



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
 PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
 PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA
 CATARINENSE
 GABINETE DO PROCURADOR
 RUA DAS MISSÕES 100, PONTA AGUDA, BLUMENAU - SC, CEP 89051-000 - FONE: 47- 3331-7800

PARECER REFERENCIAL n. 00001/2018/IFC/PFSC/PFIFCATARINENSE/PGF/AGU

NUP: 00818.000001/2016-15

INTERESSADO: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCACAO, CIENCIA E TECNOLOGIA CATARINENSE - IFC

ASSUNTO: LICITAÇÕES - MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

EMENTA:

I. Direito Administrativo e Licitação;

II. Pregão, com ou sem registro de preços, para bens comuns, exceto àqueles classificados como de Tecnologia da Informação;

III. Leis 10.520/02 e 8.666/93; Lei Complementar 123/06 c/c Decreto 5450/05 e demais normas aplicáveis à espécie;

IV. Manifestação Jurídica Referencial;

V. Incidência da Orientação Normativa nº 55/2014 da AGU c/c Acórdão 2674/2014, Plenário do Tribunal de Contas da União;

VI. Dispensa da remessa a este órgão jurídico dos processos que, enquadrados nos limites doravante expostos, estão a envolver matérias idênticas e recorrentes, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, a conformidade jurídica aos termos deste parecer referencial e não subsista dúvida jurídica, que, se existente, deverá ser suscitada a esta Procuradoria;

VII. Racionalização da atuação do órgão jurídico e da própria atividade da Administração, na medida em que imprimirá celeridade em parte da aquisições no âmbito do Instituto Federal Catarinense;

VIII. Orientações e recomendações.

I. RELATÓRIO

1. Cumpre assinalar que o escopo desta manifestação jurídica referencial é orientar o Gestor Público quanto às exigências legais para a prática do ato administrativo sob o aspecto jurídico-formal. Isso porque foge à competência legal desta Procuradoria examinar aspectos técnicos, orçamentários e de mérito, inclusive a veracidade das declarações/documentos carreados aos autos aos quais este parecer referencial será juntado (se for pertinente, a juízo do Gestor); portanto, cabe ao Gestor decidir se os elementos encartados nos autos atendem ao interesse público e aos princípios constitucionais da Administração Pública, pois como afirmava Seabra Fagundes “*administrar é aplicar a lei de ofício*”. Portanto, até prova em contrário, reputam-se verazes os documentos carreados aos autos, cabendo ao Gestor diligenciar sobre a confiabilidade dessa documentação. Nessa linha, **em aplicação extensiva** (precedente doutrinário: Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª Edição, atualizada, páginas 44-45 – “*A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar texto de norma administrativa a espécie não prevista, mas compreendida no seu espírito;*”), **a Orientação Normativa nº 016/2009 da AGU:**

Aplicação extensiva Orientação Normativa nº 016/2009 da AGU, *in verbis*:

"COMPETE À ADMINISTRAÇÃO AVERIGUAR A VERACIDADE DO ATESTADO DE EXCLUSIVIDADE APRESENTADO NOS TERMOS DO ART. 25, INC. I, DA LEI Nº 8.666, DE 1993."

2. O exame deve se ater somente aos aspectos formais, pois os elementos encartados nos autos, aos quais poderá ser aplicado e juntado este parecer referencial, decorrem de atos administrativos, os quais gozam de presunção de legalidade e veracidade, assim, neles somos obrigados a acreditar até prova em contrário – presunção *iuris tantum* – precedente: “(...) *Os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e veracidade. Só prova em contrário poderá afetar a eficácia. (...)*” STJ: ROMS 8628/MG. Sexta Turma Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julg. 18/08/1998. DJU 21/09/1998. Pág. 232. Ademais, a Procuradoria não dispõe de efetivo humano, estrutura administrativa ou competência legal para realizar diligências investigatórias, dependendo, sempre, de provocação para conhecer de questões jurídicas afetas à economia da entidade assessorada, forte no princípio da legalidade e no da segregação de funções. Nessa linha, também, a Lei 9.784/99:

“(...)

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

(...)”

