratamento para fixação dos preços dos

medicamentos registrados nas Categorias II e V, desconsiderando o menor preço internacional se este se mostrar significativamente mais elevado, pode prejudicar a oferta dos fármacos no país;

9.5. encaminhar o acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, à Casa Civil da Presidência da República, ao Ministério da Saúde, à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, à Comissão de Seguridade Social e Família e à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle, da Câmara dos Deputados, à Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle e à Comissão de Assuntos Sociais, do Senado Federal;

9.6. determinar o monitoramento, pela 4ª Secretaria de Controle Externo, das determinações expedidas neste acórdão;

9.7. arquivar o processo.

(TCU - Acórdão 3016/2012. Processo RA 034.197/2011-7. Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz. Julg. em 04/05/2011) (grifos acrescentados)

Esse último entendimento ainda é adotado atualmente pelo TCU, conforme se verifica no inteiro teor do Acórdão 1287/2019:

[...]

Análise

[...]

6.4. Como destacou a unidade técnica, as compras de medicamentos pelo setor público têm ampla regulamentação pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), por meio da Lei 10.472/2003.

6.5. De acordo com o artigo 6º, incisos I e II, da referida norma, cabe à CMED definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos e estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos.

6.6. Diante dessa competência, o órgão fixou, por meio da Orientação Normativa CMED/Anvisa n. 02, de 13/11/2006, chancelada por esta Corte no Acórdão n. 1.437/2007 – Plenário, da relatoria do Ministro Valmir Campelo, que a venda de medicamentos à Administração Pública deve ter como limite máximo o Preço de Fábrica, definido anualmente pela Câmara.

6.7. Conforme a orientação e de acordo com a Resolução CMED n. 4/2006, há medicamentos para os quais se aplica o denominado Coeficiente de Adequação de Preços (CAP), um desconto mínimo obrigatório sobre o Preço de Fábrica quando as vendas se destinarem à Administração Pública.

6.8. Nesse caso, a norma criou o conceito de Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), definido com a seguinte fórmula $PMVG = PF * (1 - CAP)$, em que PF é o Preço Fábrica, devendo-se, em todos os casos, considerar descontos decorrentes de isenções do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), tributo já inserido no valor do fabricante.

6.9. Assim, o preço de fábrica é o teto para comercializar com a Administração Pública quando o medicamento não estiver na lista de produtos em que se aplica o CAP, para os quais incide o PMVG como parâmetro máximo. Logo, não há que se falar em qualquer acréscimo, sobretudo margem de lucro, a qual já integra o preço do fabricante, limite máximo das compras de medicamentos pelo governo.

6.10. Ao contrário do que afirma a recorrente, tendo em vista ser o preço de fábrica o referencial máximo adotado como parâmetro na instrução, com ajustes apenas do CAP ou eventual isenção do ICMS, como definem os normativos, não houve acréscimo de tributos ou margem de lucro, diferentemente do cálculo inicial do valor devido.

6.11. De fato, como afirma a recorrente, desde então, **o Tribunal e alguns estudiosos têm sido céticos em relação aos valores definidos pela CMED como referenciais aos preços de mercado, mas o motivo é invariavelmente relacionado à constatação de que os preços das listas da Câmara de Regulação são, na quase totalidade, superiores aos valores de mercado, podendo constituir, já de imediato, sobrepreço ou superfaturamento.**

6.12. Em aprofundado trabalho realizado sobre os preços constantes das listas da CMED, o Tribunal constatou, conforme o Acórdão 3.016/2012 – Plenário, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, que:

(...) os preços de tabela são significativamente superiores aos praticados em compras públicas, com casos em que chegam a mais de 10.000%.

6.13. Diante disso, os Ministros desta Corte, por meio do item 9.1 do referido Acórdão 3.016/2012 – Plenário, acordaram em:

9.1. determinar ao Ministério da Saúde, com fundamento no art. 15 da Lei 8.666/1993, que, no prazo de 60 (sessenta) dias, **alerte estados e municípios quanto à possibilidade de superdimensionamento de preços-fábrica registrados na Tabela Cmed, tornando-se imprescindível a realização de pesquisa de preços prévia à licitação, e que a aquisição de medicamentos por preços abaixo do preço-fábrica registrado não exime o gestor de possíveis sanções;**

6.14. Assim, os riscos que estabelecem para a utilização dos preços regulados pela CMED para as vendas de medicamentos para a Administração Pública estão relacionados ao superfaturamento ou a sobrepreço, mesmo com a indicação do preço de fábrica como referencial máximo, ao contrário do que afirma a empresa ora recorrente.

6.15. Esse fato está inserido na complexa atividade de definição de preços de referência para compras de medicamentos pelo setor público ou mesmo pelo setor privado, haja vista a variação de marcas, laboratórios e as dificuldades inerentes a esse mercado inelástico, impondo-se o aperfeiçoamento das pesquisas de preços.

6.16. De toda sorte, para o presente caso, contudo, ao se utilizar das listas da CMED como parâmetros para o cálculo dos superfaturamentos, o Tribunal restou por ser conservador, indicando que eventual débito imputado às partes, por certo, não superaria o montante calculado pela Corte, devendo-se os responsáveis demonstrar, com provas robustas, fragilidades no método.

[...]. (TCU - Acórdão 1287/2019. 2ª Câmara. Relator Ministro Augusto Nardes. Julgado em 26/02/2019) (grifos acrescidos)

Além dos preços máximos, os órgãos públicos têm à disposição as referências registradas no Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS), que informa os preços pagos, em âmbito nacional, por medicamentos e produtos da área da saúde, adquiridos por instituições públicas e privadas.

Ou seja, é importante destacar que o gestor público não deve se limitar à pesquisa de preços na CMED ou no Banco de Preços, sendo oportuno que diligencie

no sentido de apurar os valores praticados pelo mercado. Os preços estabelecidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos e pelo Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS/MS) são máximos, ou seja, é plenamente possível que a Administração encontre, em cotação de mercado, valores ainda mais econômicos.

Nesse sentido:

[...] os preços da Cmed são referenciais máximos que a Lei permite a um fabricante de medicamento vender o seu produto, fato que não dispensa a obrigação de os gestores pesquisarem e observarem os preços praticados pelos órgãos públicos nas contratações oriundas das licitações efetivadas. (TCU, Acórdão 9.296/2017, Primeira Câmara, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 03/10/2017)

De qualquer modo, tal entendimento reforça que qualquer aquisição de medicamento realizada pela Administração Pública que não observar esses limites deve ser considerada antieconômica e lesiva ao Erário.

Para aprofundamento sobre o tema, sugere-se consulta à **Pesquisa SIG n. 0171/2019/CMA** (disponível na “Pesquisa Textual”), cuja ementa foi redigida nos seguintes termos:

AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS. SUSPEITA DE SUPERFATURAMENTO. INTERVENÇÃO DO ESTADO EM ATIVIDADE ESSENCIAL À SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE AFERIDA PELO STF. VALORES MÁXIMOS DEFINIDOS PELA CMED. PF E PMVG, OBTIDO PELO COEFICIENTE CAP. DISPENSAÇÃO DESSE MEDICAMENTO À POPULAÇÃO. NECESSIDADE DE UM RÍGIDO CONTROLE, PARA EVITAR O BENEFICIAMENTO INDEVIDO DE SERVIDORES MUNICIPAIS E PARTICULARES. URGÊNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DESSE CONTROLE, AINDA MAIS DIANTE DO PROXIMIDADE DAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS. RECOMENDAÇÃO. EVENTUAL NÃO ATENDIMENTO RECLAMA O INGRESSO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER.

Mais recentemente, foi confeccionada a **Pesquisa SIG n. 171/2020/CMA**:

LICITAÇÕES – SISTEMÁTICA SUGERIDA PARA AQUISIÇÃO DE REMÉDIOS – PREGÃO ELETRÔNICO OU PRESENCIAL - REGISTRO DE PREÇOS – COMPRA DIRETA OU LICITAÇÃO COMPLEMENTAR EM CASOS EXCEPCIONAIS - PREÇO NA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS - VALORES MÁXIMOS DEFINIDOS PELA CMED - PF E PMVG, OBTIDO PELO COEFICIENTE CAP.

No âmbito deste Ministério Público, o Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos e Terceiro Setor (CDH), disponibiliza, em sua página na intranet ¹⁴¹ material de apoio referente à aplicação do CAP, quais sejam, minutas de Portaria de Instauração de IC, de Recomendação e de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Por fim, com o desiderato de auxiliar o órgão consulente na verificação de eventual sobrepreço na aquisição de medicamentos, informa-se que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) disponibiliza listas no seu portal ¹⁴² na internet sobre os valores específicos de cada medicamento, bem como que o Ministério da Saúde disponibiliza em sua página o Banco de Preços em Saúde ¹⁴³, que deve ser obrigatoriamente alimentado pelos entes da Administração Pública (Resolução nº 18/2017 da Comissão Intergestores Tripartite), e sobre o qual o CDH também disponibiliza modelo de TAC na intranet ¹⁴⁴.

A Tabela CMED, de forma direta, encontra-se disponível para consulta pública no Portal da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) pelo link <http://portal.anvisa.gov.br/listas-de-precos> ou seguindo os passos seguintes:

¹⁴¹ Disponível em: http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/webforms/portal/pecasCIJ.aspx?secao_id=2221

¹⁴² <http://portal.anvisa.gov.br/consulta-lista-de-preco-de-medicamento>

¹⁴³ <http://www.saude.gov.br/gestao-do-sus/economia-da-saude/banco-de-precos-em-saude>

¹⁴⁴ http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/webforms/portal/pecasCIJ.aspx?secao_id=2221

PASSO 1: Acesse o *site* da ANVISA em <http://portal.anvisa.gov.br/> e clique em “Medicamentos” na aba “Assuntos” localizada no canto esquerdo da tela

The screenshot shows the ANVISA website interface. At the top, there is a navigation bar with the Brazilian flag and the text "BRASIL". To the right, there are links for "Simplifique!", "Participe", "Acesso à informação", "Legislação", and "Canais". Below this, there are utility links: "Ir para o conteúdo", "Ir para o menu", "Ir para a busca", and "Ir para o rodapé". On the right side of the header, there are links for "ACESSIBILIDADE", "ALTO CONTRASTE", "MAPA DO SITE", and "ENGLISH". The main header features the ANVISA logo and the text "AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA". A search bar is located on the right with the placeholder text "Buscar no portal". Below the header, there is a navigation bar with links for "Webmail", "Perguntas Frequentes", "Legislação", "Contato", "Serviços da Anvisa", "Dados Abertos", and "Área de Imprensa".

The main content area is divided into several sections:

- VOCÊ ESTÁ AQUI:** PÁGINA INICIAL
- Consulte a situação de documentos:** Peticionamento Eletrônico, Sistema Eletrônico de Informações (SEI), SNGPC.
- ATUAÇÃO:** Regulamentação, Registros e Autorizações, Fiscalização e Monitoramento, Sistema Nacional de Vigilância Sanitária.
- ASSUNTOS:** Agrotóxicos, Alimentos, Cosméticos, Laboratórios, **Analíticos** (highlighted with a red circle), Medicamentos, Redes, Acordeões e Fronteiras, Produtos para a Saúde, Saneantes, Sangue, Tecidos, Células e Órgãos, Serviços de Saúde, Tabaco, Farmacopeia.

The central banner features the text "COVID - 19 INFORMAÇÕES IMPORTANTES". To the right, there is a section for "ÚLTIMAS NOTÍCIAS" with three articles: "Webinar: repositório documental de dispositivos médicos", "Anvisa apresenta balanço de ações contra Covid-19", and "Doenças raras são tema de solenidade no Senado Federal". Below this is a "VEJA MAIS" link.

Below the news section, there is a "Participação social" section with a "Participação social" button and a list of activities: "Consultas públicas", "Acompanhe a agenda regulatória", and "Todas as formas de participação social".

The "Destaques" section contains six featured topics in a grid:

- CERTIFICADO INTERNACIONAL DE VACINAÇÃO
- DESABASTECIMENTO DE MEDICAMENTOS
- CORONAVÍRUS
- PREÇOS DE MEDICAMENTOS
- VIGIMED - NOTIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS
- IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS

PASSO 2: Em seguida, clique sobre “Lista de preços de medicamentos – Preço máximo”

BRASIL | Simplifique! | Participe | Acesso à informação | Legislação | Canais

Ir para o conteúdo 1 | Ir para o menu 2 | Ir para a busca 3 | Ir para o rodapé 4

ACESSIBILIDADE | ALTO CONTRASTE | MAPA DO SITE | ENGLISH

ANVISA

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA

Webmail | Perguntas Frequentes | Legislação | Contato | Serviços da Anvisa | Dados Abertos | Área de Imprensa

VOCÊ ESTÁ AQUI: PÁGINA INICIAL / ASSUNTOS / MEDICAMENTOS

Consulte a situação de documentos

Peticionamento Eletrônico

Sistema Eletrônico de Informações (SEI)

SNGPC

MEDICAMENTOS

- Consultas e Serviços
- Cidadão
- Empresas
- Serviços e Profissionais de Saúde
- Informações Técnicas
- Atividades
- Regulação
- Publicações
- Notícias
- Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED)


ATUAÇÃO

- Regularização
- Registros e Autorizações
- Fiscalização e Monitoramento
- Sistema Nacional de Vigilância Sanitária

ASSUNTOS


- Agrotóxicos
- Alimentos
- Cosméticos
- Laboratórios Analíticos
- Medicamentos
- Portos, Aeroportos e Fronteiras
- Produtos para a Saúde
- Saneantes
- Sangue, Tecidos, Células e Órgãos
- Serviços de Saúde
- Tabaco

Medicamentos




Edital de medicamento similar: fixado código de assunto

Cidadão




Tipos de medicamentos

Medicamento novo, genérico, similar, de referência, específico... Entenda os conceitos e definições da área de medicamentos.



Importação por pessoa física


Saiba como funciona a importação de medicamentos controlados sem registro no Brasil, para uso próprio.



Medicamento genérico

Entenda porque os medicamentos genéricos são seguros e mais baratos e acesse a lista dos genéricos registrados

Regulação e acompanhamento




MERCADO

Desabastecimento de medicamentos

Saiba quais medicamentos estão sendo descontinuados ou terão sua produção reativada pelos fabricantes

Câmara de regulação de medicamentos



CMED

Lista de preços de medicamentos

Conheça a CMED e o preço máximo que um medicamento pode ter nas farmácias e drogarias

Serviços

- Bulário eletrônico
- SNGPC
- Notificações
- Consulta a produtos
- Peticionamento eletrônico

ACESSE A LISTA DE SERVIÇOS

ÚLTIMAS NOTÍCIAS

- Doenças raras são tema de solenidade no Senado Federal
- Dicionário MedDRA lança termos em português do Brasil
- Divulgado 9º Boletim de Farmacovigilância
- Recorde de medicamentos aprovados para doenças raras

VEJA MAIS

ÚLTIMOS MEDICAMENTOS IRREGULARES

- CLARIS PRODUTOS FARMACÉUTICOS DO BRASIL LTDA: SUCROFER - 200 MG/ML SOL INJ IV CX 5 AMP VD TRANS X 5 ML, Lotes: B5A0029, B5A0072, B5A0073, B5A0100, B5A0101, B5A0104, B5A0122, B5A0123, B5A0145, B5A0208, B5A0209, B5A0210, B5A0264, B5A0266, B5A0267, B5A0269, B5A0283, B5A0284, B5A0334, B5B0147, B5B0177, B5B0194, B5B0214, B5B0224, B5B0238, B5B0246, B5B0251. / SUCROFER - 200 MG/ML SOL INJ IV CX 5 AMP VD TRANS X 5 ML, Lotes: B5B0253, B5B0256, B5B0257, B5B0259, B5B0278, B5B0282, B5B0284 e B5B0353.
- ARELA INDÚSTRIA FARMACÉUTICA LTDA.: DRIFLUX NASAL - 9 MG/ML SOL NAS CT FR VD AMB 30 ML, Lote: 19D0039

PASSO 3: Acesse a informação desejada

ANVISA
AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA

Webmail Perguntas Frequentes | Legislação | Contato | Serviços da Anvisa | Dados Abertos | Área de Imprensa

VOCÊ ESTÁ AQUI: PÁGINA INICIAL / ASSUNTOS / MEDICAMENTOS / CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS (CMED) / LISTAS DE PREÇOS DE MEDICAMENTOS

Consulte a situação de documentos

Peticionamento Eletrônico

Sistema Eletrônico de Informações (SEI)

SNGPC

MEDICAMENTOS

- Consultas e Serviços
- Cidadão
- Empresas
- Serviços e Profissionais de Saúde
- Informações Técnicas
- Atividades
- Regulação
- Publicações
- Notícias
- Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED)

Listas de preços de medicamentos

As farmácias e drogas, assim como laboratórios, distribuidores e importadores, não podem cobrar pelos medicamentos preço acima do permitido pela CMED. A lista de preços máximos permitidos para a venda de medicamentos é disponibilizada para consulta dos consumidores e é atualizada mensalmente.

