



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO Nº: 1145200/14
ASSUNTO: CONSULTA
ENTIDADE: MUNICÍPIO DE MERCEDES
INTERESSADO: CLECI MARIA RAMBO LOFFI
RELATOR: CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES

ACÓRDÃO Nº 4739/15 - Tribunal Pleno

Consulta. Conhecimento e resposta nos seguintes termos:

- a) é juridicamente cabível a utilização, em processo licitatório do tipo menor preço, do critério de julgamento "maior desconto linear" para aferir a proposta mais vantajosa para a Administração, desde que seja imprevisível, no momento da disputa, o quantitativo a ser efetivamente adquirido pelo poder público e que o parâmetro do menor preço unitário seja econômica e operacionalmente inviável, e, ainda, desde que entre os bens licitados for possível verificar um certo grau de homogeneidade quanto ao segmento do mercado que integrem e à margem de lucro, cabendo ao gestor justificar a escolha deste critério de julgamento, ou ainda, na hipótese de haver autorização específica em lei federal;
- b) o desconto deverá incidir, em regra, sobre a tabela de preços adotada pelo segmento de mercado que fornecerá o bem objeto da licitação, salvo se inexistente a tabela ou for inviável a sua utilização, casos em que será admissível a incidência do desconto sobre orçamento prévio elaborado pela Administração, cabendo ao gestor cercar-se das cautelas necessárias que assegurem a idoneidade dos preços de referência a serem definidos, evitando-se a manipulação de preços pelos concorrentes, tudo devidamente justificado e comprovado no processo administrativo preparatório da licitação;
- c) não se vislumbra óbice à utilização do critério do "maior desconto linear" para compras, serviços ou obras, devendo restar demonstrado no processo administrativo o preenchimento dos requisitos autorizadores e a sua vantajosidade para a Administração Pública.

1. Trata-se de consulta formulada pela Prefeita do Município de Mercedes, Sra. Cleci Maria Rambo Loffi, nos seguintes termos:

- a) Nas licitações do tipo menor preço, é possível a utilização de critério de julgamento consubstanciado no maior desconto linear ofertado?
- b) Caso positiva a resposta ao quesito anterior, sobre o que deve incidir o maior desconto, se sobre orçamento previamente



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

elaborado pela Administração, ou sobre lista de preços disponíveis no mercado?

c) Ainda, caso positiva a resposta ao quesito “a”, pode o critério de maior desconto ser empregado em licitações relativas a compras, serviços e obras, indistintamente?

O pedido foi instruído pelo parecer jurídico anexado à peça nº 04, no qual a Procuradoria do Município assim concluiu:

a) Nas licitações do tipo menor preço é possível a utilização de critério de julgamento consubstanciado no maior desconto linear ofertado, haja vista que o critério de julgamento não se confunde com o tipo de licitação;

b) O critério de julgamento fundado no maior desconto linear pode incidir tanto sobre orçamento previamente elaborado pela Administração Pública, através de pesquisa realizada junto a potenciais fornecedores, como sobre listas/tabelas de preços disponíveis no mercado; e

c) O âmbito normal de incidência do critério de julgamento fundado no maior desconto linear é a licitação destinada a aquisição de bens, cujo objeto comporte multiplicidade interna. A aplicação do critério na contratação e serviços comuns, salvo quando conjugada com o fornecimento de bens, a exemplo do conserto de veículos, não se revela útil ou conveniente, vez que geralmente não comporta multiplicidade interna. Por fim, não se afigura possível o emprego do critério do maior desconto linear nos certames destinados a contratação obras e serviços de engenharia, dada a complexidade inerente aos mesmos, que não raras vezes demanda a conjugação de diversos insumos, cujos valores possuem oscilação não uniforme, além do fato de haver o fundado receio de oferta de propostas inexequíveis e/ou que possam gerar transtornos na fase de execução contratual.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

A consulta foi conhecida pelo Despacho nº 760/14 (peça nº 07), eis que presentes os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 38 e 39, da Lei Complementar Estadual nº 113/2005, e arts. 311 e 312 do Regimento Interno.

A Diretoria de Jurisprudência e Biblioteca prestou a Informação nº 126/14 (peça nº 08), na qual atestou a ausência de precedente específico sobre o tema.

Na sequência, a Diretoria de Contas Municipais emitiu a Instrução nº 2012/15 (peça nº 10), na qual enunciou as seguintes conclusões:

a) (...)