3. Ademais, temos as orientações da AGU pertinentes à atividade consultiva:

“Boa Prática Consultiva – BPC nº 05

a) Enunciado

Não é função do Órgão Consultivo, após expressar seu juízo conclusivo de aprovação acerca das minutas de editais e contratos, em cada caso concreto, pronunciar-se, posteriormente, para fiscalizar o cumprimento das recomendações ofertadas. Sempre que necessário, o conteúdo de alteração de cláusulas editalícias ou contratuais deve ser sugerida pelo Advogado Público

Boa Prática Consultiva – BPC nº 07

a) Enunciado

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto.”

4. Nem mesmo o Poder Judiciário, por sua mais alta Corte, incursiona no mérito administrativo. Precedente: “...(...)...*O exame dos atos administrativos no âmbito do Poder Judiciário se circunscreve à legalidade e à observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo insindicável o mérito do ato administrativo....(...)...*” – Trecho do v. Acórdão no MS 31.068 – Distrito Federal. Relator Exmo. Ministro LUIZ FUX – STF – 21/06/2016, disponível em www.stf.jus.br.

5. Não obstante a discricionariedade administrativa, é de bom alvitre lembrarmos a Lei nº 9.784/99 Art. 50, como parâmetro legal a ser observado pelos destinatários deste parecer:

Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: ...(...)...§ 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2o Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3o A motivação das decisões o de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.”

6. Sem embargo, persistindo dúvida jurídica, deve ser suscitada a esta Procuradoria. Sendo a dúvida de outra natureza (quanto a aspectos de gestão, conveniência e oportunidade, questões orçamentárias, científicas, veracidade de documentos), deve o Gestor utilizar dos outros meios de que dispõe, inclusive, comissões de *experts* para emitir laudos técnico-científicos que forem pertinentes, uma vez que não é competência legal desta realizar diligências ou agir de

ofício, por falta de competência legal (falta, inclusive, de meios, eis que a AGU não disponibiliza apoio especializado como sói acontecer em outras carreiras jurídicas, inclusive da própria AGU).

7. **O escopo deste opinativo jurídico é de servir como parecer jurídico referencial**, dispensando a remessa dos autos administrativos à Procuradoria Federal junto ao IFC, **a critério do Gestor**, agilizando o procedimento administrativo cujo objeto é recorrente e idêntico (do ponto de vista qualitativo, admitindo-se meras variações quantitativas que, de resto, não impactam uma avaliação jurídica formal). **A matéria de que se trata aqui é a delimitada à Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único**. Este opinativo foi elaborado tendo por base o parecer referencial anterior e o Parecer Referencial nº 009/2017/CJU-SJC/CGU/AGU, NUP nº 00461.000010/2017-14, e Parecer Referencial nº 008/2017/CJU-SJC/CGU/AGU, NUP nº 00461.00003/2017-72, com alterações em consideração às peculiaridades do IFC, suas rotinas e contexto.

8. A partir deste parecer, o órgão assessorado por esta Procuradoria poderá, **atendendo as recomendações usualmente feitas, as listas de verificação e os parâmetros normativos aqui descritos, bem como a orientação de emana dos precedentes do e. TCU**, dispensar, a seu critério, o envio do processo para análise jurídica, conforme estabelecido na Orientação Normativa nº 55, do Advogado-Geral da União.

9. Assim, caso adotado pelo Gestor este parecer referencial, competirá ao órgão assessorado atestar que o assunto do futuro processo administrativo ao qual juntada cópia deste parecer é **o tratado nesta manifestação jurídica referencial**, para o fim de não encaminhar o processo a esta Procuradoria, **evitando o retrabalho em matéria já parametrizada**, que demanda, tão somente, apego ao padrão e ao procedimento. Isso não significa, de modo algum, impedimento à remessa dos autos administrativos a esta Procuradoria **caso o Gestor deliberar que a análise individualizada se faz necessária** em razão de alguma peculiaridade nos autos ou de dúvida superveniente.

10. Com estas considerações iniciais, à análise dos requisitos legais, sob o aspecto formal, Pregão, com ou sem registro de preços, para bens comuns, exceto àqueles classificados como de Tecnologia da Informação.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. Do cabimento de parecer referencial na visão da AGU, Doutrina e TCU.