Além da lista publicada no site da Anvisa, os consumidores podem consultar revistas especializadas na publicação de preços de medicamentos, que devem ser disponibilizadas obrigatoriamente pelas farmácias e drogas. Essas revistas não devem ser confundidas com o material de publicidade do estabelecimento e os preços nelas contidos podem ser menores que aqueles da lista da CMED, pois refletem descontos concedidos pela indústria, mas jamais superiores.

Seja consultando a lista da CMED ou uma revista especializada, caso o consumidor perceba que o preço de um medicamento em um estabelecimento está superior ao permitido, pode encaminhar denúncia à CMED.

Confira a edição mais atual da lista de preços (publicada em 02/03/2020 10h02min):

[Preço máximo \(pdf\)](#) [Preço máximo \(xls\)](#)

[PMVG \(pdf\)](#) [PMVG \(xls\)](#)

[Saiba como consultar a lista](#)

Acesse as edições anteriores.

5.2 Aquisição de veículos

A aquisição de veículos por parte da Administração também é tema que, com frequência, apresenta irregularidades causadoras de vultosos danos ao patrimônio público. Uma dúvida recorrente é se esse tipo de compra deveria ter como referência os preços constantes da tabela elaborada pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE).

No âmbito do TCU, a questão parece ser pacífica, conforme se depreende do acórdão abaixo:

[...] 9. A instrução da Unidade Técnica demonstra, de maneira apropriada, que houve inequívoco prejuízo ao Erário, uma vez que os preços cobrados para a aquisição de Unidades Móveis de Saúde estavam em desconformidade com os

praticados no mercado à época. 10. Nesse cenário, importa rememorar que os danos aos cofres públicos foram identificados mediante a comparação entre o preço de referência e o preço praticado, conforme documento intitulado "Metodologia de Cálculo do Débito", constante de página eletrônica do TCU. Além disso, consoante muito bem observado pela Unidade Técnica, **vem se consolidando na jurisprudência dessa Corte de Contas o entendimento de que os preços de referência dos veículos são aqueles pesquisados pela Fundação de Pesquisas Econômicas/Fipe, segundo a qual, as tabelas baseiam-se em pesquisas de preços médios praticados em 24 estados brasileiros, descartando valores muito abaixo ou acima da média (Acórdãos 2.877/2011, 3.019/2011, 5.324/2011, 5.325/2011, 6.758/2011, 7.723/2011, todos da 2ª Câmara). Em sendo assim, a variação causada pelas diferenças regionais já se encontra precificada nas tabelas de referência. (...)** 14. É bom repisar que a caracterização de superfaturamento baseou-se, como visto, no preço praticado no mercado e que o objeto conveniado não tem que ser necessariamente adquirido/executado exatamente no valor definido no plano de trabalho aprovado pelo Concedente, visto ter este um caráter estimativo para nortear a realização do certame licitatório. Noutros termos, os gestores que se obrigaram a bem aplicar os recursos públicos federais que lhe foram confiados, não poderiam deixar de observar cuidadosamente os preços que eram praticados no mercado e de propiciar ampla concorrência, de forma a possibilitar que as aquisições fossem as mais econômicas possíveis. (grifos acrescentados)
(TCU, Acórdão 7502/2015 - Segunda Câmara, rel. Raimundo Carreiro, 15/09/2015)

Conforme entendimento da referida Corte de Contas, compete aos licitantes inconformados demonstrar que a Tabela FIPE não representa os valores praticados no mercado – aliás, deve demonstrar que ela apresenta valores inferiores aos de mercado, pois somente assim os responsáveis estariam sendo prejudicados. No mesmo sentido, os Acórdãos 2.877/2011, 3.019/2011, 5.324/2011, 5.325/2011, 6.758/2011, 7.723/2011, todos da Segunda Câmara.

No Acórdão 2877/2011, por exemplo, destacou-se a pesquisa desenvolvida pela FIPE, cujas tabelas se baseiam em pesquisas de preços médios praticados em 24 estados brasileiros, descartando valores muito abaixo ou acima da média:

Tem-se por bem repisar que os preços dos veículos foram adquiridos da Fundação de Pesquisas Econômicas – Fipe, cujos valores são obtidos a partir de visitas em mais de 320 lojas de usados e concessionários autorizados, tradicionais feiras de veículos usados, principais jornais e revistas, de todo o Brasil, especializados em classificados de veículos e contatos por telefone em todo o país. As tabelas de preços da Fipe se constituem no mais completo estudo no gênero, não podendo haver, portanto, melhor base de dados para a avaliação dos preços dos veículos adquiridos (www.fipe.com.br). Ressalte-se que, para veículos novos (0 km), a definição do valor médio de mercado foi tomada com base nos preços Fipe em vigor em dezembro do ano de aquisição,

independentemente do mês em que o veículo foi de fato adquirido. O que impõe uma dose de conservadorismo ao cálculo.

(TCU, Acórdão 2877/2011, rel. Aroldo Cedraz, j. 10/05/2011)

No TCE/SC, já houve consideração da tabela FIPE como parâmetro para apuração de superfaturamento e imputação de débito, todavia, no caso concreto, optou-se por valor mais conservador, correspondente à diferença entre o preço de compra e orçamento apresentado a particular na mesma época (superior à FIPE):

[...] não há nos autos qualquer elemento que comprove que a Unidade Gestora efetuou pesquisa prévia dos preços praticados no mercado, conforme preceitua a Lei nº 8.666/93, em seus arts. 40, § 2º, II e 43, IV, ou ainda qualquer justificativa para o preço utilizado no Edital de Convite, razão pela qual, conforme bem apontou a DLC, a ocorrência de sobrepreço ficou evidente.

Era incumbência do gestor verificar a conformidade dos preços apresentados em face da média representativa de mercado. Justamente a essas situações que se presta a disposição contida no artigo 43, IV, da Lei nº 8.666/93, para impedir que o interesse público em obter preços adequados seja subjugado pelos interesses dos particulares.

Por todo o exposto, entendo que a irregularidade está comprovada.

Por fim, **entendo razoável que a quantificação do débito a ser imputado seja a diferença do preço de compra do veículo concretizada no Edital (R\$ 56.000,00) e do orçamento apresentado à mesma época pela concessionária vencedora do convite ao particular (R\$ 51.170,00), valor este, inclusive, bem superior ao da tabela FIPE, o que representa a quantia de R\$ 4.830,00 (quatro mil oitocentos e trinta reais).** (grifos acrescidos)

(TCE 10/00797250, rel. Auditor Gerson dos Santos Sicca. Sessão Ordinária de 02/05/2012. DOTC-e n. 985, de 16/05/2012)

No âmbito judicial, destaca-se o seguinte precedente do TJSC, que considerou expressamente a tabela FIPE como parâmetro fidedigno para apuração do valor de mercado e, portanto, de eventual superfaturamento e dano ao erário:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE ITAPIRANGA. DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO PARA A AQUISIÇÃO DE CAMINHÃO. SENTENÇA DE CONDENAÇÃO PELO ART. 10, VIII, DA LIA. RECURSO DO RÉU. 1) FRUSTRAÇÃO DA COMPETITIVIDADE. PRÉVIO AJUSTE ENTRE O SECRETÁRIO MUNICIPAL E O PROPRIETÁRIO DA CONCESSIONÁRIA COMPROVADO POR TELEFONEMAS ANTERIORES AO CERTAME. REQUISITOS ESPECÍFICOS DO EDITAL ATENDIDOS APENAS POR UMA MONTADORA. PROVA ORAL QUE CONFIRMA O DIRECIONAMENTO. ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO. 2) SANCIONAMENTO. PENALIDADES QUE DEVEM RESPEITAR OS SUBPRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO, DA NECESSIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO. EXCLUSÃO DA MULTA, DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E DAS PROIBIÇÕES DE

CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO E DE RECEBER INCENTIVOS FISCAIS. **RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO MANTIDO. POSSIBILIDADE DO USO DA TABELA FIPE PARA AFERIR O VALOR DE MERCADO DO VEÍCULO.** PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0900035-62.2015.8.24.0034, de Itapiranga, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, agosto de 2019)

Em sentido contrário, já se sustentou que o preço contido na tabela FIPE não contemplaria acessórios, taxas de emplacamento e outros equipamentos e que, portanto, não poderia ser adotada como preço máximo, mas, sim, como preço médio:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REVOGAÇÃO DE LICITAÇÃO DESTINADA À COMPRA DE VEÍCULO PARA USO PELO PREFEITO MUNICIPAL DE PINHEIRO PRETO. ATO ADMINISTRATIVO SEM RESPALDO EM FATO SUPERVENIENTE. AFRONTA AO ART. 49 DA LEI N. 8.666/1993. RESULTADO DO SUBSEQUENTE CERTAME OUTROSSIM VICIADO. HIPÓTESE EM QUE NÃO HAVIA NO MERCADO VEÍCULO PASSÍVEL DE ENQUADRAMENTO NAS RESTRITAS EXIGÊNCIAS DO EDITAL. **AUSÊNCIA DE PROVA DO SUPERFATURAMENTO DO VEÍCULO INSERTO NA PROPOSTA VENCEDORA. USO DA TABELA FIPE COMO PARÂMETRO PARA A AFERIÇÃO DA MÉDIA DE MERCADO, E NÃO COMO TETO MÁXIMO.** (grifos acrescidos)

(TJSC, Apelação Cível n. 0900015-23.2016.8.24.0071, de Tangará, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 19-02-2019)

De qualquer modo, percebe-se que prevalece o entendimento de que a tabela FIPE pode ser utilizada como parâmetro para apuração de sobrepreço/superfaturamento, razão pela qual se sugere que, nos casos relativos à compra de veículo, seja utilizado esse índice para tanto, sem prejuízo de outro indicador que se mostre mais fidedigno no caso concreto.

5.3 Peças e serviços de manutenção de automóveis

Em virtude de muitos entes públicos optarem por possuir frota veicular própria, a contratação de serviços relacionados à sua manutenção bem como a aquisição de peças automotivas revela-se atividade bastante corriqueira. Não obstante, tendo em vista a pluralidade de prestadores de serviços e as diferenças regionais, as falhas nesse setor são bastante recorrentes, seja por parte da Administração Pública ao

não realizar uma pesquisa de preços adequada, seja por parte das empresas fornecedoras, que praticam sobrepreço, não raras vezes em conluio.

Sobre a forma adequada de contratação desses produtos e serviços, o TCE/SC estabeleceu:

Prejulgado 803

1. Ressalvados os casos especificados na legislação, a aquisição de peças e a contratação de serviços de manutenção em veículos e equipamentos rodoviários deve ser precedida de licitação, operacionalizadas conforme as características e peculiaridades de cada órgão/entidade, observando-se a legislação.

2. A contratação dos serviços de manutenção em veículos e equipamentos rodoviários pode se dar da seguinte forma:

a) através de diversas licitações, uma para cada necessidade (observando-se a modalidade adequada para o conjunto das licitações), incluindo-se ou não o fornecimento de peças;

b) através de licitação cujo contrato contemple o regime da empreitada por preço unitário, incluindo-se todos os serviços necessários, e utilizando-se da relação do preço homem/hora para a remuneração, com fornecimento de peças pelo órgão/entidade contratante;

c) através de licitação, conforme item anterior, com o fornecimento de peças pelo contratado, sem exclusividade, com prévia aprovação do órgão/entidade contratante do orçamento das peças a serem substituídas.

3. A aquisição de peças pode ser operacionalizada:

a) juntamente com a contratação dos serviços, na forma do item anterior;

b) através de processo licitatório específico;

c) mediante a utilização do Sistema de Registro de Preços;

d) excepcionalmente, por dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, alterado pela Lei Federal nº 9.648/98.

Com base na jurisprudência da Corte de Contas, as peças de reposição podem ser adquiridas diretamente pelo particular contratado para executar o reparo do veículo público, desde que o orçamento seja aprovado pela Administração contratante. Contudo, a referida aprovação do orçamento pressupõe, no mínimo, a realização de pesquisa de mercado para comprovação da razoabilidade do preço, habilitação e indicação dos motivos que levaram a escolha de determinado fornecedor, tudo devidamente registrado no processo administrativo que autorizar a compra.

Quanto à identificação do preço de mercado de peças e de serviços automotivos, a solução mais indicada é a utilização das tabelas dos fabricantes dos respectivos veículos constantes no edital, como as **Tabelas do Fabricante de Tempo Padrão de Reparos** (homem/hora), para os serviços de mão de obra, e a **Tabela Oficial de Preços**

de Peças e Acessórios Novos e Genuínos. No caso de peças e acessórios, a Administração Pública deve sagrar vencedora no processo licitatório a empresa apta a fornecer o maior desconto sobre o preço à vista da tabela oficial da montadora. Já em relação da hora/homem (mão de obra), os valores constantes no edital devem refletir aqueles praticados pelo mercado, fruto de ampla pesquisa previamente realizada.

Nesse sentido, as seguintes decisões proferidas pelo Tribunal de Contas paulista:

TC-035623/026/10:

Ao que parece, o caso tratado neste protocolado está a se assemelhar àqueles que foram objetos das decisões recentemente proferidas pelo E. Plenário, nos processos TC- 027069/026/10 e TC-013643/026/10.

É que, pelo que consta da cópia de edital aqui apresentada, **embora tenha sido eleito o critério de julgamento do maior percentual de desconto, por lote, sobre a Tabela Oficial de Preços do Fabricante**, o ato convocatório parece não estabelecer se a incidência deste desconto a ser proposto pela licitante deverá recair sobre as tabelas das montadoras arroladas nos respectivos lotes, ou sobre as tabelas das próprias fabricantes de autopeças.

Tal questão, portanto, está a apresentar indícios de confronto com a legislação de regência e jurisprudência deste Tribunal, mostrando-se suficiente para uma intervenção desta Corte, com o intento de obstaculizar o prosseguimento da licitação, para análise em sede de exame prévio de edital, por representar ameaça de prejuízo à formulação de propostas, bem como à isonomia." (TCE/SP. TC-035623/026/10. Rel. Cons. Marcos Renato Böttcher. Julgado em: 08 out. 2010). (sem destaque no original)

TC-001353/010/08:

"Relativamente ao critério de julgamento adotado, tenho para mim que a hipótese dos autos não se assemelha a tantos outros reprovados por esta Casa por configurarem ofensa ao disposto no artigo 40, X, e artigo 45, parágrafo 1º, da Lei n. 8.666/93. Ao contrário, amolda-se às situações contidas nos TCs.13643/026/103, TC-1086/010/104, e TC-027069/026/105, **inclusive na necessidade de os editais deixarem claro se a alusão a fabricante remete às montadoras dos veículos, aos fabricantes de autopeças ou a ambos, já que cada qual possui tabela de preços própria**, e os produtos comercializados por ambas são considerados originais no mercado. Omissão desta natureza não se encontra no caso em exame, já que no item 1.2, o edital expressamente consigna que: "Entende-se como sendo peças originais de fábrica as fornecidas diretamente pela montadora de veículo, adquiridas de um distribuidor autorizado da marca, sendo vedada peças adquiridas no mercado paralelo".