SUGESTÃO DE RESPOSTA: É possível a adoção do critério maior desconto linear apenas quando o parâmetro de menor preço unitário for econômica e operacionalmente inviável, tendo em vista que, em regra, as desvantagens da adoção do critério “maior desconto linear” superam as vantagens da adoção de referido procedimento. Assim, referido critério é justificável em casos nos quais cumulativamente: 1) é impossível prever o quantitativo de itens que serão necessários para a execução do objeto, imprevisão esta que, via de regra, somente é forte o suficiente para permitir a contratação pelo maior desconto linear quando existe uma infinidade de variáveis possíveis de serviços ou itens que potencialmente poderão ser requisitados, sem haver certeza ou não de sua necessidade durante a execução contratual; b) em que o segmento do mercado tem lucros razoavelmente constantes em termos proporcionais ao custo unitário do item ou serviço comprado; e c) seja utilizada tabela de referência de preços unitários aceita e adotada pelo segmento do mercado potencialmente interessado na licitação, ou, caso impossível sua utilização, haja demonstração de que tal tabela não se adequa ao caso concreto em razão de especificidades tais quais: local de entrega, prazo para pagamento, quantidade a ser comprada etc.: para comprovar tal fato é necessária prova robusta, sendo ineficiente a demonstração de orçamentos de empresas do setor, tendo em vista a vulnerabilidade desse procedimento.¹

¹ A respeito do tema, dispõe Joel de Menezes Niebuhr:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Ademais, o maior desconto linear também pode ser adotado quando expressamente previsto como critério de contratação idôneo em lei federal. A título de exemplo, cita-se o art. 19, § 3º da Lei Federal n.º 12.462/2011, que trata do Regime Diferenciado de Contratação, e cujas regras não podem ser estendidas às licitações comumente realizadas.

b) (...)

SUGESTÃO DE RESPOSTA: como já explicitado na resposta anterior, o maior desconto deve incidir sobre lista de preços aceita e adotada pelo segmento do mercado potencialmente interessado na licitação. No entanto, em casos excepcionais, em razão de especificidades da contratação é possível que a tabela não se adeque ao caso concreto. Nessas situações, o fato que enseja a distorção nos preços deve ser robustamente fundamentado, sendo ineficiente para tanto a mera demonstração de orçamento de empresas do setor, tendo em vista a vulnerabilidade desse procedimento.

c) (...)

SUGESTÃO DE RESPOSTA: O critério pode ser utilizado sempre que preenchidos os pressupostos expressos na resposta do quesito “a”, o que ocorrerá mais comumente em licitações relativas a compras e serviços. Assim, a depender do caso concreto, referido critério poderá ser aplicado à compra de passagens aéreas, manutenção de veículos, dentre outros segmentos bastante específicos do mercado.² No

“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 Administração faz a 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 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 preço real e final.” (p. 273 e 274) (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 1062 p.)

² Desde que, em qualquer dessas hipóteses, seja cabalmente demonstrada a vantajosidade da compra por lotes, tendo-se por base a súmula n.º 247 do Tribunal de Contas da União que dispõe: “É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

entanto, nessas situações, a regularidade da licitação depende da observância, tanto quanto possível, da homogeneidade dos lotes a serem licitados³ e da demonstração, por meio idôneo – tal qual o histórico de utilização serviço ou objeto por parte do Ente – da estimativa de quantitativo de cada item a ser contratado.

Na mesma esteira, a d. Procuradora-Geral de Contas em exercício, Dra. KATIA REGINA PUCHASKI, apresentou o Parecer Ministerial nº 9355/15 (peça nº 11), em que, preliminarmente, se manifestou pelo preenchimento dos requisitos de admissibilidade da consulta, e, no mérito, sugeriu a resposta nos termos a seguir:

a) é lícita a utilização, em processo licitatório do tipo menor preço, o critério de julgamento "maior desconto linear" para aferir a proposta mais vantajosa para a administração, desde que seja imprevisível, no momento da disputa, o quantitativo a ser efetivamente adquirido pelo poder público e, ainda, desde que o bem licitado integre segmento do mercado que apresente margem de lucro razoavelmente homogênea para cada um dos produtos/serviços disponibilizados, cabendo ao gestor justificar a escolha deste critério de julgamento;

b) sendo juridicamente cabível a utilização do critério "maior desconto linear", o desconto deverá incidir, em regra, sobre a lista de preço adotada pelo respectivo segmento de mercado que fornecerá o bem que constitui o objeto da licitação, salvo se inexistente a tabela, caso em que será admissível a incidência do desconto sobre orçamento prévio elaborado pela administração, cabendo ao gestor cercar-se das cautelas necessárias que assegurem a idoneidade dos preços de referência a serem definidos, tudo devidamente justificado no processo administrativo preparatório da licitação;

c) sendo juridicamente cabível a utilização do critério "maior desconto linear", não se vislumbra óbice à utilização do critério para compras, serviços ou obras, devendo restar demonstrado no processo

possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade."