11. A Advocacia-Geral da União, no ano de 2014, publicou Orientação Normativa, de nº 55, vinculando a atuação dos membros da Advocacia-Geral da União, estabelecendo, em síntese, a possibilidade de utilização de manifestação jurídica padrão, nos seguintes termos:

O ADOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/2009-12, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

I - Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos:

a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e

b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014

(grifo nosso)

12. A possibilidade da utilização excepcional da manifestação jurídica referencial também é aceita pela doutrina (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Revista da AGU nº 29, p. 123/124, 2011) e pela jurisprudência do TCU (Acórdão 3.014/2010, Plenário, rel. Min Augusto Nardes. Acórdão n.º 873/2011-Plenário, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 06.04.2011, Acórdão 2674/2014, Plenário do Tribunal de Contas da União).

13. Tendo isso em vista, considerando os fundamentos abaixo, a Procuradoria Federal junto ao Instituto Federal Catarinense formula a presente manifestação jurídica referencial para os casos que tratam unicamente sobre o tema de pregão, com ou sem registro de preços, para bens comuns, exceto àqueles classificados como de Tecnologia da Informação.

II.2. Do atendimento aos requisitos para adoção do parecer referencial

14. Segundo a Orientação Normativa nº 55 da AGU, são requisitos para a elaboração do parecer jurídico referencial:

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/2009-12, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

I - Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos:

a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e

b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014

(grifo nosso)

15. Oportuno citar, ainda, passagem do Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014, que deu origem à Orientação Normativa nº 55:

[...] A construção de uma manifestação jurídica referencial depende da comprovação, sob pena de responsabilização funcional, de que o volume de ocorrências referidas possa impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos. Além do que, e cumulativamente, deve-se comprovar que a atividade jurídica demandada se restrinja à simples conferência de documentos ou à enunciação-padrão de adequação jurídica da instrução ou da conclusão firmada pela área técnica. Construtivamente, pode-se exigir que a demonstração dos requisitos aqui cogitados comporá capítulo específico da referida manifestação jurídica referencial.

16. Nesse sentido, passa-se à análise desses requisitos.

17. A Procuradoria Federal junto ao Instituto Federal Catarinense elaborou no exercício de 2015, mais de **500 pareceres**, sendo que cerca de 65% tratam da análise jurídica da temática licitações e contratos administrativos. A partir desse dado, em **27/01/2016**, foi elaborado o primeiro parecer referencial sobre o tema de pregão, com ou sem registro de preços, para bens comuns, exceto àqueles classificados como de Tecnologia da Informação. Foi o PARECER n. 00046/2016/IFC/PFSC/PFIFCATARINENSE/PGF/AGU.

18. O número de pareceres exarados, após, obviamente, diminuíram, aumentando a disponibilidade do único Procurador em exercício nesta unidade para o assessoramento jurídico pessoal, via e-mail e via telefone. Houve, em 2017, a troca do Procurador-chefe e saída de uma servidora pública que atuava como apoio. Agora, em 2018, outro servidor público, que atuava como apoio, foi designado para exercer FG - Assessoria ao Gabinete da Reitora. Assim, ainda que a demanda por pareceres jurídicos tenha caído, justamente em função da adoção da sistemática de pareceres referencial, a Procuradoria teve reduzido o número de servidores públicos alocados pelo IFC para apoio administrativo e jurídico (pesquisas, check-list, fornecimento de informações, filtragem da demanda de assessoramento pessoal, via e-mail, via telefone, etc.). Assim, manter o parecer jurídico referencial para este escopo - pregão, com ou sem registro de preços, para bens comuns, exceto àqueles classificados como de Tecnologia da Informação - é medida de eficiência e de busca de adequação da demanda remetida à Procuradoria aos recursos humanos e materiais de que dispõe.