E como a própria Origem esclarece, com o resultado das prévias consultas que realizou, tomou por base os preços orçados e elaborou requisição de serviços com um teto limite de R\$250.000,00 (Anexo III do edital, fls.346).

Não houve, portanto, a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, vedados pela norma de regência.

Tendo em vista a adoção deste critério, a omissão de cláusula a respeito de reajustamento de preços é mitigada, por não ter acarretado prejuízos ao pacto, conforme se verifica dos termos aditivos que foram celebrados nos moldes iniciais.

Ante essas considerações, voto pela regularidade da licitação, do contrato e dos termos aditivos, e pela legalidade dos atos determinativos das respectivas despesas, sem embargo das recomendações propostas. (TCE/SP. TC-001353/010/08. Rel. Cons. Robson Marinho, j. em 31/05/2011). (sem destaque no original)

TC-002245/003/11:

Início pela controvérsia suscitada pela ATJ, **atinente ao critério de julgamento baseado no maior percentual de desconto sobre a tabela oficial de preços de peças e acessórios do fabricante** – questão que, aliás, não fora impugnada pela Representante.

Especificamente para a situação que se apresenta, entendo perfeitamente possível o formato utilizado pela Prefeitura, diante da realidade do mercado automotivo, especialmente ao se considerar a infinidade dos tipos de peças a serem adquiridas, denotando certa inviabilidade tanto na condução do procedimento licitatório como na execução contratual, caso se optasse pelo registro do menor valor de cada item requerido.

[...] Creio oportuno trazer excerto do r. voto proferido pelo e. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, nos autos do TC-13643/026/10, como segue:

'O artigo 40, X, da Lei n. 8.666/93 é expresso em admitir tão somente o estabelecimento de preços máximos, vedando a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência.

Mas, no caso destes autos, despido das peculiares circunstâncias do precedente mencionado, não reconheço afronta ao mencionado dispositivo legal, já que o edital se limitou a estabelecer preço máximo aceitável, admitido pela lei de regência, não estipulando preço mínimo e nem sequer qualquer tipo de variação em relação ao preço de referência (tabela do fabricante); também não fixou preço-base, vedado pela lei e reiteradamente rechaçado segundo firme jurisprudência deste Tribunal.

Assim sendo, não haveria, em tese, impedimento legal para que se estabelecesse critério de julgamento de maior percentual de desconto (menor preço, pois), por linha de veículos, sobre determinada tabela de preços do fabricante.' (TCE/SP. TC-002245/003/11. Rel. Cons. Robson Marinho, j. em 19/11/2011).

Nessa toada, a doutrina destaca que a fixação do valor hora/homem ou do percentual de desconto sobre as peças não interfere no livre exercício da atividade econômica:

[...]a utilização do critério de julgamento baseado no maior percentual de desconto sobre o preço à vista da tabela oficial das peças da montadora – que ao final leva ao mesmo resultado da licitação do tipo menor preço – é uma situação bastante específica, em vista de que a tabela adotada tem caráter oficial, não podendo ser manipulada pelas partes. É importante que o fiscal/gerente do contrato, antes de cada pagamento, verifique se realmente foram adotados os preços registrados na tabela de referência e aplicado o

percentual de desconto que se sagrou vencedor da licitação. Importa que o critério de julgamento das propostas, a ser adotado para a escolha da empresa gerenciadora da manutenção corretiva e preventiva de veículos – quer o de menor valor hora/homem ou o de maior percentual de desconto sobre o preço à vista da tabela oficial das peças –, seja precedido de levantamentos/estudos desenvolvidos pela Administração, suficientes, com o maior nível de precisão possível, para extrair do modelo sua máxima rentabilidade, isto é, a melhor relação que se possa alcançar entre os custos direta e indiretamente envolvidos e a racionalização almejada, cotejando-se os valores gastos com a contratação tradicional de uma única oficina prestadora de serviços, nos exercícios anteriores. **A fixação do valor hora/homem ou do percentual de desconto sobre as peças, posto no edital, não interfere no livre exercício da atividade econômica e na obtenção do lucro pela empresa gerenciadora, desde que decorra de ampla e séria pesquisa realizada pela Administração Pública e reflita, verdadeiramente, os preços ou percentuais praticados pelo mercado.** Em um dos itens (percentual de desconto sobre as peças, por exemplo) a empresa gerenciadora é remunerada segundo os percentuais fixados pela Administração, que devem ser os de mercado, manejando a captação do lucro sobre o preço ofertado na proposta quanto ao outro item (valor hora/homem). (grifos acrescentados)
(PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Manutenção da frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: prenúncio da “quarteirização” na gestão pública? *Revista do TCU*, n. 116 (2009), p. 79-100, p. 85.)

Além das tabelas oficiais das montadoras, existem sistemas desenvolvidos por entidades privadas que podem ser utilizados para demonstrar que o valor cobrado pela peça ou pela hora/homem refletem os preços de mercado, como por exemplo, o Sistema Cília¹⁴⁵ e as Tabelas Tempárias confeccionadas pelo Sindicato da Indústria de Reparação de Veículos e Acessórios (SINDIREPA).¹⁴⁶

O Sistema Cília é uma plataforma on-line que contém valores de peças, códigos dos fabricantes, custos de reparação e também o tempo estimado pelo fabricante para realização de reparos. Ele é utilizado por diversas seguradoras, locadoras de automóveis, oficinas mecânicas e concessionárias, servindo como ferramenta de identificação do valor de mercado de peças e de serviços automotivos e, por conseguinte, de eventual sobrepreço.

¹⁴⁵ Disponível em: www.cilia.com.br

¹⁴⁶ SINDIREPA-RJ: <http://www.sindicatodaindustria.com.br/noticias/2013/09/72,24502/confira-tabelas-de-tempo-de-servicos-do-setor-de-reparacao-automotiva.html> e SINDIREPA-SP: <http://www.conarem.com.br/wp-content/uploads/2010/03/Tabela-Tempo-Plataforma.pdf>

ATENÇÃO!

No âmbito do MPSC, a Gerência de Transportes (GETRAN) é a detentora da licença de uso do Sistema Cília e, ao menos por enquanto, é a responsável por atender as solicitações de informações/consultas formuladas pelos órgãos de execução. Por essa razão, eventuais solicitações de consulta devem ser encaminhadas ao e-mail getran@mpsc.mp.br de forma objetiva e apenas para situações pontuais, contendo no mínimo: a) placa do veículo; b) marca e modelo do veículo; c) ano do veículo; d) peça(s) a que se refere a consulta; e e) tipo de serviço em relação a cada peça (troca, reparação etc.).

Todavia, por se tratar de sistema privado, cujo acesso é disponibilizado mediante pagamento de mensalidade, não é adequado condicionar a participação em licitações ao uso do referido sistema, mas, sem dúvida, ele representa uma prova bastante robusta de que o preço praticado pelo licitante não destoa da média de mercado.

Nesse sentido, a Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio Grande do Norte elaborou parecer alertando para o equívoco de se vincularem as propostas dos licitantes aos preços obtidos via sistema ofertado por empresa privada (*in casu*, o Audatex, muito semelhante ao Cília), embora se possa prever a sua utilização como prova dos preços praticados pelas montadoras, desde que haja certificação de sua confiabilidade:

Sendo assim, a opção jurídica mais segura é a escolha de uma Tabela existente no mercado, como a Tabela das montadoras, com cláusula expressa no Termo de Referência sobre a opção de se utilizar o software Audatex ou outro similar como prova dos preços praticados pelas montadoras para aqueles licitantes que não conseguirem as Tabelas junto às montadoras.

[...]

Não se faz pertinente a adoção, como critério de julgamento, do menor preço decorrente do maior desconto sobre os preços da “Tabela AUDATEX”, pelas razões suscitadas no tópico II.3 do presente parecer, devendo ser recomendada, em caso de previsão nesse sentido, a substituição da referida tabela pelas tabelas das fabricantes/montadoras. Pode o órgão prever, por outro lado, a possibilidade de os licitantes utilizarem como prova dos preços praticados pelas montadoras o software Audatex ou outro similar, desde que

haja absoluta segurança de sua confiabilidade (devendo o órgão se certificar de tal circunstância)
(Parecer n.º 098/2016/CJU-RN/CGU/AGU, disponível em: [http://www.11icfex.eb.mil.br/images/orientar_e_controlar/Licitacoes_e_contratos/Parecer_da_AGU - manuten%C3%A7%C3%A3o de viaturas.pdf](http://www.11icfex.eb.mil.br/images/orientar_e_controlar/Licitacoes_e_contratos/Parecer_da_AGU_-_manuten%C3%A7%C3%A3o_de_viaturas.pdf)
Acesso em: 27/02/2020)

Em reforço a esse entendimento, tem-se a manifestação do TCE/MG nos Autos n. 932.347:

Em que pese a Pregoeira ter se baseado, para a escolha da tabela Audatex como critério, fundamentando-se em procedimentos licitatórios de outros órgãos públicos, observa-se que normalmente, em editais de mesmo objeto e escopo, o percentual de desconto sobre peças utilizado é a Tabela Oficial de Preços de Peças e Acessórios Novos e Genuínos, emitida pelo fabricante dos veículos, senão veja-se conteúdo retirado de editais de outros órgãos da Administração Pública:

[...]

Como se vê, o critério adotado para que se estabeleçam os descontos, sempre leva em consideração a tabela oficial dos respectivos fabricantes dos veículos sobre os quais irá incidir os serviços e a troca de peças, conduzindo à conclusão de que a adoção do Sistema AUDATEX, não oficial, não foi a melhor e mais indicada escolha da administração do Município de Santana do Paraíso, a despeito das justificativas apresentadas pela Pregoeira
(TCE/MG, Autos n. 932.347, disponível em: <https://tcnotas.tce.mg.gov.br/tciuris/Nota/BuscarArquivo/1158726>. Acesso em: 27/02/2020)

Essa é também a prática do MP/SC, quando da realização de suas licitações, como se depreende da transcrição do Pregão Eletrônico n. 14/2018, que dispõe:

Anexo I – Objeto detalhado

8.5 Para peças, o MPSC pagará o menor preço à vista proposto pelas credenciadas de cada região, tendo como limite máximo os preços à vista praticados na tabela oficial da montadora de cada veículo, divulgados no sistema de orçamentação eletrônica contratado (atualmente o Sistema Cilia), os quais não poderão agregar qualquer tipo de adicional.

Cumprе alertar que, quando a Administração optar pela forma de julgamento maior desconto sobre o preço das peças, deverá indicar de forma precisa no edital a tabela a ser considerada pelas oficinas licitantes, com o intuito de evitar equívocos na elaboração das propostas de preços, bem como fixar um limite máximo para ser gasto com a compra das peças, viabilizando, assim, a realização do bloqueio orçamentário e

o cálculo dos limites para acréscimos ou supressões dos quantitativos (artigo 65 da Lei de Licitações), uma vez que são vedadas contratações em quantidades indeterminadas (artigo 1, § 7º, II, da Lei n.º 8.666/93).

Já as tabelas temporárias do SINDIREPA estimam qual é o tempo necessário para a realização de um serviço de manutenção ou conserto automotivo. Para os órgãos de controle, tanto interno quanto externo, essa tabela se revela bastante oportuna, pois permite verificar a existência de possível disparidade entre o quantitativo de horas orçado e o efetivamente necessário à sua realização a partir de fonte confiável.

Sobre o tema, ainda, a seguinte pesquisa:

Pesquisa SIG n. 0189/2020/CMA

LICITAÇÕES – AQUISIÇÃO DE PEÇAS E SERVIÇOS PARA MANUTENÇÃO DE VEÍCULOS – ARQUIVAMENTO PROMOVIDO EM RAZÃO DA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE – POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE TAC – REGULARIZAÇÃO DA FORMA DE CONTRATAÇÃO.

Tendo em vista a pertinência temática, destaca-se a existência de pesquisa elaborada pelo CMA destacando a possibilidade de que as peças de reposição sejam originais/genuínas desde que tal especificação seja imprescindível à manutenção da garantia do veículo:

Pesquisa SIG n. 244/2019/CMA

LICITAÇÕES – EXIGÊNCIA DE QUE AS PEÇAS DE REPOSIÇÃO DE TRATORES SEJAM ORIGINAIS – POSSIBILIDADE, DESDE QUE TAL ESPECIFICAÇÃO SEJA IMPRESCINDÍVEL À MANUTENÇÃO DA GARANTIA DE FÁBRICA DO VEÍCULO OU QUE HAJA UMA RAZÃO TÉCNICA QUE JUSTIFIQUE A EXCLUSÃO DAS PEÇAS GENÉRICAS.

5.4 Combustíveis: preço médio e consumo dos veículos

Outro possível tema de interesse são as fraudes relacionadas ao consumo de combustível da frota de veículos da Administração Pública. Num cenário em que se observa uma variação cada vez maior no preço dos combustíveis, a fiscalização do consumo da frota se impõe tanto por imperativos econômicos, quanto por obrigação do gestor público.

Inicialmente, é recomendável que seja realizado um controle no momento da aquisição dos combustíveis, por meio de ordens de abastecimento, notas de abastecimento ou qualquer outro tipo de controle mantido pelo órgão para abastecimento de seus veículos, que vinculem o abastecimento faturado ao respectivo veículo, e nos quais constem a quantidade de litros abastecidos e a quilometragem na data de cada abastecimento.

Nessa seara, as irregularidades ocorrem com mais frequência de duas formas: 1) superestimação do consumo de combustível; e 2) superestimação do preço dos combustíveis.

Na primeira hipótese, tem-se como ferramenta importante à disposição dos órgãos de controle as tabelas de consumo e de eficiência energética para veículos leves elaboradas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO). As tabelas, de acesso público e disponibilizadas no *site* da supracitada autarquia federal, indicam o consumo médio de combustível (etanol, gasolina ou diesel), tanto na cidade quanto na estrada, de diversas marcas, modelos e versões de veículos leves nacionais e importados.

Quanto ao segundo problema, tem-se como ferramenta de pesquisa o *site* da Agência Nacional do Petróleo (ANP), que fornece o preço médio dos combustíveis em inúmeros municípios de todo o país, inclusive de Santa Catarina. De posse de ambas as informações, pode-se verificar se o consumo do veículo está sendo superestimado ou se a Administração Pública está pagando por um preço superior ao da média do mercado.

Para acessar as tabelas de consumo médio de combustível de veículos leves elaboradas pelo INMETRO, pode-se clicar diretamente no atalho http://www.inmetro.gov.br/consumidor/tabelas_pbe_veicular.asp ou seguir o passo-a-passo a seguir:

PASSO 1: Acesse o portal do INMETRO em <http://www.inmetro.gov.br/> e selecione a aba “Eficiência energética” no canto esquerdo da página

The image shows the INMETRO website interface. At the top, there is a navigation bar with the INMETRO logo, a search bar, and social media icons. Below this, there are links for 'Carta de serviços', 'Perguntas frequentes', 'Ouvidoria', 'Área de imprensa', and 'Inmetro nos estados'. The main content area is divided into two sections: 'PARA A INDÚSTRIA' and 'PARA O CIDADÃO'. Under 'PARA O CIDADÃO', there is a list of menu items: 'Produtos certificados', 'Eficiência energética', 'Análise de produtos', 'Instaladores de GNV', and 'Acidente de consumo'. The 'Eficiência energética' item is circled in red, and a red arrow points to it. Below the menu items, there is a large banner for 'INMETRO CONVIDA PARA A REVISÃO DO PROGRAMA BRASILEIRO DE CERTIFICAÇÃO FLORESTAL' featuring the Cerflor logo and the text 'Veja como você pode contribuir'.