³ Nesse ponto, a homogeneidade não se refere somente ao fato de serem produtos fabricados pela esmagadora maioria das empresas do segmento, mas também que a proporção de custos e de lucros seja razoavelmente constante, de modo a inexistirem distorções relevantes no equilíbrio contratual se necessária a compra de um quantitativo maior do que o esperado de um ou outro item.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

administrativo o preenchimento dos requisitos autorizadores e a sua vantajosidade para a administração pública.

É o relatório.

2. Preliminarmente, verifica-se a presença dos pressupostos de admissibilidade da Consulta em exame, vez que formulada por autoridade legítima, com apresentação objetiva dos quesitos e indicação precisa da dúvida a respeito de matéria jurídica de competência da Corte, formulada em tese e amparada em parecer jurídico.

No mérito, os pareceres instrutórios foram uníssonos quanto à possibilidade da utilização do critério de julgamento “maior desconto linear” em processo licitatório do tipo menor preço, em caráter excepcional, para compras, serviços ou obras, desde que demonstrado o preenchimento dos requisitos autorizadores a seguir descritos e evidenciada a vantajosidade para a Administração Pública, devendo incidir o desconto, em regra, sobre a lista de preços adotada pelo respectivo segmento de mercado.

Partindo da análise realizada pela Diretoria de Contas Municipais, passa-se a discorrer sobre cada um dos questionamentos:

a) Nas licitações do tipo menor preço, é possível a utilização de critério de julgamento consubstanciado no maior desconto linear ofertado?

Conforme bem exposto pelo Procurador do Município, com base na doutrina de Marçal Justen Filho, deve-se distinguir os “tipos de licitação” dos “critérios de julgamento.”

Enquanto os primeiros são definidos pelo § 1º, do art. 45, da Lei federal nº 8.666/93, em rol expressamente taxativo, nos termos do § 5º do mesmo artigo,⁴ os “critérios de julgamento” são selecionados de modo discricionário pela

⁴ Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso o:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Administração, desde que adequados ao tipo de licitação adotado e estabelecidos objetivamente pelo edital.⁵ Têm por função permitir a definição de “*em que consistirá a vantagem que será avaliada nas propostas.*”⁶

No entendimento da Diretoria de Contas Municipais, constante da Instrução nº 2012/15, que passa a integrar a presente decisão, o “maior desconto linear” deve ser entendido como um “critério de julgamento”, e não como um “tipo de licitação” extralegal, inovação que seria vedada pelo art. 45, § 5º, da Lei de Licitações.

Nesse sentido, vale transcrever a lição de Joel de Menezes Niebuhr, citada à fl. 03 da referida Instrução (peça nº 10):

O maior desconto representa uma maneira diferente de apurar o menor preço, portanto não é novidade para a Administração nacional. Ora, quem oferece o maior desconto sobre um preço de referência oferece o menor preço. Embora a Lei n.º 8.666/1993 não trate diretamente do maior desconto, ele vem sendo utilizado pela Administração com frequência, especialmente em relação a alguns objetos, como a manutenção de veículos ou equipamentos e o agenciamento de transportes aéreos.⁷

De fato, considerando que o “maior desconto linear” conduz à proposta de menor valor, tem-se que consiste em um critério de julgamento, passível de ser empregado a fim de averiguar a proposta mais vantajosa em licitações do tipo “menor preço”.

O mesmo entendimento já foi manifestado pelo Tribunal de Contas da União, em decisão assim ementada:

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

(...)

§ 5º É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo.

⁵ Vide arts. 40, VII, 43, V, e 44, da Lei Federal nº 8.666/93.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativo**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 594.

⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 675.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MAIOR DESCONTO. POSSIBILIDADE. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA PARCIALMENTE ACOLHIDAS. DETERMINAÇÕES.