19. Portanto, a multiplicidade de *campi* (quinze mais a Reitoria), o número de demandas consultivas no ano de 2017 até setembro (500) e o exercício de um único Procurador, demonstram que o volume da demanda impactam a atuação, notadamente considerando que as licitações de obras e serviços de engenharia são significativas para um Instituto ainda em expansão, além da necessidade da Procuradoria se manter atualizada com as mudanças legislativas e atender a demanda da atividade fim (escopo institucional e legal do IFC) e disciplinar, **estas não passíveis de pareceres referenciais por não se revestirem de características que permitam uma padronização**, dada a autonomia didático-pedagógica de uma Instituição Federal de Ensino e a singularidade de cada um dos procedimentos disciplinares.

20. Registre-se houve a oferta à Reitoria de adesão do IFC à ENALIC, tendo sido avaliado pela Gestão de que o IFC, por sua natureza multicampi, conforme Lei nº 11.892/08, artigo 2º, todos com autonomia para realização de licitações, que é não o momento.

21. Alerta-se, porém, que a admissão do cabimento de aplicação de parecer é, numa última análise, juízo do Gestor, cabendo à área técnica do órgão assessorado atestar expressamente, com respaldo em elementos objetivos demonstrados nos autos de cada processo administrativo: (1º) se o caso concreto se amolda aos termos da manifestação referencial; e (2º) se contribui para a celeridade dos serviços administrativos (Itens I e II, letra b, da Orientação Normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014). Outrossim, o órgão deverá atestar o uso da “LISTA DE VERIFICAÇÃO” (*checklist*), conforme modelo disponibilizado pela AGU, sempre na versão mais atualizada, disponível em <http://www.agu.gov.br> - *aba modelos de licitações e contratos*.

22. Prosseguindo-se, temos que a matéria é **idêntica**, porque sempre trata da temática licitações e contratos administrativos, especificamente sobre o tema de pregão, com ou sem registro de preços, para bens comuns, exceto àqueles classificados como de Tecnologia da Informação, e **recorrente**, correspondendo a cerca 65% dos pareceres já produzidos por este órgão jurídico no período de doze meses (extraído do primeiro parecer referencial sobre a matéria).

23. A elaboração da referida manifestação vai **impactar** diretamente na qualidade e quantidade das manifestações jurídicas do órgão consultivo, com redução considerável da demanda de pareceres, promovendo a canalização do esforço do Procurador em **questões jurídicas de maior complexidade, notadamente às questões relativas às atividades fins do IFC definidas na Lei nº 11.892/08, ainda mais porque o titular da unidade é o único que se encontra em exercício nesta unidade da AGU/PGF**. Logo, a medida de adoção do parecer referencial é fundamental em uma Assessoria que é composta, como dito, por apenas **UM PROCURADOR FEDERAL**.

24. Ademais, a rotina administrativa ficará aperfeiçoada e mais rápida com a eliminação de umas das etapas burocráticas do processo administrativo, qual seja, a abertura de vista para a Assessoria Jurídica analisar a documentação e posterior devolução. Em outras palavras, a manifestação jurídica referencial vai impactar diretamente na **celeridade dos serviços administrativos**.

25. Já tendo sido adotada a sistemática de parecer referencial, agora, estando os órgãos assessorados (são 15 campi, mais a Reitoria) familiarizados com a sistemática do parecer referencial, é possível, **sempre a juízo do Gestor**, avançar na padronização do procedimento de prorrogação, inclusive, considerando que a Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único, **prevê a obrigatoriedade de parecer jurídico para aprovação ou não de minutas, somente**, não prevendo uma atividade fiscalizatória de todos os atos administrativos. Vejamos:

*"Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:(...)Parágrafo único. **As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.**"*

26. A rigor, não há previsão legal de exercício da função fiscalizatória dos atos administrativos pela assessoria jurídica - exceto quanto ao exame das minutas de instrumentos jurídicos em geral e no âmbito da Lei nº 8.666/93. Tal competência legal, a de fiscalização, é dos órgãos de controle, interno e externos, e do próprio Gestor, cujo ônus nessa função é, como já dito, na lição do saudoso Seabra Fagundes, “*administrar é aplicar a lei de ofício*”. Nessa linha, vejamos as boas práticas consultivas abaixo:

"BCP nº 5

Enunciado

Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas.