PASSO 2: Em seguida, clique sobre a imagem “Tabelas de eficiência energética”

PASSO 3: Acesse então as “Tabelas de consumo/Eficiência energética” clicando sobre o *link* indicado na página

Tabelas de consumo/eficiência energética no sítio do Inmetro.' A red arrow points from this link to a sidebar menu on the right. The sidebar menu is titled 'Conheça o programa' and contains the following items: O PBE, Histórico, Parceiros, and Tabelas de eficiência energética."/>

PASSO 4: Selecione a opção “PBE Veicular”

Carta de Serviços | Inmetro nos Estados | Fale Conosco | Ouvidoria | Comissão de Ética

45 ANOS **INMETRO** Informação ao Consumidor

Clique para ativar o plug-in Adobe Flash Player

Informações ao Consumidor >> Tabelas de consumo/eficiência energética

Introdução
Carta de Serviços ao Cidadão
Produtos Certificados
Serviços Certificados
Programa Brasileiro de Etiquetagem / Eficiência Energética
Programa de Análise de Produtos
Produtos Têxteis
Produtos Pesados e Embalados
Padronização de Produtos
Formação de Multiplicadores
Cartilhas
Coleção Educativa
Unidades Legais de Medida
Instrumentos de Medição
Sugestões para Análise de Produtos

Produtos analisados
Relatório de Análise em Sacos para Acondicionamento de Lixo Residencial PDF
Relatório de Análise de Consumo de Energia de Ferro Elétrico de Passar Roupa e Vaporizador PDF

Fique Atento
Eletrodomésticos
Equipamento para o armazenamento de resíduos
Cronotermografia
Consulta de verificação de metrologia de energia elétrica
Consultas Públicas em andamento
Tomadas de subsídios em andamento

Tabelas de consumo/eficiência energética:
As tabelas seguintes apresentam todos os produtos aprovados no Programa Brasileiro de Etiquetagem (PBE) e que, portanto, estão autorizados a ostentar a Etiqueta Nacional de Conservação. Estas tabelas são atualizadas periodicamente e representam o estágio atual em termos de consumo de energia e/ou de eficiência energética dos diversos produtos enfocados.
Para outras informações técnicas sobre quaisquer dos modelos referidos nas tabelas, sugerimos consultar o site específico do fabricante.
As informações contidas nas diversas tabelas são de responsabilidade dos fabricantes e são colocadas à disposição dos usuários/consumidores como uma fonte de auxílio na escolha do melhor produto, na hora de comprar.

PRODUTOS
AQUECEDORES DE ÁGUA A GÁS
BOMBAS E MOTOBOMBAS CENTRÍFUGAS
CONDICIONADORES DE AR
CONGELADORES VERTICAIS, CONGELADORES VERTICAIS FROST-FREE E CONGELADORES HORIZONTAIS
EDIFICAÇÕES
FOGÕES E FORNOS DOMÉSTICOS A GÁS
FORNOS ELÉTRICOS COMERCIAIS
FORNOS DE MICRO-ONDAS
LÂMPADAS DECORATIVAS - LINHA INCANDESCENTES - 127V E 220V
LÂMPADAS DE USO DOMÉSTICO - LINHA INCANDESCENTES - 127V E 220V
LÂMPADAS FLUORESCENTES COMPACTAS 12Vcc
LÂMPADAS FLUORESCENTES COMPACTAS C/ REATOR INTEGRADO (127V)
LÂMPADAS FLUORESCENTES COMPACTAS C/ REATOR INTEGRADO (220V)
LÂMPADA VAPORE DE SÓDIO A ALTA PRESSÃO
LAVADORAS DE ROUPAS SEMI-AUTOMÁTICAS
LAVADORAS DE ROUPAS AUTOMÁTICAS ABERTURA SUPERIOR (TOP LOAD)
LAVADORAS DE ROUPA AUTOMÁTICAS ABERTURA FRONTAL (FRONT LOAD)
LAVADORAS DE ROUPA E SECADORA AUTOMÁTICAS COM ABERTURA SUPERIOR (LAVA E SECA)
LAVADORAS DE ROUPA E SECADORA AUTOMÁTICAS COM ABERTURA FRONTAL (LAVA E SECA)
MOTORES ELÉTRICOS TRIFÁSICOS
PBE VEICULAR
REFRIGERADORES, FREEZERS, COMBINADOS, COMBINADOS FROST-FREE
SISTEMA DE ENERGIA FOTOVOLTAICA Sistemas e equipamentos para aquecimento solar de água (PBE Solar - coletores e reservatórios)
TELEVISORES - STANDBY
TRANSFORMADORES DE DISTRIBUIÇÃO EM LÍQUIDO ISOLANTE
VENTILADORES DE MESA, PAREDE, PEDESTAL E CIRCULADORES.
VENTILADORES DE TETO 127V
VENTILADORES DE TETO 220V

PASSO 5: Escolha o ano do veículo em questão para ter acesso ao relatório de consumo médio de combustível em formato PDF

Carta de Serviços | Inmetro nos Estados | Fale Conosco | Ouvidoria | Comissão de Ética

45 ANOS **INMETRO** Informação ao Consumidor

Clique para ativar o plug-in Adobe Flash Player

Informações ao Consumidor >> Tabelas de consumo/eficiência energética

Introdução
Carta de Serviços ao Cidadão
Produtos Certificados
Serviços Certificados
Programa Brasileiro de Etiquetagem / Eficiência Energética
Programa de Análise de Produtos
Produtos Têxteis
Produtos Pesados e Embalados
Padronização de Produtos
Formação de Multiplicadores
Cartilhas
Coleção Educativa
Unidades Legais de Medida
Instrumentos de Medição
Sugestões para Análise de Produtos

Produtos analisados
Relatório de Análise em Sacos para Acondicionamento de Lixo Residencial PDF
Relatório de Análise de Consumo de Energia de Ferro Elétrico de Passar Roupa e Vaporizador PDF

Tabelas PBE Veicular:
As tabelas seguintes apresentam veículos leves 2009, 2010, 2011 e 2012 aprovados no Programa Brasileiro de Etiquetagem (PBE).

PDF	VEÍCULOS LEVES 2019
PDF	VEÍCULOS LEVES 2018
PDF	VEÍCULOS LEVES 2017
PDF	VEÍCULOS LEVES 2016
PDF	VEÍCULOS LEVES 2015
PDF	VEÍCULOS LEVES 2014
PDF	VEÍCULOS LEVES 2013
PDF	VEÍCULOS LEVES 2012
PDF	VEÍCULOS LEVES 2011
PDF	VEÍCULOS LEVES 2010
PDF	VEÍCULOS LEVES 2009
PDF	CONSULTE SEU MODELO

Para acessar o levantamento de preços de combustíveis realizado pela ANP, tem-se a opção de acessar diretamente o atalho

http://preco.anp.gov.br/include/Resumo_Mensal_Index.asp ou seguir o passo-a-passo abaixo:

PASSO 1: Acesse o *site* da ANP em <http://www.anp.gov.br> e clique em “Preços e defesa da concorrência” no canto inferior esquerdo da página:

anp
Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

Buscar no portal

Legislação | Processo Eletrônico (SEI) | Fale Conosco | Sistemas da ANP | Imprensa | Newsletter

PÁGINA INICIAL

Institucional

Transmissão das Reuniões da Diretoria Colegiada

Royalties e outras participações

Consultas e audiências públicas

ATUAÇÃO

Exploração e produção de óleo e gás

Pesquisa, desenvolvimento e inovação

Produção de derivados de petróleo e processamento de gás natural

Produção e fornecimento de biocombustíveis

Armazenamento e movimentação de produtos líquidos

Movimentação, estocagem e comercialização de gás natural

Importação e exportação

Distribuição e revenda

Fiscalização

Qualidade de produtos

Preços e defesa da concorrência

Painel Dinâmico de Produção

PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NO BRASIL ULTRAPASSA 4 MILHÕES DE BOE/D PELA PRIMEIRA VEZ

- RODADAS DE LICITAÇÕES**
Saiba mais sobre as licitações de áreas para exploração e produção de petróleo e gás no Brasil.
- BDEP**
Veja como acessar dados técnicos de prospecção petrolífera em todo território brasileiro.
- PREÇOS**
Confira preços e acompanhamentos de mercado do setor de petróleo, gás e biocombustíveis.

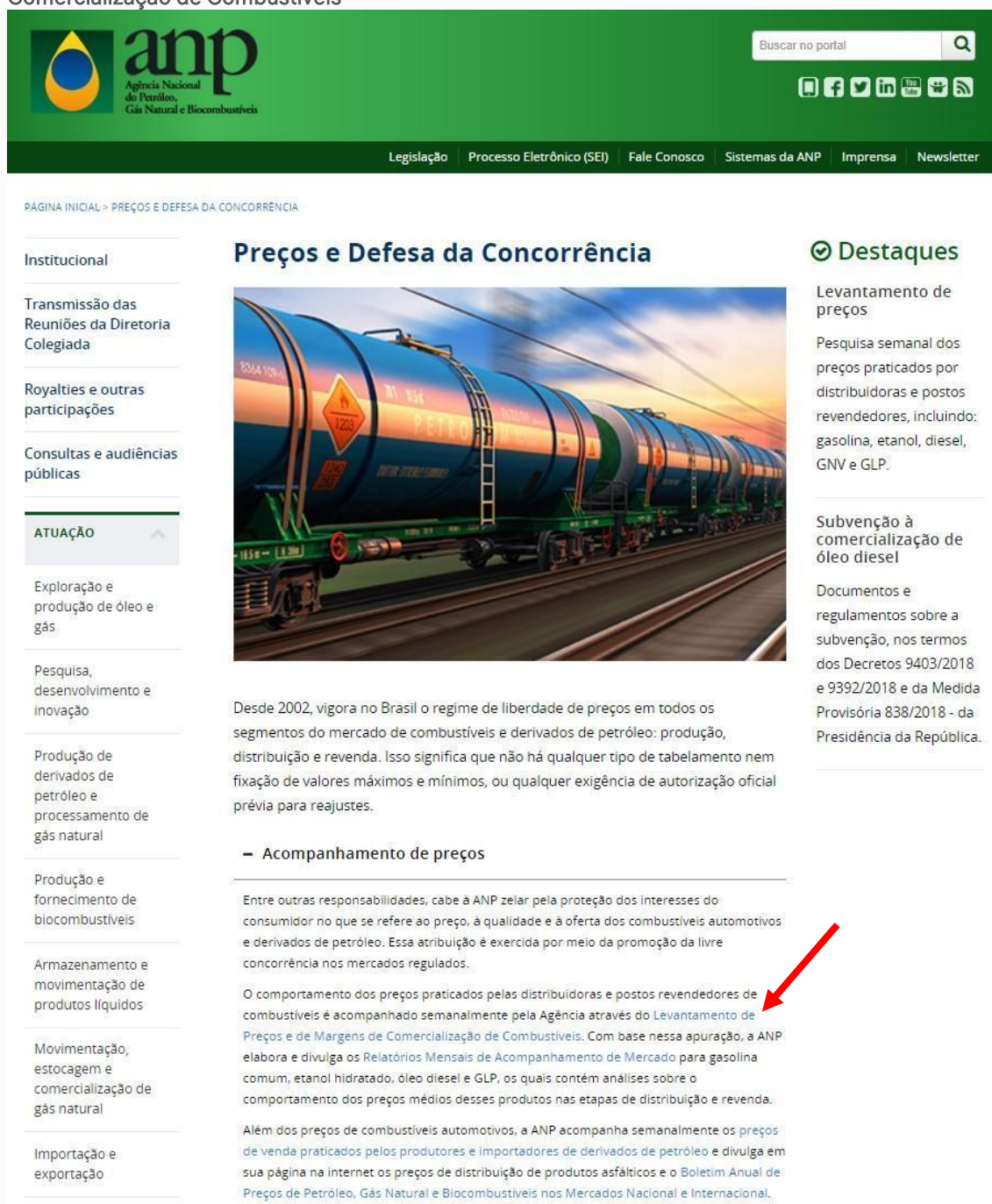
Notícias e Comunicados

- 21/02 | ANP aprova primeira redução na alíquota de royalties sobre a produção incremental em campo maduro
- 19/02 | Produção de petróleo e gás no Brasil ultrapassa 4 milhões de boe/d pela primeira vez
- 18/02 | Comercialização de combustíveis em 2019 apresenta aumento em relação a 2018
- 14/02 | Operação verão da ANP fiscaliza postos de combustíveis em 16 estados e 62 cidades

[Acesse a lista completa](#)

GeoANP | **Consumidor** | **Últimas Atualizações**

PASSO 2: Na aba “Acompanhamento de preços”, clique no *link* “Levantamento de Preços e de Margens de Comercialização de Combustíveis”



anp
Agência Nacional
do Petróleo,
Gás Natural e Biocombustíveis

Buscar no portal

Legislação | Processo Eletrônico (SEI) | Fale Conosco | Sistemas da ANP | Imprensa | Newsletter

PÁGINA INICIAL > PREÇOS E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Institucional

Transmissão das Reuniões da Diretoria Colegiada

Royalties e outras participações

Consultas e audiências públicas

ATUAÇÃO

Exploração e produção de óleo e gás

Pesquisa, desenvolvimento e inovação

Produção de derivados de petróleo e processamento de gás natural


Produção e fornecimento de biocombustíveis

Armazenamento e movimentação de produtos líquidos

Movimentação, estocagem e comercialização de gás natural

Importação e exportação

Preços e Defesa da Concorrência



Destques

Levantamento de preços

Pesquisa semanal dos preços praticados por distribuidoras e postos revendedores, incluindo: gasolina, etanol, diesel, GNV e GLP.

Subvenção à comercialização de óleo diesel

Documentos e regulamentos sobre a subvenção, nos termos dos Decretos 9403/2018 e 9392/2018 e da Medida Provisória 838/2018 - da Presidência da República.

Desde 2002, vigora no Brasil o regime de liberdade de preços em todos os segmentos do mercado de combustíveis e derivados de petróleo: produção, distribuição e revenda. Isso significa que não há qualquer tipo de tabelamento nem fixação de valores máximos e mínimos, ou qualquer exigência de autorização oficial prévia para reajustes.

– Acompanhamento de preços

Entre outras responsabilidades, cabe à ANP zelar pela proteção dos interesses do consumidor no que se refere ao preço, à qualidade e à oferta dos combustíveis automotivos e derivados de petróleo. Essa atribuição é exercida por meio da promoção da livre concorrência nos mercados regulados.

O comportamento dos preços praticados pelas distribuidoras e postos revendedores de combustíveis é acompanhado semanalmente pela Agência através do **Levantamento de Preços e de Margens de Comercialização de Combustíveis**. Com base nessa apuração, a ANP elabora e divulga os **Relatórios Mensais de Acompanhamento de Mercado para gasolina comum, etanol hidratado, óleo diesel e GLP**, os quais contêm análises sobre o comportamento dos preços médios desses produtos nas etapas de distribuição e revenda.

Além dos preços de combustíveis automotivos, a ANP acompanha semanalmente os preços de venda praticados pelos produtores e importadores de derivados de petróleo e divulga em sua página na internet os preços de distribuição de produtos asfálticos e o **Boletim Anual de Preços de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis nos Mercados Nacional e Internacional**.