1. O julgamento de propostas feito com foco no desconto a incidir sobre determinada tabela de preço prefixada, apesar de se enquadrar como licitação do tipo menor preço, deve se restringir aos casos de contratação em que o parâmetro de menor preço seja econômica e operacionalmente inviável, uma vez que aquele critério apresenta maior vulnerabilidade a fraudes e a majorações de preço alheias ao controle da Administração Pública.

(Acórdão nº 818/2008 – Segunda Câmara. Relator Ministro Aroldo Cedraz. DOU 03/04/2008 – grifou-se)

A possibilidade da utilização deste critério foi admitida, na esfera federal, por meio do Decreto nº 7.892/2013 (Sistema de Registro de Preços), cujo art. 9º, § 1º, assim dispõe:

Art. 9º O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, e contemplará, no mínimo:

(...)

§ 1º O edital poderá admitir, como critério de julgamento, o menor preço aferido pela oferta de desconto sobre tabela de preços praticados no mercado, desde que tecnicamente justificado.

O critério também é aplicável às hipóteses abrangidas pelo Regime Diferenciado de Contratação, de que trata a Lei Federal nº 12.462/2011, nos termos do respectivo art. 18, I, e art. 19, §§ 2º e 3º:

Art. 18. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

I - menor preço ou maior desconto;

(...)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Art. 19. O julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.

(...)

§ 2º O julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, sendo o desconto estendido aos eventuais termos aditivos.

§ 3º No caso de obras ou serviços de engenharia, o percentual de desconto apresentado pelos licitantes deverá incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado constante do instrumento convocatório.

Outrossim, recorda a Procuradoria do Município que o “maior desconto global” foi utilizado por esta Corte de Contas no Pregão Presencial nº 03/2014, homologado pelo Acórdão nº 1224/14 – Tribunal Pleno, que possuía por objeto a prestação de serviços de manutenção preventiva, corretiva e periódica de veículos.

Contudo, merece destaque o alerta da Diretoria de Contas Municipais (fl. 05 da peça nº 10), no sentido de que a utilização do critério em tela deve ficar restrita a casos muito excepcionais, uma vez que, na maioria deles, entra em desacordo com a interpretação teleológica da Lei Federal nº 8.666/93, em razão das seguintes desvantagens manifestas:

a) impossibilidade de o licitante externar os preços unitários reais, o que, em caso de acréscimos ou reduções do objeto contratado, poderá acarretar desequilíbrio econômico-financeiro; e

b) tendência ao oferecimento de propostas com preços superiores aos que seriam comumente ofertados com o objetivo de compensar os riscos do desequilíbrio econômico-financeiro em razão da modificação de quantidades necessárias de alguns itens constantes do contrato.

Essas conclusões se encontram baseadas em decisão do Tribunal de Contas da União, segundo o qual, no dizer da Unidade Técnica, “a interpretação teleológica da Lei Federal nº 8.666/1993 revela que o contrato firmado deve sempre



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

refletir os preços de mercado, o que impõe uma demonstração dos preços unitários quando do oferecimento das propostas" (fl. 04 da peça nº 10):

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. REGISTRO DE PREÇOS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS DE PREÇOS BASEADO NO MAIOR DESCONTO LINEAR SOBRE TODOS OS ITENS ORÇADOS. UTILIZAÇÃO DO PREGÃO PRESENCIAL, EM VEZ DO ELETRÔNICO. DESARMONIA COM A LEGISLAÇÃO. TERMOS EMPREGADOS SEM BOA PRECISÃO EM CLÁUSULAS DO EDITAL. NECESSIDADE DE TORNÁ-LOS CLAROS. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Não se admite, em processo licitatório, o uso de critério de julgamento de propostas de preços fundado no maior desconto linear (uniforme) oferecido sobre todos os itens do orçamento, por se chocar com o sistema de mercado infundido na Lei nº 8.666/1993, bem assim por configurar tipo de licitação extralegal, que nem sempre se traduz no menor preço obtenível, além de, no caso de registro de preços, contrariar disposições do Decreto nº 3.931/2001, salvo nos casos excepcionais previstos no § 1º do art. 9º deste regulamento.

(...)

(Acórdão nº 1700/2007, Pleno. Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 22/08/2007 – grifou-se).