Fonte

A atividade de exame e aprovação de minutas de editais e contratos pelos Órgãos jurídicos é prévia, consoante art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993. Dessa maneira, não integra o fluxo consultivo a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas na manifestação jurídica. Com efeito, é ônus do gestor a responsabilidade por eventual conduta que opte pelo não atendimento das orientações jurídicas.

BPC nº 35*Enunciado*

A aposição de rubrica ou outro meio de certificação quando da análise consultiva de minutas de edital, contrato, convênio ou congêneres não implica responsabilidade administrativa ou negocial do Advogado Público Federal pela contratação, mas mero indicativo de quais documentos foram objeto de análise jurídica. Fonte

*Quando em processos submetidos a seu exame o Advogado Público Federal firma rubrica nas minutas de edital, contrato, convênio ou congêneres, visando a assinalar os documentos que efetivamente tenham sido objeto de sua análise, tal prática não implica responsabilidade administrativa ou negocial pela contratação, pois essa rubrica, meramente sinalizadora de documento já examinado, não se confunde com a que é aposta a título de chancela à prática do ato administrativo. **O Advogado Público Federal, na sua função finalística, não desempenha atividade de gestão, nem ao gestor se equipara. Não gerencia contratações nem lhes fiscaliza a execução.**"*

27. A atividade jurídica exercida pela Procuradoria Federal junto ao Instituto Federal Catarinense, no que se refere ao tema de pregão, com ou sem registro de preços, para bens comuns, exceto àqueles classificados como de Tecnologia da Informação, se **restringe ao atendimento das exigências legais, mediante simples análise dos documentos constantes nos autos**, mais especificamente, cuida-se de verificar: a apresentação do edital padrão, editado por esta Procuradoria Federal; Apresentação de pesquisas de preços; Apresentação dos documentos de qualificação do pregoeiro e sua equipe; Instrumento de nomeação do pregoeiro e sua equipe; Enquadramento da requisição de compras nos limites de exclusividade para ME/EPP; Eventuais concessões de preferência nas aquisições; Apresentação das pesquisas de preços e planilha de composição dos preços, dentre outros. Em suma, verifica-se se houve ou não instrução suficiente para prosseguimento da aquisição.

28. Afora a verificação acima, a Procuradoria Federal cuida de fazer recomendações-padrão, costumeiramente apontadas nos pareceres que emite.

29. Ou seja, em relação aos aspectos de natureza técnica alheios à seara jurídica, parte-se da premissa de que os órgãos e servidores competentes para a sua apreciação detêm os conhecimentos específicos necessários e os analisaram adequadamente, verificando a exatidão das informações constantes dos autos e atuando em conformidade com suas atribuições.

30. Concluindo o tópico, reitera-se que a Procuradoria possui entendimento homogêneo, rotineiro, que se restringe à verificação do atendimento das exigências enumeradas acima a partir da simples conferência de documentos.

31. Por óbvio, o Gestor deverá utilizar a minutas disponibilizadas pela AGU em seu sítio eletrônico www.agu.gov.br, aba "modelos de licitações e contratos", **atendendo à Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único e às Boas Práticas Consultivas da AGU de nº 6:**

"BPC nº 6*Enunciado*

*A atuação consultiva na análise de processos de contratação pública deve fomentar a utilização das listas de verificação documental (check lists), do Guia Nacional de Licitações Sustentáveis e das minutas de editais, contratos, convênios e congêneres, disponibilizadas nos sítios eletrônicos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **No intuito de***

padronização nacional, incumbe aos Órgãos Consultivos recomendar a utilização das minutas disponibilizadas pelos Órgãos de Direção Superior da AGU, cujas atualizações devem ser informadas aos assessorados. Convém ainda que os Órgãos Consultivos articulem-se com os assessorados, de modo a que edições de texto por estes produzidas em concreto a partir das minutas-padrão sejam destacadas, visando a agilizar o exame jurídico posterior pela instância consultiva da AGU.