PASSO 3: Clique no *link* “Clique aqui para pesquisar Levantamento de Preços”, conforme indicado na imagem

The image shows a screenshot of the ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis) website. The header includes the Brazilian flag, the text 'BRASIL', and navigation links: 'Simplifique!', 'Participe', 'Acesso à informação', 'Legislação', and 'Canais'. Below the header, there are utility links: 'Ir para o conteúdo', 'Ir para o menu', 'Ir para a busca', and 'Ir para o rodapé'. The main navigation bar contains 'ACESSIBILIDADE', 'ALTO CONTRASTE', and 'MAPA DO SITE'. The ANP logo is prominently displayed on the left, with a search bar on the right. A secondary navigation bar lists 'Legislação', 'Processo Eletrônico (SEI)', 'Fale Conosco', 'Sistemas da ANP', 'Imprensa', and 'Newsletter'. The breadcrumb trail reads: 'PÁGINA INICIAL > PREÇOS E DEFESA DA CONCORRÊNCIA > PREÇOS > LEVANTAMENTO DE PREÇOS E DE MARGENS DE COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS'. The main content area features a large heading: 'Levantamento de Preços e de Margens de Comercialização de Combustíveis'. The text describes the ANP's role in implementing national policy for petroleum and natural gas, ensuring consumer interests. It mentions a weekly price survey in 459 localities. A red arrow points to the link 'Clique aqui para pesquisar o Levantamento de Preços'. Below this, a box contains a notice about the digital certificate update to version V5, with a link to 'Veja o passo a passo aqui'. At the bottom, there is a link to 'Clique aqui para acessar a série histórica do Levantamento de Preços'.

PASSO 4: Em seguida, acesse a informação desejada, como, por exemplo, “Mensal – Resumo II”



Você está em >

Resumos

SEMANAL - RESUMO I

MENSAL - RESUMO II

4 ÚLTIMAS SEMANAS - RESUMO III

10 ÚLTIMAS SEMANAS - RESUMO IV

3 ÚLTIMOS MESES - RESUMO V

Pesquisas

POR ESTADO

POR MUNICÍPIO

ÚLTIMAS COLETAS

Entre 30/7/2017 e 30/12/2017, os 459 municípios pesquisados foram distribuídos da seguinte forma: as 26 capitais e o Distrito Federal pesquisados semanalmente e outros 432 municípios pesquisados quinzenalmente, alternando-se a cada semana um determinado grupo (Grupo A com as 27 capitais mais 215 municípios e Grupo B com as 27 capitais e outros 217 municípios). Em razão da alternância de municípios pesquisados entre determinada semana e a seguinte (Grupos A e B), recomenda-se, para fins de acompanhamento da evolução de preços em nível nacional, regional e/ou estadual no período supramencionado, a comparação entre dados referentes a semanas intercaladas. Para mais informações, acesse <http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrencia/precos/levantamento-de-precos>

PASSO 5: Indique o mês de referência da pesquisa, selecione “Municípios”, o Estado de Santa Catarina e o tipo de combustível do veículo



Você está em >

Coletas realizadas entre: 01/02/2020 a 20/02/2020

Selecione o mês

2020 - Fevereiro

BRASIL

REGIÕES

ESTADOS

MUNICÍPIOS

Selecione o Estado

Santa Catarina

Selecione o Combustível

Gasolina

Digite o código abaixo:



Não consegue visualizar a imagem? [Clique aqui.](#)

Processar

Entre 30/7/2017 e 30/12/2017, os 459 municípios pesquisados foram distribuídos da seguinte forma: as 26 capitais e o Distrito Federal pesquisados semanalmente e outros 432 municípios pesquisados quinzenalmente, alternando-se a cada semana um determinado grupo (Grupo A com as 27 capitais mais 215 municípios e Grupo B com as 27 capitais e outros 217 municípios). Em razão da alternância de municípios pesquisados entre determinada semana e a seguinte (Grupos A e B), recomenda-se, para fins de acompanhamento da evolução de preços em nível nacional, regional e/ou estadual no período supramencionado, a comparação entre dados referentes a semanas intercaladas. Para mais informações, acesse <http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrencia/precos/levantamento-de-precos>

PASSO 6: Acesse as informações relativas ao município de interesse

Você está em >

Síntese dos Preços Praticados - SANTA CATARINA
RESUMO II - Gasolina R\$/l
Período : 2020 - Fevereiro

MUNICÍPIO	N.º DE POSTOS PESQUISADOS	PREÇO ao Consumidor					PREÇO Distribuidora			
		PREÇO MÉDIO	DESVIO PADRÃO	PREÇO MÍNIMO	PREÇO MÁXIMO	MARGEM MÉDIA	PREÇO MÉDIO	DESVIO PADRÃO	PREÇO MÍNIMO	PREÇO MÁXIMO
Araranguá	33	4,356	0,045	4,279	4,399	0,457	3,899	0,047	3,840	3,961
Balneário Camboriú	27	4,505	0,138	4,299	4,670	0,527	3,978	0,020	3,947	3,998
Biguaçu	30	4,492	0,014	4,456	4,499	0,399	4,093	0,013	4,058	4,099
Blumenau	60	4,190	0,137	4,030	4,699	0,330	3,860	0,074	3,756	3,958
Brusque	30	4,322	0,067	4,290	4,499	0,332	3,990	0,006	3,987	3,997
Cacador	24	4,362	0,096	4,229	4,499	0,370	3,992	0,126	3,825	4,106
Chapeco	27	4,321	0,070	4,150	4,399	0,368	3,953	0,064	3,879	4,026
Concordia	18	4,522	0,078	4,389	4,599	0,509	4,013	0,048	3,956	4,070
Criciúma	36	4,319	0,061	4,199	4,399	0,454	3,865	0,054	3,816	3,990
Florianópolis	107	4,507	0,084	4,299	4,699	0,415	4,092	0,009	4,040	4,099
Itajaí	33	4,373	0,037	4,299	4,449	0,503	3,870	0,011	3,860	3,880

Exportar

5.5 Subcontratação irregular

Subcontratação consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, para que execute, em nome do contratado, item, etapa ou parcela do objeto avençado. A subcontratação parcial do objeto do contrato administrativo é perfeitamente lícita, desde que haja previsão no edital e no contrato, bem como o quantitativo admitido pela contratante. Ademais, responde a contratada pela execução total do objeto contratado, não havendo qualquer relação entre a Administração e a subcontratada, de modo que, também, pelos atos ou omissões desta, aquela é plenamente responsável.

Por outro lado, é vedada a subcontratação total do objeto licitado, pois, por consistir na adjudicação do objeto contratual a não participante do certame, configuraria negação ao próprio procedimento licitatório. É o que decorre do art. 72 da Lei de Licitações:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Além disso, a Lei n. 8.666/93 prevê a subcontratação ilícita como causa de rescisão do contrato, conforme art. 78, VI do referido diploma legal:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato.

Assim, a subcontratação só é admitida nos casos expressamente previstos em no edital e no contrato, pois deve ser encarada como exceção. Nesse sentido, Cristiano Reis Juliani registra:

A regra consiste na impossibilidade de transferir-se a terceiros a execução das prestações incumbidas ao particular contratante. A autorização legal engloba hipóteses em que deva o Poder Público avaliar a conveniência da subcontratação, que surge da crescente complexidade de execução de obras e serviços, ensejando graus de especialização incompatíveis com a unidade de pessoa. Não é possível, em muitas situações, exigir que única empresa realize, por si só, empreendimento que envolva várias áreas do conhecimento, estranhas a seu objeto precípua. Evidentemente, a permissão da subcontratação não se deve configurar em subterfúgio para a esquiva ao procedimento licitatório; ao contrário, deve ater-se à necessidade da situação concreta. A lei não autoriza a contratação por interposta pessoa, sem passagem obrigatória pelo certame.

(JULIANI, Cristiano Reis. **Contratação subsidiária a convênio e subcontratação**. Juris Síntese n. 24 - JUL/AGO de 2000)

De acordo com o TCU, para que haja permissão de subcontratação de parte do objeto, o instrumento convocatório deve trazer regras claras e objetivas, estabelecendo, obrigatoriamente: motivação e presença do interesse público; necessidade de prévia autorização da Administração; especificação das razões do serviço a ser subcontratado e do prazo desejado; e especificação do percentual máximo que poderá ser subcontratado.¹⁴⁷

Em sentido similar:

“[...] a subcontratação deve ser tratada como exceção, de tal modo que a jurisprudência do TCU só tem admitido, em regra, a subcontratação parcial e, ainda assim, quando não se mostrar viável sob a ótica técnico-econômica a execução integral do objeto por parte da contratada e desde que tenha havido

¹⁴⁷ TCU, Acórdão 1626/2010, Plenário, 14/07/2010.

autorização formal do ente contratante". (Acórdão TCU nº 834/2014 – Plenário, Informativo de Licitações e Contratos nº 191)

Ressalte-se, contudo, que o TCU já se manifestou pela regularidade da subcontratação não obstante a ausência de autorização expressa em edital. A Corte de Contas, no caso concreto, consignou que bastava a ausência de vedação expressa:

1. A subcontratação parcial de serviços contratados não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato, bastando apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos, entendimento que se deriva do art. 72 da Lei 8.666/1993 e do fato de que, na maioria dos casos, a possibilidade de subcontratação deve atender a uma conveniência da administração. 2. Ao responsável que, injustificadamente, com dano efetivo ao normal andamento do processo, deixar de atender a diligência do Tribunal promovida em cumprimento do seu dever legal de apurar denúncia de irregularidades que lhe foi feita, aplica-se a multa prevista no art. 268, inciso IV, do Regimento Interno. (TCU, Acórdão 5532/2010, Primeira Câmara, 31/08/2010)

A *subcontratação* parcial de serviços, ao contrário da *subcontratação* total, é legalmente admitida (art. 72 da Lei 8.666/1993), razão pela qual não requer expressa previsão no edital ou no contrato, bastando que estes instrumentos não a vedem. (TCU, Acórdão 2198/2015, Plenário, rel. Marcos Bemquerer)

Por outro lado, a subcontratação de empresa contratada por dispensa ou inexigibilidade de licitação é, em princípio, vedada, mormente quando se tem por fundamento a singularidade do objeto e a notoriedade do especialista:

A entidade contratada por dispensa de licitação, com base no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, deve comprovar indiscutível capacidade para a execução do objeto pactuado por meios próprios e de acordo com as suas finalidades institucionais, sendo regra a inadmissibilidade de *subcontratação*. (TCU, Acórdão 2669/2016-Plenário, rel. Benjamin Zymler)

Acerca do tema, destaca-se excerto do Parecer 350/2016/FECAM:

Importante salientar, ainda, que o TCU entende ser ilegal a subcontratação de estrutura funcional para a realização de certame público, quando a contratada for escolhida através da dispensa de licitação prevista no art. 24, XIII, Lei nº 8.666/93. Neste sentido, o TCU, no Acórdão nº 1.803/2010-Plenário, TC-005.848/2000-0, decidiu por rejeitar as razões de justificativa em face da irregularidade caracterizada pela celebração de contrato entre o INPE e a Fundação de Ciência, Aplicações e Tecnologias Espaciais (FUNCATE),

fundamentando, dentre outros motivos, na falta de capacidade da contratada para executar o objeto do contrato com estrutura funcional própria.

Ademais, **é imperioso que a própria entidade associativa não se desprenda de suas finalidades precípuas, tampouco sirva a meras intermediações entre o ente público requerente da realização do concurso e outras empresas ou particulares executores parciais das tarefas inerentes ao concurso (elaboração do edital, das questões, banca examinadora), isto é, não atue como interveniente entre o município e os particulares, porque tal hipótese redundaria em violação às regras sobre licitação pública, porquanto, se, ao fim e ao cabo, são esses particulares os executores dos serviços, então caberia a contratação destes pelo Poder Público, por meio de regular processo licitatório.** (grifos acrescidos)

Por fim, nos casos de subcontratação irregular, em especial quando se tratar de subcontratação total, o dano pode ser calculado pela diferença entre os pagamentos recebidos pela empresa contratada e os valores por ela pagos na subcontratação:

A subcontratação total do objeto, em que se evidencia a mera colocação de interposto entre a Administração Pública contratante e a empresa efetivamente executora (subcontratada), é irregularidade ensejadora de débito, o qual corresponde à diferença entre os pagamentos recebidos pela empresa contratada e os valores por ela pagos na subcontratação integral. (TCU, Acórdão 1464/2014-Plenário, rel. André de Carvalho)

Isso porque a subcontratação total fere o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, previsto no art. 37, XXI, da CF e caracterizado pela relação de equivalência entre o encargo suportado pelo particular e a remuneração paga pela Administração. De fato, na subcontratação ilícita ocorre uma quebra na equivalência entre remuneração e encargo, pois a Administração, além do valor que corresponde ao encargo (este repassado ao subcontratado), acaba por pagar um montante que é retido com o contratado original, sem que este, porém, execute a parcela do objeto do contrato¹⁴⁸.

Portanto, a diferença entre o valor pago ao contratado e o montante por este repassado ao subcontratado pode ser utilizada como parâmetro para indicação do superfaturamento (e, portanto, do dano ao erário).

Em reforço a tal entendimento, embora admitindo o raciocínio apenas em situações excepcionais:

¹⁴⁸ BORGES, Gabriela Lira. **Subcontratação total, superfaturamento e o dever de reparar o dano à Administração.** Blog Zênite. 18/6/2014.

A utilização, como referência de preço para fins de qualificação de superfaturamento, dos valores pagos pela empresa contratada aos seus fornecedores e subcontratados somente é admitida em situações excepcionais, quando há impossibilidade de verificação dos preços praticados junto ao mercado.

(TCU, Acórdão 2419/2015-Plenário, 30/09/2015)

Não deixa de ser, de certa forma, o raciocínio realizado pelo TJ/SC nos julgados, citados no item 4.2.4, que admitiram a estimativa do lucro indevido em contratos irregulares de intermediação de artistas com base na diferença entre o valor pago efetivamente ao artista (que seria o subcontratado) e o valor do contrato.

5.6 Obras e serviços de engenharia

Como já referido no item 2.3.1, no âmbito de obras e serviços rodoviários (na verdade, de infraestrutura de transportes), o TCU já estabeleceu que pagamentos em valores superiores aos custos previstos no Sistema de Custos Rodoviários (SICRO)¹⁴⁹ caracterizam sobrepreço:

Verifica-se sobrepreço e/ou superfaturamento em obra rodoviária quando há pagamento por serviços em valores superiores aos custos previstos no Sistema de Custos Rodoviários (Sicro).

(TCU, Acórdão 3631/2013-Plenário, 10/12/2013)

O Sicro I é apropriado para realizar comparações de preços em obras rodoviárias com data-base anterior à entrada em operação do Sicro II. Quando este for necessário para eventuais comparações, deve ser tomado nas datas-base mais próximas dos fatos.

(TCU, Acórdão 2137/2005-Plenário, 07/12/200)

O referencial adequado para se realizar comparações de preços em obras rodoviárias é o sistema de custos vigente à época da licitação (Sicro I, não Sicro II). No caso de aditivo ao contrato, o parâmetro a ser utilizado deve ser o orçamento-base elaborado pela Administração à época da licitação, não as referências vigentes à época das alterações contratuais.

(TCU, Acórdão 2339/2009-Plenário, 07/10/2009)

De fato, o SICRO II é referencial de periodicidade bimestral e regionalização estadual, elaborado pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes para obras rodoviárias e obras de arte, recomendado pelo Governo Federal para obras

¹⁴⁹ O SICRO pode ser acessado no link seguinte: <http://www.dnit.gov.br/custos-e-pagamentos/sicro-2>

rodoviárias com recursos federais. É o referencial preferencial utilizado pelo Centro de Apoio Operacional Técnico do MP/SC para apuração de sobrepreço em obras rodoviárias¹⁵⁰.