Note-se que o Acórdão supra referido, ao passo que menciona se tratar de “licitação extralegal”, admite a utilização do critério nos casos previstos pelo Decreto nº 3.931/2001, de natureza infralegal:

16. Afinal, o critério [de desconto linear] não é de todo desconhecido da legislação. O próprio Decreto nº 3.931/2001, que regulamenta o registro de preços, autoriza sua aplicação, mas tão-somente quando o desconto recair ‘sobre tabela de preços praticados no mercado, nos casos de peças de veículos, medicamentos, passagens aéreas, manutenções e outros similares’ (art. 9º, § 1º).

17. É óbvia a razão: a licitação, nessas condições, abrange só um tipo de produto, cujo custo mais lucro consta referenciado em tabela de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

preços. Assim, é factível ao licitante diminuir sua margem de lucro e distribuir a conta financeira desse abatimento uniformemente por todo o quantitativo licitado. O valor da venda será verdadeiramente o preço do produto, mesmo do ponto de vista unitário. Aliás, havia ressaltado essa particularidade no despacho concessivo da providência cautelar.

18. Se a licitação comporta produtos variados, como a do Pregão nº 111/2006 em tela, a situação é bem diferente. O licitante será obrigado a encontrar um desconto imaginário, que, empregado ao conjunto de contratos celebrados ao longo do prazo de duração do registro de preços, ao final resultará satisfatório a ambas as partes contratantes. (grifou-se).

Atualmente, o Decreto nº 3.931/2001, referido pelo Acórdão supra, se encontra revogado e substituído pelo Decreto nº 7.892/2013, o qual, conforme visto, não mais contém a restrição aos casos de “peças de veículos, medicamentos, passagens aéreas, manutenções e outros similares”.

De outro vértice, aponta a Unidade Técnica que, em decisões mais recentes do Tribunal de Contas da União, a utilização do critério vem sendo admitida, em caráter excepcional, especialmente nos casos em que “*a demonstração de custos unitários redundará em mero formalismo de difícil ou impossível execução, sem trazer qualquer benefício ao Ente licitante*” (fl. 05 da peça nº 10).

Cita, como exemplo, decisão na qual aquela Corte considerou possível a utilização do critério em licitação que objetiva a aquisição de livros para bibliotecas públicas, desde que demonstrada a necessidade de maior elasticidade na definição do objeto contratual, com o fim de evitar o engessamento decorrente da restrição a uma relação prévia de livros:

Representação. Licitação. Nas contratações para aquisição de livros didáticos ou para bibliotecas, é permitido o uso do modelo de 'aquisição por área do conhecimento', em que o objeto não é dividido em itens, mas sim parcelado em grupos temáticos sem a indicação prévia dos livros a serem adquiridos, os quais serão demandados posteriormente. Para tanto, a licitação será do tipo 'maior desconto', que



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

deverá incidir sobre o preço dos livros listados nos catálogos oficiais das respectivas editoras. Representação parcialmente procedente.

(Acórdão AC-0180-04/15-Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, Sessão em 04/02/2015 – grifou-se)

Conforme destacado pelo Ministério Público de Contas, o Superior Tribunal de Justiça também já enfrentou o tema, em decisão monocrática do Ministro Benedito Gonçalves, da qual vale transcrever as seguintes passagens:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COM BASE EM PERMISSIVOS DA LEI DE LICITAÇÕES. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE CONDUTA ÍMPROBA AFIRMADA PELA CORTE DE ORIGEM COM BASE NA ANÁLISE DO ACERVO PROBATÓRIO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(...)

Por isto que, não havendo como fixar previamente a quantidade de medicamentos, para se obter a cotação do menor preço, o município se valeu de uma técnica diferente, mas também autorizada por lei, a saber, seria vencedora a empresa que fornecesse o maior desconto no preço do medicamento, observado o percentual mínimo de 10%, que seria válido para toda e qualquer compra efetuada pelo município, dentro das exigências e necessidades vivenciadas pela Secretaria Municipal de Saúde.

Ora, ao estabelecer essa modalidade de pregão, não vejo como concordar com o argumento do Ministério Público de que houve afronta aos princípios norteadores da licitação, o Município buscou, também, é evidente, o menor preço, porque quanto maior o desconto, menor o preço do medicamento, o que atende às exigências da lei de licitação, que procura criar meios e condições para que a Administração contrate também, mas não exclusivamente, a depender do caso com aquele que oferecer o menor preço no fornecimento de bens, materiais ou serviços.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

(...)