Fonte

A Consultoria-Geral da União e a Procuradoria-Geral Federal têm envidado esforços para disponibilizar minutas-padrão de editais e de contratos para servirem de modelos aos assessorados, o que, além de agilizar as atividades de exame e aprovação previstas no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, colabora para a redução dos riscos de ocorrência de procedimentos licitatórios e contratuais em descompasso com a legislação vigente. Esses documentos consolidam experiências de diversos Órgãos Consultivos da AGU, tendo a finalidade de orientação, uniformização de entendimento e padronização de procedimentos. Assim, uma vez que constituem material auxiliar relevante, mostra-se recomendável a sua utilização pela Administração, de forma a favorecer a regularidade dos procedimentos administrativos, conferir maior segurança, celeridade, precisão e homogeneidade na análise jurídica. Ademais, a Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011 (art. 4º), que trata do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), prestigia a padronização de minutas de editais. Por suavez, o Guia Nacional de Licitações Sustentáveis da AGU apresenta a legislação e normas socioambientais e de acessibilidade incidentes em contratações públicas

BPC nº 33

Enunciado

Como o Órgão Consultivo desempenha importante função de estímulo à padronização e à orientação geral em assuntos que suscitam dúvidas jurídicas, recomenda-se que a respeito elabore minutas-padrão de documentos administrativos e pareceres com orientações in abstracto, realizando capacitação com gestores, a fim de evitar proliferação de manifestações repetitivas ou lançadas em situações de baixa complexidade jurídica.

Fonte

O Órgão Consultivo não deve se manifestar em todo e qualquer ato praticado pelos gestores, ou atuar como avalista das atividades típicas dos assessorados, uma vez expedida orientação a respeito de casos reiterados. Com efeito, à medida em que passa a conhecer as demandas típicas dos assessorados, suas rotinas e dificuldades, poderá propor-lhes orientações jurídicas estratégicas, que permitam incremento da eficiência, sobretudo nas demandas em escala. Quando exteriorizar orientação jurídica in abstracto acerca de determinado tema, não há necessidade de que lhe sejam encaminhados processos repetitivos, salvo quando houver peculiaridades em casos concretos, sugestões de alterações de entendimentos, dúvidas acerca do conteúdo jurídico ou a respeito da aplicabilidade da orientação jurídica anteriormente exarada. A dispensa de encaminhamento de processos repetitivos não se aplica, contudo, a hipóteses em que haja obrigatoriedade legal de submissão da matéria ao Órgão Consultivo.

Esta postura proativa é também relevante para esclarecer que a atividade consultiva não se confunde com a atividade do assessorado, embora lhe sirva de diretriz jurídica, mesmo nos casos em que não houver dúvida dessa natureza.

32. Assim, o uso das minutas de instrumentos jurídicos disponibilizados pela AGU em seu sítio eletrônico, referidos pela **Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único,** atenderá esse comando legal, eis que previamente aprovadas as minutas em si.

II.3. Finalidade e abrangência do Parecer Jurídico

33. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada que deve exercer o controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados pelos seus auxiliares e os próprios.

34. Nossa função é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

35. Importante salientar, que o exame dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos **jurídicos**, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.

36. De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público, de um lado.

37. De outro, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competência. Assim sendo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, bem como, os Atos Normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do feito.

38. Finalmente, é nosso dever salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua observância e **a utilização das minutas disponibilizadas pela AGU é obrigatória, por força da Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único.** O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

II.4. Regularidade da formação do processo

39. De acordo com o art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

Art. 22 da Lei nº 9.784/99:

Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.

40. Com efeito, no que pertine especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são pertinentes, iniciando-se com a devida autuação, com a correspondente protocolização e numeração, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, contendo, na medida do possível, no máximo, 200 folhas (se processo físico, naturalmente, pois nem todos os sistemas eletrônicos permitem numeração de página).

Art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993:

O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[...]

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 2, DE 1º DE ABRIL DE 2009

Texto Enunciado: “OS INSTRUMENTOS DOS CONTRATOS, CONVÊNIOS E DEMAIS AJUSTES, BEM COMO OS RESPECTIVOS ADITIVOS, DEVEM INTEGRAR UM ÚNICO PROCESSO ADMINISTRATIVO, DEVIDAMENTE AUTUADO EM SEQUÊNCIA CRONOLÓGICA, NUMERADO, RUBRICADO, CONTENDO CADA VOLUME OS RESPECTIVOS TERMOS DE ABERTURA E ENCERRAMENTO.”