Excluídas as obras de infraestrutura de transporte, as obras e serviços de engenharia devem adotar como referência o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, referencial de periodicidade mensal e regionalização estadual, elaborado pela Caixa Econômica Federal para obras de construção civil e recomendadas pelo Governo Federal para obras civis realizadas com recursos federais. É o referencial preferencial utilizado pelo Centro de Apoio Operacional Técnico do MP/SC para apuração de sobrepreço em obras de construção civil¹⁵¹.

No âmbito federal, dispõe o Decreto n. 7.983/2013, que “estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, e dá outras providências”:

Art 1º [...]

Parágrafo único. Este Decreto tem por finalidade padronizar a metodologia para elaboração do orçamento de referência e estabelecer parâmetros para o controle da aplicação dos recursos referidos no caput.

[...]

Art. 3º O custo global de referência de **obras e serviços de engenharia**, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do **Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi**, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

Parágrafo único. O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal - CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Art. 4º O custo global de referência dos **serviços e obras de infraestrutura de transportes** será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais aos seus correspondentes nos custos unitários de referência do **Sistema de Custos Referenciais de Obras - Sicro**, cuja manutenção e divulgação caberá ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, excetuados

¹⁵⁰ Auxílio Técnico n. 13/2019/GAM/CAT.

¹⁵¹ Auxílio Técnico n. 13/2019/GAM/CAT.

os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de infraestrutura de transportes.

Art. 5º O disposto nos arts. 3º e 4º não impede que os órgãos e entidades da administração pública federal desenvolvam novos sistemas de referência de custos, desde que demonstrem sua necessidade por meio de justificativa técnica e os submetam à aprovação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

É evidente que os referenciais oficiais servem como parâmetro, mas não estão isentos de limitações. Uma das principais ressalvas a eles refere-se ao fato de que não levam em conta, por óbvio, os descontos em razão da escala.

Daí que o gestor deve considerar tal fato ao utilizar os sistemas de preços referenciais, de modo a aplicar, conforme o caso, um “reductor” para preservar aquele efeito.

Nesse sentido, já referiu o TCU:

[...] ao elaborar o orçamento que servirá de base para o procedimento licitatório, o gestor tem o dever de se balizar em pesquisas do mercado local, considerando adequadamente **os descontos possíveis em face da escala da obra**, ..., “há que se considerar a **natural ausência de um ‘reductor’ (descontos para compras em grande escala) em qualquer sistema de preços referenciais unitários**”. ... “foram identificadas graves deficiências no orçamento, em virtude de este não considerar adequadamente os ganhos de escala, ignorando as possibilidades de significativas reduções nos custos de fornecimento de materiais e equipamentos, oriundas de negociações diretas com fabricantes ou grande revendedores. A falta de coerência não estaria, portanto, em qualquer sistema de referência que fosse adotado, mas sim no fato de que **o gestor demonstra não entender as limitações de aplicação de tais sistemas**, tratando a elaboração do orçamento de uma grande obra como se fosse o de uma obra de menor porte. Tal procedimento é inaceitável do ponto de vista técnico-econômico e jurídico.
(TCU, Acórdão 3.059/2010- Plenário)

Assim, a OT – IBR 005/2012 traz algumas considerações a respeito de tais ajustes necessários.

Em decorrência do efeito cotação sobre o custo de aquisição dos materiais, sempre que os custos paradigmas forem obtidos em composições referenciais baseadas em valores médios ou medianos de aquisição de insumos, deve-se proceder a ajuste no custo de aquisição dos materiais, recomendando-se a adoção do primeiro quartil ao invés da mediana. Quando não for possível obter os valores do primeiro quartil

das pesquisas realizadas, pode-se utilizar desconto simplificado de 5% para o adequado tratamento do efeito cotação no preço dos materiais, desde que acompanhado dos dados e estudos analíticos que suportem tal desconto.¹⁵²

Em obras de maior materialidade, pode haver consideração do efeito barganha, aplicando-se correções nos preços dos principais materiais com base em pesquisas concretas de mercado. E quando não for possível obter pesquisas concretas de mercado, pode-se utilizar desconto adicional de até 10% sobre o custo dos materiais para o adequado tratamento do efeito barganha no preço dos materiais, desde que acompanhado dos dados e estudos analíticos que suportem tal desconto.¹⁵³

Quanto à data-base do referencial de preço (ponto abordado no item 2.3.5), repita-se que deve ser a mais próxima da data do contrato, sendo desejável que se evite a correção ou retroação de referenciais de preços por longos períodos, conforme tem entendido o TCU:

A utilização do Sicro com data mais próxima possível da data-base do contrato é a metodologia mais adequada para comparação de preços e para apuração de eventual superfaturamento, uma vez que o uso de tabela de custos referenciada em outra data-base, principalmente após o transcurso de períodos demasiadamente longos, não reproduz adequadamente as exatas condições da obra à época da assinatura do contrato.

(TCU, Acórdão 167/2017-Plenário, 08/02/2017)

A correção ou a retroação de referenciais de preços, como o Sicro, por longos períodos não se presta para a verificação da compatibilidade dos valores contratados com os praticados no mercado à época do ajuste, uma vez que correções monetárias por períodos demasiadamente longos geram distorções.

(TCU, Acórdão 854/2016-Plenário, 13/04/2016)

A retroação de valores do SICRO 2 por longos períodos não se presta a validar preços de obras, tendo em vista a distorção existente entre a variação de custos dos índices setoriais e o crescimento de custos do SICRO2, de modo que o sobrepreço sempre fica mascarado com esse procedimento.

(TCU, Acórdão 396/2008-Plenário, 12/03/2008)

A deflação de preços do Sistema de Custos Rodoviários (Sicro) abrangendo período de cerca de três anos para cotejo com os preços contratuais não constitui técnica legítima para demonstrar a compatibilidade destes últimos com os de mercado, eis que, em virtude da grande distorção decorrente da variabilidade dos índices de deflação, esses preços ajustados não espelhariam, com fidedignidade, aqueles de mercado vigentes à época da contratação. Deve

¹⁵² OT – IBR 005/2012.

¹⁵³ OT – IBR 005/2012.

ser buscada a referência de preços com data-base mais próxima à data do contrato.

(TCU, Acórdão 278/2008-Plenário, 27/02/2008)

Conforme também já mencionado, o Estado de Santa Catarina utilizava, no lugar do SICRO e do SINAPI, o referencial DEINFRA, de periodicidade variável, sempre maior que 1 (um) ano, elaborado pelo antigo Departamento Estadual de Infraestrutura para o Estado de Santa Catarina, englobando serviços para construção civil e também rodoviária¹⁵⁴.

Esse fato levava a distorções. Isso porque, conforme parecer do CAT do MP/SC, o referencial do DEINFRA apresentava, na maioria dos casos, valores acima dos publicados no SINAPI e no SICRO II, regionalizados para o Estado de Santa Catarina, o que era evidenciado também por trabalhos acadêmicos¹⁵⁵. Todavia, nas obras estaduais, como os valores paradigma eram obtidos pelo referencial DEINFRA, mesmo valores superiores (em alguns casos, em até 20%) a outros referenciais (SINAPI e SICRO, por exemplo, que inclusive têm maior periodicidade) não poderiam ser considerados como sobrepreço, pois abaixo das planilhas de referência¹⁵⁶.

Diante dessa informação, o Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa, em contato com a Secretaria de Integridade e Governança e com a Controladoria-Geral do Estado de Santa Catarina, solicitou, ainda em 2019, que providências fossem tomadas no sentido de adequar os referenciais de preços do Estado à observância da economia de recursos públicos. Em 2020, após solicitação de informações atualizadas quanto à questão, obteve-se a seguinte resposta da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade (que absorveu o antigo DEINFRA):

Durante o ano de 2019, para os orçamentos de obras rodoviárias contratadas pela SIE adotou-se o Referencial de Preços de Obras Rodoviárias DEINFRA, de 15/08/2013 (Aprovado pelo Conselho Administrativo do DEINFRA - Resolução CA - Nº 0215/2014 - em 09/07/2014, Ata Nº 0023/2014, referente ao processo DEINFRA 12876/2014). Também foi utilizado como referência de preços unitários o Sistema de Custos Referenciais de Obras – Sicro nos casos

¹⁵⁴ Auxílio Técnico n. 13/2019/GAM/CAT.

¹⁵⁵ MARCH, Gustavo Marcos de. **Análise comparativa entre as planilhas orçamentárias de pontes utilizando os referenciais de preços SICRO II, DEINFRA e SINAPI**. Trabalho de Conclusão de Curso de Engenharia Civil da UNESC. Criciúma: UNESC, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/5901/1/GustavoMarcosDeMarch.pdf>
JORGE, Giuliano Mazurana. **Estudo comparado entre os custos diretos orçados com os referenciais DEINFRA e SINAPI e os custos diretos realizados para galpões industriais**. Trabalho de Conclusão de Curso de Engenharia Civil da UNESC. Criciúma: UNESC, 2018. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6292/1/GiulianoMazurana%20Jorge.pdf>

¹⁵⁶ Auxílio Técnico n. 13/2019/GAM/CAT.

de obras contratadas e executadas com recursos dos orçamentos da União, conforme estabelece o Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013.

A partir de fevereiro de 2020, são adotados os sistemas de referência SICRO e SINAPI para elaboração e cadastro de orçamentos de projetos novos ou que carecem de completa revisão, ressalvando-se aqueles cuja elaboração já esteja em andamento (despacho SIE/GABA, processo SIE 1447/2020)¹⁵⁷.

Constata-se, portanto, que, a partir de fevereiro de 2020, houve a substituição, pelo Estado de Santa Catarina, do referencial de preços do DEINFRA pelos sistemas de referência SICRO e SINAPI, para a elaboração e cadastro de orçamentos em obras de construção civil e infraestrutura de transportes.

Assim, em obras e serviços de engenharia, sugere-se a utilização dos sistemas de referência SICRO II e SINAPI, conforme se trate de obras de infraestrutura de transportes e de outras obras e serviços de engenharia, respectivamente.

5.7 Afastamento irregular de licitante

Na prática de apuração de irregularidades na área das licitações e contratos administrativos, é muito comum que nos deparemos com o afastamento irregular de licitantes, por exemplo, naqueles casos em que o objeto do gestor é direcionar o contrato para um particular específico. O afastamento irregular pode ser realizado, por exemplo, por meio de exigências ilícitas que restringem a competitividade ou por julgamentos indevidos no momento da habilitação.

Nesses casos, há precedente do TCU no sentido de que o sobrepreço corresponde à diferença percentual entre a proposta da empresa que venceu irregularmente e a menor proposta oferecida na licitação e afastada irregularmente, a qual deve ser aplicada a todos os pagamentos realizados, para fins de cálculo do dano ao erário:

[...] o v. acórdão embargado, acolhendo o parecer expedido pela unidade técnica, entendeu que o superfaturamento no Pregão Eletrônico nº 17/2014 teria sido de 14,89% sobre cada pagamento efetuado à sociedade apontada como vencedora, a tal Angel's, no período de outubro de 2014 até maio de 2016, que corresponde à diferença entre os valores pagos para a referida sociedade e a menor proposta oferecida. E esse percentual foi utilizado como

¹⁵⁷ Despacho de 29/7/2020, processo SIG 137/2020.

parâmetro para o cálculo do valor objeto da determinação cautelar de indisponibilidade de bens da ora Embargante e da Angel's. Confira-se: 'Por outro ângulo, em relação à determinação dirigida à então Secex-RJ para apurar a regularidade dos preços contratados no âmbito do Pregão Eletrônico n° 17/2014 (item 9.3 do acórdão monitorado), entendo que, apesar de não ter sido realizada a análise da pertinência e da regularidade da orçamentação prévia realizada pela contratante, as evidências contidas nos autos reforçam a conclusão alcançada pela unidade técnica no sentido de estimar o valor do dano ao erário pela diferença entre os valores propostos pela contratada e os tendentes a serem contratados, se as propostas irregularmente desclassificadas tivesse sido computadas no certame, chegando-se, assim, ao superfaturamento pelo patamar de 14,89% sobre cada pagamento efetuado à Angel's no período de outubro de 2014 a maio de 2016, salientando que o resultado da licitação subsequente confirmou que o preço de referência para os aludidos itens de serviço seria equivalente ao da proposta de menor preço global no certame anterior (apresentada pela Abradecont), até porque a vencedora do novo certame teria apresentado os preços em níveis semelhantes, inobstante já ter se passado mais de doze meses entre essas duas cotações'." (TCU, Acórdão 745/2019)

Trata-se, portanto, de importante subsídio para que se indique o montante do dano ao erário em casos como este.

Em raciocínio similar, conforme mencionado no item 2.3.4., o TJSC calculou o dano ao Erário com base na diferença entre o valor pago pelo produto adquirido por meio de dispensa indevida de licitação e o valor que era cobrado pela empresa vencedora da última licitação:

APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO AO ERÁRIO. AQUISIÇÃO EXCESSIVA DE COMBUSTÍVEL PELO MUNICÍPIO, COM DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA QUANTO ÀS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI N. 8.429/92. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PARA FINS DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, COM A CONDENAÇÃO DO ENTÃO PREFEITO E DO SÓCIO PROPRIETÁRIO DO POSTO DE COMBUSTÍVEIS AO RESSARCIMENTO DOS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO. RECURSO DO ENTÃO PREFEITO. [...] ALEGADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ E DA LESIVIDADE AO ERÁRIO. NÃO ACOLHIMENTO. COMPRA DE COMBUSTÍVEIS, NO ANO DE 1996, EM QUANTIDADE EXORBITANTE EM COMPARAÇÃO AOS OUTROS ANOS. NOTAS FISCAIS E DE EMPENHO QUE COMPROVAM A AQUISIÇÃO EXCESSIVA, SOBRETUDO NOS MESES DE AGOSTO, NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 1996. FALSIFICAÇÃO DE PRORROGAÇÃO DE CONTRATO DE COMODATO FIRMADO COM O ESTADO, PARA O FORNECIMENTO DE PATRULHA MECANIZADA PARA AS OBRAS DO MUNICÍPIO, PARA O FIM DE ESTENDER A VIGÊNCIA ATÉ 1996 E JUSTIFICAR A AQUISIÇÃO EXCESSIVA DE COMBUSTÍVEIS. INFORMAÇÃO DO DEINFRA NO SENTIDO DE INEXISTIREM CONTRATOS OU CONVÊNIOS PARA O PERÍODO EM QUESTÃO. DOLO EVIDENCIADO. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO COMPROVADA PELAS TESTEMUNHAS E

CONFESSADA PELO DONO DO POSTO DE COMBUSTÍVEIS. IMPROBIDADE, POR LESÃO AO ERÁRIO, CARACTERIZADA. IMPOSITIVA CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO DOS DANOS CAUSADOS. RECURSO DO ENTÃO PREFEITO CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DO SÓCIO PROPRIETÁRIO DO POSTO DE COMBUSTÍVEIS. [...] AVENTADA AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA CONCLUSIVA ACERCA DA COMPRA EXCESSIVA. INSUBSISTÊNCIA. NOTAS FISCAIS E DE EMPENHO PRESENTES NOS AUTOS QUE ATESTAM A AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL EM QUANTIDADE EXORBITANTE, A QUAL É CORROBORADA POR AUDITORIA DO MUNICÍPIO. ALEGAÇÃO DE QUE O TRIBUNAL DE CONTAS, AO APURAR AS CONTAS DO MUNICÍPIO NO ANO DE 1996, APLICOU MULTAS, MAS NÃO RECONHECEU ILÍCITO RELACIONADO A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO ACOLHIMENTO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI N. 8.429/92 QUE INDEPENDE DA ANÁLISE REALIZADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ART. 21, INCISO II, DESTA LEI. MENÇÃO À OPERAÇÃO, NO ANO DE 1996, DE MAQUINÁRIO CEDIDO PELO ESTADO, O QUE JUSTIFICARIA OS GASTOS A MAIOR. TESE NÃO ACOLHIDA. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS INAPTOS A COMPROVAREM ESSA OPERAÇÃO. PRORROGAÇÕES CONTRATUAIS E INFORMAÇÃO DO DEINFRA ATESTAM A INEXISTÊNCIA DE MÁQUINAS CEDIDAS PELO ESTADO AO MUNICÍPIO EM 1996. AVENTADA MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA, ANTE O EFETIVO FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS. NÃO ACOLHIMENTO. RÉU QUE FOI DERROTADO NA LICITAÇÃO REALIZADA PELO MUNICÍPIO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DO PROCEDIMENTO. **LESÃO AO ERÁRIO PROVENIENTE DA COMPRA, EM GRANDE QUANTIDADE, DE COMBUSTÍVEL SEM A GARANTIA DA MELHOR OFERTA. CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO, ADEMAIS, ADSTRITA À DIFERENÇA ENTRE O PREÇO PAGO E AQUELE QUE SERIA COBRADO PELA EMPRESA VENCEDORA DA LICITAÇÃO.** IMPROBIDADE, POR LESÃO AO ERÁRIO, CONFIGURADA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DEVIDO, NOS TERMOS DA SENTENÇA. RECURSO DO SÓCIO PROPRIETÁRIO DO POSTO DE COMBUSTÍVEIS CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0005807-93.2012.8.24.0015, de Canoinhas, rel. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 30-07-2020).