Há menção na defesa, fato não levado em consideração pelo douto magistrado singular, que se impressionou, parece-me, com o estardalhaço das notícias que soem acontecer em casos tais, e do qual o julgador em verdade deve estar distante, para não se influenciar negativamente, de que o próprio Tribunal de Contas da União, desde há muito, já formulava o entendimento de que "a utilização, como critério de aferição do menor preço, o maior desconto incidente sobre as tarifas" (no caso específico passagens aéreas), era regular, e tal entendimento ocorreu em mais de uma assentada, como se infere, por exemplo, da Decisão n. 592-994, Plenário, Processo TC 007,913-94-0 e TC-009.802-94-0, Relator Ministro Bento José Bugarin, j.14.09.94, DOU de 28.09.94, p. 14.742. Ainda: Processos TC-007.9134-94-0 e TC-009.802-94-0, Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, j. em 24.05.,94, DOU de 05.,06.95, p. 8021.

(...)

(Agravo em Recurso Especial nº 227.786 – MS, Ministro Benedito Gonçalves, 07/10/2014 – grifou-se)

Esclarecida a possibilidade jurídica da utilização do critério do “maior desconto linear”, não se pode olvidar, conforme visto, que o seu uso, em regra, apresenta desvantagens superiores às vantagens, haja vista a vulnerabilidade à manipulação de preços pelos fornecedores. Por essa razão, a sua adoção deve ficar restrita aos casos concretos em que o parâmetro do menor preço unitário for econômica e operacionalmente inviável.

Para tanto, deverão ser atendidos os seguintes requisitos, elaborados originariamente pela Diretoria de Contas Municipais, porém muito bem sintetizados pela d. Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas em exercício, Dra. KATIA REGINA PUCHASKI, à fl. 02 do Parecer Ministerial nº 9355/15 (peça nº 11):

(a) impossibilidade de previsão do quantitativo de itens que serão adquiridos a partir da contratação, em razão das inúmeras variáveis que podem intervir na decisão da administração pública pela aquisição dos itens durante a vigência do contrato;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

(b) o segmento do mercado fornecedor do bem apresenta margem de lucro razoavelmente constante em face do custo unitário dos itens ou serviços comprados, o que demanda a segregação dos produtos ou serviços em lotes homogêneos que reflitam a linearidade do lucro;

(c) seja utilizada a tabela de referência de preços unitários disponibilizada corriqueiramente pelo segmento de mercado responsável por fornecer o bem ou serviço (requisito dispensável quando restar demonstrada a inadequação da tabela ao caso concreto).

O maior desconto linear também pode ser adotado quando expressamente previsto como critério de contratação idôneo em Lei Federal, a exemplo do art. 19, § 3º, da Lei do Regime Diferenciado de Contratação, n.º 12.462/2011, cujas regras não podem ser estendidas às licitações comuns.

A descrição e fundamentação detalhada das condições supra indicadas pode ser consultada na Instrução nº 2012/15-DCM (peça nº 10), parte integrante desta Decisão, competentemente elaborada pelo Analista de Controle FILIPE A. C. FLESCH.

A utilização desses critérios, no dizer do analista, assim se justifica (fls. 10 e 11, da peça nº 10):

Se cumpridos os requisitos expostos acima, os lucros esperados pelo segmento do mercado potencialmente interessado na licitação são homogêneos independentemente de possíveis distorções que venham a ocorrer no quantitativo a ser comprado de cada um dos itens. Sem riscos relevantes de desequilíbrio econômico-financeiro, os licitantes não apresentarão preços acima do valor que apresentariam se houvesse necessidade de composição de custos unitários, visto que não existem riscos superiores ao tolerável de desequilíbrio econômico-financeiro a serem compensados. Ademais, especialmente nos casos em que há uma infinidade de possibilidades de itens potencialmente necessários à execução do contrato, se torna operacionalmente e economicamente inviável exigir que determinado licitante preencha todos os possíveis custos unitários que podem eventualmente ser necessários durante a execução contratual. E mais: mesmo que tal procedimento fosse realizado, como não se sabe se e quanto será necessário de cada item para a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

execução contratual, a tarefa de analisar qual o menor preço com base em orçamentos unitários se torna ineficiente, podendo não espelhar a realidade que ocorrerá durante a execução contratual.

Assim, esta Unidade técnica entende que, a depender do caso concreto, referido critério poderá ser aplicado à compra de passagens aéreas, manutenção de veículos, dentre outros segmentos bastante específicos do mercado. No entanto, nessas situações, a regularidade da licitação depende da observância, tanto quanto possível, da homogeneidade dos lotes a serem licitados e da demonstração, por meio idôneo da estimativa de quantitativo de cada item que será contratado – tal qual, se cabível, o histórico de utilização serviço ou objeto por parte do Ente.