INDEXAÇÃO: PROCESSO ADMINISTRATIVO. INSTRUÇÃO. AUTUAÇÃO. SEQUÊNCIA CRONOLÓGICA. NUMERAÇÃO. RUBRICA. TERMO DE ABERTURA. TERMO DE ENCERRAMENTO. REFERÊNCIA: art. 38, caput, e 60 da Lei no 8.666, de 1993; art. 22 da Lei 9.784, de 1999; Portarias Normativas SLTI/MP no 05, de 2002 e 03, de 2003; Orientações Básicas sobre Processo Administrativo do NAJ/PR; Decisão TCU 955/2002-Plenário e Acórdãos TCU 1300/2003-Primeira Câmara, 216/2007-Plenário, 338/2008-Plenário.

[...]

Aplicáveis ainda, a Portaria Normativa SLTI/MPOG n° 5, de 2002 (no caso de órgãos integrantes do SISG) e Portaria Normativa MD n° 1243, de 2006 (para os órgãos militares), que também dispõem sobre procedimentos gerais referentes à gestão de processos, sendo recomendável também que o consulente verifique se há disciplina própria reguladora no âmbito de seu órgão.

41. É cediço que o IFC implantou o processo eletrônico utilizando o sistema SIPAC. Sem embargo, recomendamos a migração para o sistema SEI adotado pelo Governo Federal, forte na Portaria n° 1.042/2015, de 4 de novembro de 2015, do Ministério da Educação.

42. Prosseguindo, em relação aos documentos que instruem o processo, reiteremos a necessidade de atender integralmente ao conteúdo da “LISTA DE VERIFICAÇÃO” (check-list), para modalidade pregão, na forma eletrônica, disponibilizada no site da AGU10. Assim, deverá instruir os autos com, no mínimo: (1°) Documento que formaliza a abertura do processo; (2°) Planejamento da contratação; (3°) Termo de Referência; (4°) Ato de aprovação do Termo de Referência (caso a aprovação não se dê no bojo do próprio Termo de Referência); (5°) Pesquisa de preços e formação do valor de referência; (6°) Declaração do Ordenador de Despesas de adequação orçamentária e financeira; (7°) Ato de autorização do procedimento licitatório; (8°) Indicação do ato de designação do Pregoeiro e dos integrantes da equipe de apoio; (9°) minuta do Edital, e anexos, a saber: Anexo I, remissão ao Termo de Referência; Anexo II, minuta do Termo de Contrato ou do seu substituto. Após, deverá ser juntada uma cópia do (10°) parecer referencial aplicável ao caso, com o (11°) ato de atesto do atendimento integral de suas recomendações. Por fim, o órgão deverá juntar as (12°) listas de verificação conforme disciplina a Orientação Normativa SEGES/MPOG n° 2, de 6 de junho de 2016, para cada processo administrativo em dois momentos, antes da publicação do edital e após a adjudicação do objeto.

43. Encerrando este tópico, seja pregão eletrônico para compras imediatas, seja pregão eletrônico pelo SRP, deve ser observada a Orientação Normativa SEGES/MPOG n° 2, de 6 de junho de 2016. Vejamos:

O SECRETÁRIO DE GESTÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, no uso das atribuições que lhe confere o Decreto n° 8.578, de 26 de novembro de 2015, e considerando o disposto no art. 31 do Decreto n° 5.450, de 31 de maio de 2005, resolve expedir a presente Orientação Normativa, nos seguintes termos:

Art. 1° Os pregoeiros e as equipes de apoio deverão adotar nos processos de aquisição de materiais e serviços as listas de verificação constantes dos Anexos I e II, visando o aperfeiçoamento dos procedimentos realizados nos pregões eletrônicos.

Parágrafo único. O procedimento previsto no caput deverá ser utilizado em pregões presenciais, naquilo que for compatível.

Art. 2° As listas de verificação deverão ser juntadas nos processos como instrumento de transparência e eficiência durante a fase de seleção do fornecedor, nas seguintes etapas:

I - Anexo I – antes da publicação do edital; e

II - Anexo II – após a adjudicação, quando realizada pelo pregoeiro, ou quando houver recurso, após a análise deste.