Do corpo da decisão se extrai a seguinte observação:

Nesta linha, em que pese a menção ao suposto esgotamento da quantidade de combustível licitada e contratada com a empresa vencedora do certame, foge à razoabilidade pensar que o apelante teria acreditado ingenuamente que, como o limite previsto no contrato administrativo teria sido atingido, poderia vender livremente ao poder público municipal, sem a exigência de maiores formalidades. Demais disso, não subsiste a alegação de que, a se considerar que o combustível foi devidamente fornecido ao município, não teria ocorrido lesão ao erário, vez que o dano aos cofres públicos adveio justamente da compra, em grande quantidade, efetuada sem licitação, o que por certo não garantiu a melhor oferta ao poder público municipal.

Por fim, cumpre salientar que o magistrado de primeiro grau bem sopesou o dever de ressarcimento ao erário imputável a cada um dos réus, ficando o ora apelante, Mauro Antônio Wojciechowski, **condenado somente ao ressarcimento da diferença entre o valor gasto com a aquisição de óleo diesel do posto de sua propriedade, nos meses de agosto a dezembro de 1996, e**

aquele que seria gasto para aquisição dos mesmos produtos da empresa vencedora da licitação, tudo como forma de impedir o enriquecimento ilícito da municipalidade e evitar que o ora apelante fosse responsabilizado também pelas condutas mais graves, que foram cometidas pelo réu Orildo.

5.8 Inexecução parcial de objeto de convênio

Conforme já mencionado no item 4.2.1, no caso de recursos de convênio que foram executados parcialmente, mas cuja fração executada revela-se imprestável ao interesse público, o TCU tem adotado a chamada “teoria de produto bruto”, por meio da qual considera que todo o valor repassado configura dano ao erário, de modo que deverá ser ressarcido.

Nesse sentido:

Considera-se como prejuízo em valores integrais a aplicação dos recursos do convênio em objeto que se revela inservível ou sem funcionalidade após a sua execução, completa ou parcial. (TCU, Acórdão 2.812/2017 – Primeira Câmara)

A execução parcial do objeto pactuado aliada à imprestabilidade da parcela realizada permite a condenação do responsável pelo valor total dos recursos repassados pelo convênio. (TCU, Acórdão 494/2016 – Segunda Câmara)

Nos casos de execução parcial de objeto de convênio, em que a fração executada não possa ser aproveitada para os objetivos do convênio, impõe-se a devolução integral dos recursos federais repassados. (TCU, Acórdão 5.661/2014 – Primeira Câmara)

Quando o objeto de convênio é executado parcialmente e não se vislumbra a possibilidade de aproveitamento do que foi realizado para posterior conclusão, aduz-se que houve completo desperdício dos recursos repassados, os quais devem ser integralmente devolvidos aos cofres federais. (TCU, Acórdão 5.175/2013 – Primeira Câmara)

Todavia, quando a fração executada tem serventia para o interesse público, o raciocínio deve ser diferente.

Nesse caso, já se decidiu que o dano ao erário corresponde à diferença entre o valor repassado pelo convênio e o valor do objeto efetivamente executado (parcialmente executado), este calculado de acordo com os valores unitários da proposta vencedora da licitação realizada para execução do objeto (ou seja, mais barata), e não da planilha paradigma que embasou o convênio (mais cara):

O objeto conveniado era a construção de 235 módulos sanitários e execução do Programa de educação em saúde e mobilização social (PESMS), consubstanciado na realização de encontros, de oficinas, de reuniões, de visitas domiciliares e de distribuição de material divulgação junto à população beneficiada. [...]

Recebido o processo e após providências, a Funasa detectou, em vistoria *in loco*, que somente “84 módulos sanitários executados [...]

Inicialmente, a Secex-PI identificou que o cálculo do montante aprovado referente à execução de 84 módulos sanitários estava incorreto, posto que o valor unitário utilizado pela Funasa foi de R\$ 1.768,87, ao passo que deveria ser utilizado o valor proposto pela empresa vencedora da licitação R\$ 1.567,79.

Utilizando-se desse valor, a unidade instrutiva levantou que “a importância regularmente empregada foi de R\$ 131.694,36 (R\$ 1.567,79 x 84)”, e concluiu que, aplicado o percentual de participação da União no valor do objeto pactuado (96,37%), R\$ 126.920,48 correspondiam a recursos federais (peça 23). Deduzindo-se esse valor do total repassado pela Funasa, R\$ 213.220,66, “tem-se que o débito remanescente da análise empreendida é de R\$ 86.300,18” (peça 23, p. 8).

[...]

A proposta da empresa vencedora da licitação foi de R\$ 366.093,55 para a construção dos 235 módulos sanitários (peça 1, p. 165). Uma vez que o convênio foi avençado em valor superior, depreende-se que, ao final do termo, haveria saldo de recursos não aplicados, a ser devolvido à Funasa (item “c”, II, cláusula segunda do termo de convênio, peça 1, p.31), tendo em vista que seria atingida a meta constante do plano de trabalho dependendo-se recursos aquém do pactuado.

Por esse motivo, assiste razão à unidade instrutiva quanto ao cálculo do dano ao erário decorrente da inexecução parcial das melhorias sanitárias domiciliares.

A expressão monetária de cada módulo executado, para fins de cálculo do débito, não pode ser o valor que consta de planilha aprovada, como explicitado no relatório de visita técnica 3 (peça 1, p. 332):

“No que diz respeito à execução financeira os 84 módulos sanitários executados, ao custo unitário de R\$ 1.768,87 (planilha aprovada), totalizaram a importância de R\$ 148.585,08” (grifei).

O valor unitário a ser considerado é aquele efetivamente contratado com a empresa Construtora Montanha Rica Ltda. Ou seja, o que se aproveita é o que foi pago à empresa e, deduzindo esse montante (devidamente proporcionalizado ao percentual de participação da União) do valor federal transferido, encontra-se o *quantum* a ser devolvido ao erário.

(TCU, Acórdão 8605/2018 - PRIMEIRA CÂMARA, 07/08/2018) (grifos acrescidos)¹⁵⁸

Trata-se, assim, de relevante subsídio para que se indique o montante do dano ao erário em casos como este, em raciocínio que pode ser aplicado também para hipóteses semelhantes, como, por exemplo, subvenções sociais parcialmente destinadas à finalidade pretendida.

¹⁵⁸ No precedente, apurou-se apenas o dano relativo a recursos federais, de modo que foi aplicado o percentual de contribuição da União para o convênio.

5.9 Revisão indevida do equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Conforme já mencionado no item 2.2.9, não se devem confundir o reajuste por índices previstos no contrato (em geral anualmente) e a revisão do contrato para reequilíbrio econômico-financeiro, que também dá margem para o superfaturamento e o dano ao erário.

Quanto a esta última, deve-se ressaltar que a mera variação de preços de mercado (ainda que não recomposta pelo índice de reajuste previsto contratualmente) não é suficiente para determinar a realização de revisão do contrato para reequilíbrio econômico-financeiro, conforme decidiu o TCU:

A mera variação de preços de mercado não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93. Diferenças entre os preços contratuais reajustados e os de mercado é situação previsível, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a evolução do mercado”. (Acórdão TCU nº 3024/2013 – Plenário, Informativo de Licitações e Contratos nº 177)

“[...] como a atividade da empresa é o fornecimento de refeições, deve conhecer bem o mercado em que atua e as variações sazonais dos preços dos insumos, cujo impacto deve incorporar nas propostas apresentadas nas licitações, considerando seu custo atualizado”. (Acórdão TCU nº 1729/2014 – Plenário, Informativo de Licitações e Contratos nº 204)

De fato, a revisão contratual deve ser justificada e eventual pedido de reequilíbrio econômico-financeiro realizado pelo contratado deve ser analisado de forma detida pela Administração Pública, de modo que, caso insubsistentes as justificativas, o acolhimento indevido do pedido de revisão ensejará dano ao erário.

Nesse sentido, precedente do TCE/SC:

Tomada de Contas Especial. Licitação. Contrato Administrativo. Revisão Contratual. Ausência de comprovação dos requisitos ensejadores da revisão. Ilegalidade. Contas Irregulares. Imputação de Débito. O TCE/SC imputou débitos em face de identificação de pagamento indevido pela Prefeitura Municipal de Itapoá à empresa privada. De acordo com o Relator, **“o montante – considerado dano ao erário municipal – é resultante de irregular concessão de reequilíbrio econômico-financeiro à citada empresa,**

[...] cujo objeto era a prestação de serviços de manutenção do sistema de iluminação pública municipal, atendimento de call center e destinação final de lâmpadas”.

De acordo com os fatos resumidos no voto do Relator, **“verifica-se que no momento da solicitação do reequilíbrio, em maio de 2012, a empresa contratada apresentou uma planilha sustentando que o valor do contrato deveria ser majorado [...] alegando aumento nos custos de material e mão de obra. O pedido de reequilíbrio econômico-financeiro foi deferido, considerando a alegação da contratada, significando o aumento dos valores contratados. Em consequência [...], houve, portanto, uma variação de 29%”**.

O Relator resumiu o entendimento da área técnica sobre a majoração do contrato com base no aumento dos custos do material, não encontra fundamento legal e constitui afronta ao art. 65, inc. II, alínea "d", da Lei 8.666/93, visto que na análise não ficou comprovado o aumento dos materiais. Ademais, nota-se nos autos a ausência de documentos hábeis que comprovam alguma hipótese de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, “porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

Concluiu o Relator sobre a análise da área técnica: “nesse caso, a situação é previsível e não se enquadra nas hipóteses elencadas no art. 65, inc. II, alínea "d", da Lei nº 8.666/93. O referido artigo de lei é de interpretação ausente de dúvidas, haja vista que as hipóteses autorizadoras do reequilíbrio econômico-financeiro estão redigidas de forma expressa. [...]. Em suma, nota-se nos autos a ausência de documentos hábeis que comprovem alguma hipótese de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. Desta feita, salienta-se que o deferimento do pleito apresentado pela empresa contratada, com base no aumento dos custos do material, não encontra fundamento legal na Lei nº 8.666/93”.

Inicialmente o Relator citou a diferença entre revisão e reajuste constante no parecer da área técnica: “vale destacar que a revisão contratual prevista no art. 65 da Lei Federal nº 8.666/93 é instituto diverso do reajuste. A revisão decorre de fatos imprevisíveis, caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária. O reajuste objetiva recompor os preços praticados no contrato em razão de fatos plenamente previsíveis no momento da contratação, diante da realidade existente”.

Complementou, “A revisão contratual é admitida na legislação (art. 65, IV, da Lei nº 8666/1993) quando comprovados fatos posteriores à apresentação da proposta e da celebração do contrato tem tornem inexecúvel o objeto contratual pelos valores contratados. No entanto, no caso dos autos não houve a regular demonstração do desequilíbrio e da necessidade de revisão. Ocorre que a contratada apresentou um pedido que foi simplesmente aceito pela Administração sem qualquer exame dos aspectos econômicos”.

Para o Relator “o contratado pode fazer requerimentos ao contratante nos termos que entender pertinentes. Cabe à Administração examinar detalhadamente os pedidos e verificar sua procedência. Ainda mais necessária e cuidadosa deve ser a análise quando se tratar de pedido de revisão contratual. A Administração deve obrigatoriamente realizar exame minucioso sobre os valores requeridos e a correspondente justificativa técnica”, e ilustrou o entendimento com os Prejulgados nº 0869 e 1952.

Desta feita, decidiu o Relator que “neste caso concreto, não restou demonstrada qualquer análise econômica pela Prefeitura de Itapoá, que se

limitou a acatar o pedido da contratada. E conforme ficou anotado nos relatórios técnicos, a mesma empresa, na mesma época, apresentou proposta (e foi contratada) em licitação em outro município, para os mesmos serviços e materiais, com preços muito inferiores aos requeridos na revisão”.

“Portanto, tratou-se de revisão de preços sem avaliação e efetiva comprovação de procedência do desequilíbrio econômico-financeiro. Isso é inadmissível, caracterizando ato ilegal e danoso ao erário municipal” complementou o Relator.

Ainda diferenciou sobrepreço ou superfaturamento de alteração contratual ilegal: “cabe esclarecer que a situação não está relacionada a sobrepreço ou superfaturamento – pois isto se revela no momento da proposta – mas de ilegal alteração contratual (depois do encerramento da licitação e após a assinatura do contrato)”.

O Relator ainda entendeu que “não cabe o reequilíbrio econômico-financeiro se os encargos se tornaram mais elevados porque o particular não fez um planejamento ou não previu o que aconteceria normalmente nos preços de mercado. Destarte, não se constituindo em álea econômica extraordinária e extracontratual, não cabe a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação”.

Por fim, extrai-se da ementa do voto do Relator o seguinte entendimento: “É admitida a revisão dos valores contratuais quando atendidos os preceitos do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93, ou seja, quando circunstâncias extracontratuais (álea extraordinária), imprevisíveis no momento da avença, ocorridas na vigência do contrato, afetem substancialmente sua economia, e desde que o contratado comprove o desequilíbrio econômico-financeiro, mediante apresentação de planilhas de custos e documentação de suporte, devendo a autoridade competente analisar cuidadosamente o pedido, mediante pareceres, laudos, pesquisas de preços, perícias e outros instrumentos, a fim de justificativas e motivar a revisão e atender aos princípios da Administração Pública e ao interesse público. Não observados esses requisitos, o ato será ilegal, caracterizando dano ao erário e sujeitando os responsáveis ao dever de ressarcimento”. (TCE/SC – 13/00715283. Relator Conselheiro Luiz Roberto Herbst, Informativo de Jurisprudência do TCE/SC – N. 066 Administrativo - Período - 01 a 30 de Novembro de 2019)

Nesse caso, isto é, de revisão indevida do equilíbrio-econômico financeiro do contrato, o dano ao erário corresponderá à diferença entre o valor efetivamente pago em montante acrescido (pela revisão ilícita) e o valor do contrato original, este devidamente reajustado conforme índices contratuais (ou seja, mediante simples reajuste, e não revisão do contrato).

Confira-se:

Foi apurado que a Prefeitura Municipal de Itapoá concedeu revisão (a título de reequilíbrio econômico-financeiro) à contratada (Eletro Comercial Energiluz Ltda.) no Contrato n. 32/2012, sem comprovação de ocorrência de fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, consoante exigido pelo art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei n. 8.666/1993.

[...]