Por outro lado, existem determinados objetos, como a construção de uma obra com base nas disposições da Lei Federal n.º 8.666/1993, em que é possível estimar com segurança quais itens serão necessários ao adimplemento contratual. Nesses casos, não haveria justificativa para a escolha do critério “maior desconto linear”.

Ademais, o maior desconto linear também pode ser adotado quando expressamente previsto como critério de contratação idôneo em lei. Importante frisar a necessidade de a lei ser federal na medida em que a adoção do critério “maior desconto linear” indiscriminadamente acaba por deturpar disposições gerais e basilares da Lei Federal n.º 8.666/1993.

A utilização desse critério de julgamento, portanto, pode ser vantajosa em caso de impossibilidade de previsão dos quantitativos de produtos ou serviços diversos, quando entre eles for possível verificar um certo grau de homogeneidade, inclusive, quanto à proporção entre custos e lucros, de modo a permitir a fixação de parâmetros uniformes de preços praticados pelo mercado e, ao mesmo tempo, prevenir o desequilíbrio econômico financeiro mesmo no caso de grande diversidade das quantidades unitárias que vierem a ser adquiridas; diversamente, sempre que a aquisição for unitária, de um só produto ou serviço, ou quando seus quantitativos, ainda que diversos, sejam pré-definidos, não se mostra razoável sua aplicação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Constatada a possibilidade jurídica e estabelecidos os requisitos autorizadores da utilização do critério de julgamento "maior desconto linear" em licitação do tipo menor preço, segue-se para a análise do segundo questionamento.

b) Caso positiva a resposta ao quesito anterior, sobre o que deve incidir o maior desconto, se sobre orçamento previamente elaborado pela Administração, ou sobre lista de preços disponíveis no mercado?

Acompanhando-se os pareceres uniformes, a fim de evitar equívocos escusáveis por parte da Administração, assim como a manipulação de valores pelos fornecedores interessados, o maior desconto deve incidir, sempre que possível, sobre a lista de preços unitários aceita e adotada pelo segmento de mercado que fornecerá o bem.⁸

Caso inexista a referida tabela, ou nas situações excepcionais em que, por conta de especificidades da contratação patentemente comprovadas e justificadas pelo gestor (tais como: local de entrega, prazo para pagamento, quantidade a ser comprada), for inviável ou ineficiente a sua utilização, é possível a adoção de orçamento prévio elaborado pela Administração, desde que, conforme destaca o Ministério Público de Contas, *"tal procedimento assegure a idoneidade dos valores, de sorte a evitar a manipulação de preços pelos proponentes"* (fl. 06 da peça nº 11).

Estabelecida a admissibilidade da utilização, como objeto de incidência do desconto, tanto da lista de preços disponível no mercado, quanto, excepcionalmente, do orçamento previamente elaborado pela Administração, passa-se para a análise do terceiro e último questionamento.

c) Ainda, caso positiva a resposta ao quesito "a", pode o critério de maior desconto ser empregado em licitações relativas a compras,

⁸ Deve o gestor se acautelar, contudo, contra a maior vulnerabilidade do critério a majorações fraudulentas, conforme se extrai do voto do Ministro Aroldo Cedraz, que deu origem ao Acórdão nº 818/2008 – Segunda Câmara, Tribunal de Contas da União:

"Ressalto, no entanto, que o certame que se vale do critério de maior desconto aplicável à determinada planilha de preços está mais vulnerável a fraudes e majorações de valores que não se verificariam em licitações julgadas com base nos preços unitários. Cito como exemplo eventual reajustamento de preços por parte de fabricantes cujas tabelas venham a ser utilizadas na execução contratual, fato este alheio ao controle da Administração Pública e passível, inclusive, de ser praticado em conluio com a licitante contratada."



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

serviços e obras, indistintamente?

O derradeiro questionamento também deve ser respondido em conformidade com o exposto pelas unidades instrutórias, no sentido de que, estando presentes os requisitos elencados nas respostas dos itens anteriores, inexistirá óbice à aplicação do critério em licitações para compras, serviços e obras.

Conforme ressaltou a Diretoria de Contas Municipais, o preenchimento desses pressupostos ocorrerá mais frequentemente nas licitações relativas a compras e serviços. *“Assim, a depender do caso concreto, referido critério poderá ser aplicado à compra de passagens aéreas, manutenção de veículos, dentre outros segmentos bastante específicos do mercado”* (fl. 14 da peça nº 10).