Contudo, não foi realizado o reajustamento, mas promovida revisão contratual sob a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro, passando do valor de R\$318.696,00 para R\$413.992,65 (fls.167-168), acrescentando o valor de R\$95.296,65. Mesmo se considerado o reajuste estabelecido no edital, o montante indevidamente acrescido inicialmente apurado seria de R\$91.001,57. Posteriormente, a Diretoria de Controle encontrou o montante de R\$144.830,77.

[...]

Sobre o montante final apurado (R\$144.830,77) a Diretoria de Controle esclarece que resultou dos valores a maior decorrente da revisão indevida durante todo o período da execução do contrato e com base nos pagamentos efetivamente realizados pelo Município à empresa Energiluz.

(TCE/SC - 13/00715283, julgado em 28/06/2019)

No mesmo sentido, recente decisão do TCE/SC em caso de revisão indevida de contrato de fornecimento de combustível em que o reequilíbrio foi concedido mediante o simples requerimento da empresa contratada, acompanhado de 2 notas fiscais, sem verificação acerca da real compatibilidade dos valores sugeridos com os preços de mercado.

Extrai-se do Relatório da Diretoria de Licitações e Contratos¹⁵⁹:

2.1. Dano ao erário no valor de R\$ 40.842.15 (quarenta mil oitocentos e quarenta e dois reais e quinze centavos) decorrente da concessão de reajuste no preço do litro do óleo diesel S-10 com base em notas fiscais que não retratavam o preço de mercado ao longo do ano de 2015.

[...]

Em diligência determinada no Despacho GAC/CFF - 808/2019, a Unidade encaminhou a esta Corte de Contas cópia integral da documentação que compõe o Termo Aditivo à Ata de Registro de Preços nº 15/2014/03 PMJ. Da documentação enviada, extrai-se que o ato administrativo de concessão do reajuste no preço do óleo diesel compõe-se dos seguintes documentos (fls. 244-250):

- Requerimento formal da contratada, fl. 244.
- 02 notas fiscais juntadas pela empresa, fls. 245-246.
- Parecer jurídico da prefeitura, fls. 247-248.
- Termo Aditivo à Ata de Registro de Preços nº 15/2014/03 PMJ, fl. 249.
- Publicação do extrato do Termo Aditivo, fl. 250.

Segundo se verifica dos documentos encaminhados o procedimento de reajuste foi instruído somente com o pedido formal da empresa e o parecer da assessoria jurídica. Ou seja, sem a realização da pesquisa de preço de mercado pelo setor competente, no intuito de averiguar a compatibilidade do preço alegado pela empresa contratada.

Sobre o procedimento na Unidade para a concessão de um reajuste, como no caso ora analisado, a comissão processante da TCE solicitou ao Chefe do Setor

¹⁵⁹ Note-se que são utilizadas indistintamente as palavras reajuste e revisão, embora se trate de revisão, conforme art. 65, II, “d”, da Lei n. 8.666/93.

de Compras do Município de Joaçaba esclarecimentos sobre o rito observado internamente desde o pedido de reajuste do valor do combustível até a efetiva finalização deste processo (Solicitação de Informação, folha 70).

[...]

Como se constata o Setor de Compras informa que a revisão de valores se dá mediante requerimento formal da contratada, com apresentação da nota fiscal de aquisição do produto, sendo o requerimento encaminhado à assessoria jurídica para parecer. Após o Setor de Compras notifica o fiscal do contrato para que proceda à pesquisa de preço. E por fim, o Setor de Compras emite o termo aditivo para a assinatura do Prefeito e/ou Secretário. Como se vê, o trâmite seguido no Termo Aditivo à Ata de Registro de Preços nº 15/2014/03-PMJ não observou todos os aspectos acima delineados. In casu, o Setor de Compras e o fiscal do contrato não realizaram a pesquisa de preço de mercado, que é condição essencial para averiguar o valor pleiteado pela empresa solicitante. Assim, a emissão e a assinatura do termo aditivo foram realizadas sem a verificação do valor a ser revisto.

Neste ponto reside a irregularidade do ato administrativo em questão. Ou seja, o responsável assinou o termo aditivo sem se certificar que o reajuste pleiteado estava de acordo com os preços vigentes no mercado. E nesse diapasão, verifica-se que o prefeito à época assume para si a responsabilidade do reajuste concedido, seja por ser a autoridade contratante, seja por não exigir dos setores competentes (seus subordinados) a correta confecção do ato administrativo, observando os trâmites internos da Prefeitura de Joaçaba.

[...]

Por fim, a responsável diz que “o valor calculado, de R\$ 40.842,15 é equivocado. Conforme cálculo elaborado pela Requerente, o valor devido seria de R\$ 16.504,27 – vide Memória do cálculo anexa”.

Pois bem, a memória de cálculo do débito apurado foi realizada pela comissão da TCE instaurada na Unidade, conforme fls. 134-136. Por outro lado, a memória de cálculo apresentada pela responsável encontra-se na folha 352.

Analisando a memória de cálculo de folha 352, pode-se dizer que a mesma é um pouco confusa em relação aos dados apresentados. Assim, a responsável realizou um cálculo que não está perfeitamente claro, e ao mesmo tempo, não se prontificou a explicar em detalhes as conclusões a que chegou. **De outro turno, a memória de cálculo realizada pela comissão da TCE está redigida de forma clara e isenta de dúvidas, bem como lastreada nas notas fiscais de fls. 21-61.**

Por essas razões, sugere-se como responsáveis solidários do dano ao erário no valor de R\$ 40.842.15, o Sr. Rafael Laske, Prefeito Municipal à época e subscritor do Termo Aditivo à Ata de Registro de Preços nº 15/2014/03 PMJ, e a empresa Posto de Combustíveis Bordignon Ltda. por ter apresentado notas fiscais que não retratavam o preço de mercado ao longo do ano de 2015.

(Relatório da Diretoria de Licitações e Contratos DLC - 811/2019, no processo TCE 18/0044242, de 20/02/2020)

E da decisão do TCE/SC que acolheu o referido relatório:

Conclui-se que não foi realizada a pesquisa de preço de mercado pelo setor competente. Portanto, não foi averiguado se o aumento de preços proposto pela empresa era compatível com a realidade do mercado na ocasião. A emissão e assinatura do Termo Aditivo foram efetuadas sem a verificação do valor a ser revisto.

Na ausência de demais documentos para fundamentar a concessão do reajuste, o Prefeito Municipal deveria cobrar dos seus subordinados (Secretários Municipais, diretores, chefes de setores) os elementos para a tomada de decisão. [...]

Ademais, como bem destacou a Procuradora do Ministério Público de Contas, o responsável assinou o termo aditivo sem se certificar de que o reajuste pleiteado estava de acordo com os preços vigentes no mercado, não havendo como responsabilizar terceiros que sequer participaram do reajuste. [...]

Quanto à contestação do valor levada a efeito pela empresa, tem-se que a mesma não merece guarida. Isso porque, como bem demonstram os argumentos expostos pela Procuradora do Ministério Público de Contas (fl. 375), **não foi apresentada qualquer planilha capaz de controverter a memória de cálculo apresentada à fl. 134 pela Comissão Interna da Unidade Gestora, que detalhou a forma como chegou ao valor do débito (fl. 136).**

[...]

Sobre a alegação de que o reajuste não causou prejuízo ao Município, verificou-se que as duas notas fiscais apresentadas não estavam de acordo com o preço de mercado praticado ao longo do ano de 2015, segundo levantamento efetuado pela comissão processante.

Analisando o valor apresentado pela empresa para eventual responsabilização, a DLC conclui que a memória de cálculo é confusa em relação aos dados trazidos. **Por sua vez, os cálculos apresentados pela comissão da Prefeitura Municipal foram claros e detalhados, além de lastreados nas notas fiscais.**

Dessa forma, ficam evidenciadas a responsabilidade do Sr. Rafael Laske por subscrever o Termo Aditivo e, ainda, sem exigir o cumprimento de todos os trâmites necessários ao procedimento, bem como a da empresa Posto de Combustíveis Bordignon Ltda. pela apresentação de notas fiscais que não retratavam o preço de mercado ao longo de 2015.

[...]

Diante do exposto, proponho ao Egrégio Tribunal Pleno que adote a seguinte deliberação: [...]

3.2. Condenar, solidariamente, [...], ao recolhimento do valor abaixo mencionado [...]

3.2.1. **R\$ 40.842,15 (quarenta mil oitocentos e quarenta e dois reais e quinze centavos), decorrentes da concessão de reajuste no preço do litro do óleo diesel S10, com base em notas fiscais que não retratavam o preço de mercado ao longo do ano de 2015, em desacordo com o previsto no art. 65, II, “d”, da Lei n. 8.666/93, e em afronta à regular liquidação da despesa prevista nos arts. 62 e 63 da Lei n. 4320/64 (item 2.1 do Relatório n. DLC 811/2019).**

(TCE/SC, processo TCE 18/0044242, Rel. Cesar Filomeno Fontes, 5/6/2020).

Por fim, cumpre transcrever a metodologia utilizada para cálculo do valor do dano ao erário no processo (e adotada pelo TCE/SC no julgamento acima transcrito), que repete aquela já mencionada: diferença entre o valor efetivamente pago (com valor indevidamente revisado) e o valor que seria pago com base no contrato original¹⁶⁰:

¹⁶⁰ Neste caso, não houve reajuste do valor do contrato original pelos índices nele previstos, aparentemente, em razão do pequeno lapso temporal decorrido, que não superou o período mínimo para reajuste automático (um ano).

[...]

Após, utilizando-se dos dados constantes no processo administrativo supramencionado e dos documentos solicitados pela comissão, foi realizado o cálculo chegando ao montante atualizado de R\$ 40.842,15 (quarenta mil oitocentos e quarenta e dois reais e quinze centavos).

Tal valor foi obtido da seguinte forma: os valores pagos à empresa no período entre 10 de março de 2015 e 09 de setembro de 2015 foram divididos pelo valor unitário do litro (R\$ 3,02) obtendo-se a quantidade de litros adquirida, este montante foi multiplicado pelo valor correto a ser pago por litro, qual seja, o valor antes da concessão do reajuste viciado (R\$ 2,717). Encontrado o valor que deveria ser pago pelo município subtraiu-se este daquele efetivamente liquidado chegando à diferença entre eles. Por fim, este último montante foi atualizado pelo INPC da data do pagamento até o mês de abril de 2017, tudo conforme tabela anexa.

[...]

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Alice Maria Gonzalez. O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos. *In: Boletim de Licitações e Contratos*, v.13, n.7, p.386-392, jul. 2000.

BORGES, Gabriela Lira. **Subcontratação total, superfaturamento e o dever de reparar o dano à Administração**. Blog Zênite. Publicação 18/6/2014. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/subcontratacao-total-superfaturamento-e-o-dever-de-reparar-o-dano-a-administracao/> Acesso: 22/09/2020.

BRASIL, Franklin. **Preço de referência em compras públicas (ênfase em medicamentos)**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/preco-de-referencia-em-compras-publicas-enfase-em-medicamentos.htm> Acesso: 22/09/2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC). **Cálculo de danos em cartéis**: guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. Maio 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis/@@download/file/manual-advocacia-da-concorrenca-maio-de-2018.pdf> Acesso: 21/02/2020.

_____. Polícia Federal. **Instrução Técnica n. 002-DITEC**, de 10/03/2010.

_____. Receita Federal. **Instrução Normativa RFB n. 1700**, de 14 de março de 2017. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=81268&visao=anotado> Acesso: 26/03/2020

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Coordenadoria de auditorias de aquisições e contratações. **Manual de orientação de pesquisa de preços**. 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Institucional/Controle%20interno/manual_orientacao_pesquisa_preco_2017.pdf Acesso: 14/08/2020.

_____. Tribunal de Contas da União (TCU). Secretaria-Geral de Controle Externo. Secretaria de Fiscalização de Obras. **Roteiro de auditoria de obras públicas**. Dez. 2012. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A159B6EC170159B7A9382B0701> Acesso em: 29/06/2020.

CAMPITELI, Marcus Vinícius. **Medidas para evitar o superfaturamento decorrente do “jogo de planilhas” em obras públicas**. Dissertação (Mestrado em Estruturas e Construção Civil). Faculdade de Tecnologia: Universidade de Brasília (UnB). Brasília, 2006, 122p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Rafael M.; ARAGÃO NETO, Roberto H.; BUGARIN, Maurício S.; GAMA, André L. Eficiência, atratividade e dissuasão de acordos de leniência e combate à corrupção: o caso da Operação Lava-Jato. *In: Economics and Politics Research Group Working Paper Series*. Paper 83/2018, julho 2018. Disponível em: <https://econpolrq.files.wordpress.com/2018/07/eprg-wp-2018-83.pdf> Acesso: 22/09/2020.

IBRAOP. **OT-IBR 005/2012 - Apuração do sobrepreço e superfaturamento em obras públicas**. Disponível em: http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_-_IBR_005-2012.pdf Acesso em: 22/09/2020.

JORGE, Giuliano Mazurana. **Estudo comparado entre os custos diretos orçados com os referenciais DEINFRA e SINAPI e os custos diretos realizados para galpões industriais**. Trabalho de Conclusão de Curso de Engenharia Civil da UNESC. Criciúma: UNESC, 2018. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6292/1/GiulianoMazurana%20Jorge.pdf> Acesso: 23/09/2020.

JULIANI, Cristiano Reis. Contratação subsidiária a convênio e subcontratação. **Juris Síntese**, n. 24. Jul./ago. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 18 ed. São Paulo: RT, 2019.

_____. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: RT, 2015.

LEITÃO, Antônio Jorge. **Obras públicas**: artimanhas e conluios. 5 ed. São Paulo: Leud, 2014.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Sobrepreço e superfaturamento**. Disponível em:
<https://www.tce.mt.gov.br/artigo/show/id/222/autor/6> Acesso: 29/06/2020.

LOPES, Alan de Oliveira. Superfaturamento de Contratos Governamentais de Serviços de Engenharia. de Construção – Estudo de Caso da Operação Caixa-Preta – 2009. In: **Revista Brasileira de Ciências Policiais**. Brasília, v. 9, n. 2, p. 71-109, jul./dez. 2018.

MARCH, Gustavo Marcos de; DARÉ, Mônica Elizabeth. **Análise comparativa entre as planilhas orçamentárias de pontes utilizando os referenciais de preços SICRO II, DEINFRA e SINAPI**. Trabalho de Conclusão de Curso de Engenharia Civil da UNESC. Criciúma: UNESC, 2017. Disponível em:
<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/5901/1/GustavoMarcosDeMarch.pdf> Acesso: 23/09/2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**. Fev. 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf> Acesso: 23/09/2020.

OLIVEIRA FILHO, Clésio Pinheiro. **Estimativa de preços para materiais e serviços em geral**. [s/d] 42 slides. Disponível em:
http://www.portais.pe.gov.br/c/document_library/get_file?p_l_id=16059111&folderId=46956709&name=DLFE-312420.pdf Acesso: 12/08/2020.

OLKOWSKI, Gustavo F. **2º Seminário de prevenção de artimanhas e conluios em obras públicas - ENAP**, 2016, 90 slides. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3681>. Acesso: 23/09/2020.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Manutenção da frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: prenúncio da “quarteirização” na gestão pública? **Revista do TCU**, n. 116 (2009), p. 79-100.

SANTA CATARINA. Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC). Centro de Apoio Técnico (CAT). **Auxílio Técnico n. 13/2019/GAM/CAT**. 2019.

WEIBLEN, Fabrício Pinto; DI SENA JÚNIOR, Roberto; PARGENDLER, Vitor Silveira. A teoria do produto bruto mitigado como alternativa para o ressarcimento de danos ao erário nas fraudes em contratações públicas. In: **Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Vol. 15, n. 32, p. 47-48, out 2020.