Vale mencionar, neste ponto, a ressalva apontada pela Unidade Técnica, no sentido de que, nos objetos em que for possível estimar com segurança os itens necessários ao adimplemento contratual, como a construção de uma obra com base nas disposições da Lei Federal n.º 8.666/1993, inexistirá justificativa para a escolha do critério “maior desconto linear”.

3. Pelo exposto, **VOTO** no sentido de que a presente consulta seja conhecida e, no mérito, respondida nos seguintes termos:

a) é juridicamente cabível a utilização, em processo licitatório do tipo menor preço, do critério de julgamento “maior desconto linear” para aferir a proposta mais vantajosa para a Administração, desde que seja imprevisível, no momento da disputa, o quantitativo a ser efetivamente adquirido pelo poder público e que o parâmetro do menor preço unitário seja econômica e operacionalmente inviável, e, ainda, desde que entre os bens licitados for possível verificar um certo grau de homogeneidade quanto ao segmento do mercado que integrem e à margem de lucro, cabendo ao gestor justificar a escolha deste critério de julgamento, ou ainda, na hipótese de haver autorização específica em lei federal;

⁹ Desde que, em qualquer dessas hipóteses, seja cabalmente demonstrada a vantajosidade da compra por lotes, tendo-se por base a súmula n.º 247 do Tribunal de Contas da União que dispõe: “É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

b) o desconto deverá incidir, em regra, sobre a tabela de preços adotada pelo segmento de mercado que fornecerá o bem objeto da licitação, salvo se inexistente a tabela ou for inviável a sua utilização, casos em que será admissível a incidência do desconto sobre orçamento prévio elaborado pela Administração, cabendo ao gestor cercar-se das cautelas necessárias que assegurem a idoneidade dos preços de referência a serem definidos, evitando-se a manipulação de preços pelos concorrentes, tudo devidamente justificado e comprovado no processo administrativo preparatório da licitação;

c) não se vislumbra óbice, em princípio, à utilização do critério do "maior desconto linear" para compras, serviços ou obras, devendo restar demonstrado no processo administrativo o preenchimento dos requisitos autorizadores e a sua vantajosidade para a Administração Pública.

VISTOS, relatados e discutidos,

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, por unanimidade, em:

Conhecer e, no mérito, responder a presente Consulta formulada pela Prefeita do Município de Mercedes, Sra. Cleci Maria Rambo Loffi, nos seguintes termos:

a) é juridicamente cabível a utilização, em processo licitatório do tipo menor preço, do critério de julgamento "maior desconto linear" para aferir a proposta mais vantajosa para a Administração, desde que seja imprevisível, no momento da disputa, o quantitativo a ser efetivamente adquirido pelo poder público e que o parâmetro do menor preço unitário seja econômica e operacionalmente inviável, e, ainda, desde que entre os bens licitados for possível verificar um certo grau de homogeneidade quanto ao segmento do mercado que integrem e à margem de

possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade."



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

lucro, cabendo ao gestor justificar a escolha deste critério de julgamento, ou ainda, na hipótese de haver autorização específica em lei federal;

b) o desconto deverá incidir, em regra, sobre a tabela de preços adotada pelo segmento de mercado que fornecerá o bem objeto da licitação, salvo se inexistente a tabela ou for inviável a sua utilização, casos em que será admissível a incidência do desconto sobre orçamento prévio elaborado pela Administração, cabendo ao gestor cercar-se das cautelas necessárias que assegurem a idoneidade dos preços de referência a serem definidos, evitando-se a manipulação de preços pelos concorrentes, tudo devidamente justificado e comprovado no processo administrativo preparatório da licitação;

c) não se vislumbra óbice, em princípio, à utilização do critério do "maior desconto linear" para compras, serviços ou obras, devendo restar demonstrado no processo administrativo o preenchimento dos requisitos autorizadores e a sua vantajosidade para a Administração Pública.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FABIO DE SOUZA CAMARGO e IVENS ZSCHOERPER LINHARES e os Auditores THIAGO BARBOSA CORDEIRO e SÉRGIO RICARDO VALADARES FONSECA.

Presente o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 1º de outubro de 2015 - Sessão nº 37.

IVENS ZSCHOERPER LINHARES
Conselheiro Relator

IVAN LELIS BONILHA
Presidente