Art. 3° As listas de que tratam o art. 2° poderão ser adequadas pelo órgão ou entidade, desde que respeitados os elementos mínimos que as compõem e a legislação em vigor.

Art. 4° Esta Orientação Normativa entra em vigor em 30 dias após a sua publicação.

Parágrafo único. O disposto nesta Orientação Normativa não se aplica aos processos administrativos já iniciados, autuados ou registrados até a data de entrada em vigor desta norma.

ANEXO I

O procedimento licitatório foi iniciado com a abertura de processo administrativo devidamente autuado e numerado, quando processo físico, ou registrado quando processo eletrônico?

Consta a solicitação/requisição do objeto, elaborada pelo agente ou setor competente?

Encontra-se prevista a exigência de amostra ou prova de conceito para algum item? 3.1 A exigência está clara, precisa e acompanhada de metodologia de análise?3.2 A exigência está prevista na fase de aceitação, após a etapa de lances, e apenas para o vencedor?

A autoridade competente da unidade demandante justificou a necessidade da contratação e aprovou o Termo de Referência?4.1 No caso de contratação por registro de preços, a autoridade competente justificou a utilização do SRP com base em alguma das hipóteses previstas no artigo 3º do Decreto nº 7.892 de 23 de janeiro de 2013?

A autoridade competente da unidade demandante definiu o objeto do certame de forma precisa, suficiente e clara?

Há autorização da autoridade competente permitindo o início do procedimento licitatório?

A autoridade competente designou o pregoeiro e a respectiva equipe de apoio?7.1 A equipe de apoio é formada, na sua maioria, por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego público, preferencialmente, na entidade promotora da licitação?

No caso de licitação para registro de preços a Administração realizou o procedimento de Intenção de Registro de Preços – IRP, visando o registro e a divulgação dos itens a serem licitados?8.1 No caso de dispensa da divulgação da Intenção de Registro de Preços – IRP, há justificativa do órgão gerenciador?8.2 No caso de existir órgãos ou entidades participantes, a Administração consolidou as informações relativas à estimativa individual e total de consumo, promovendo a adequação dos respectivos termos de referência encaminhados para atender aos requisitos de padronização e racionalização?8.3 A Administração confirmou junto aos órgãos ou entidades participantes a sua concordância com o objeto a ser licitado, inclusive quanto aos quantitativos, preços estimados e termo de referência?

Foi realizada ampla pesquisa de preços do objeto da licitação baseada em critérios aceitáveis na forma prevista na IN SLTI/MP nº 5, de 27 de junho de 2014?9.1 Tratando-se de serviço, existe orçamento detalhado em planilhas que expresse a composição de todos os seus custos unitários baseado em pesquisa de preços praticados no mercado do ramo do objeto da contratação?9.2 Para fins de orçamentação e análise de vantajosidade nas licitações de bens e serviços, foram priorizados os parâmetros previstos nos incisos I (Portal de Compras Governamentais) e III (contratações similares de outros entes públicos) do art. 2º da IN SLTI/MP nº 5, de 2014?

O procedimento licitatório possui a indicação do recurso próprio para a despesa, caso não seja SRP?

Há minuta de edital e anexos?11.1 termo de referência;11.2 contrato ou documento assemelhado;11.3 ata de registro de preços, se for o caso; e11.4 planilha de quantitativos e custos unitários, se for o caso (serviço).

No caso de realizada a licitação por pregão presencial, consta a justificativa válida quanto à inviabilidade de utilizar-se o formato eletrônico?

O edital prevê a forma de apresentação da proposta comercial, com a indicação precisa de como o valor deve ser ofertado (total ou por item), incluindo, caso necessário, a apresentação da planilha de custos?

O Edital estabelece prazo razoável de validade das propostas comerciais compatível com a duração do certame e dentro dos prazos previsto na legislação vigente?

O edital fixa o prazo de envio de documentos complementares à habilitação de acordo com a IN nº 1, de 26 de março de 2014 (mínimo 120 minutos), pela ferramenta de convocação de anexo?

Foram consultados os decretos que dispõem sobre margem de preferência?

Foi prevista a aplicação dos benefícios dispostos nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, e seu regulamento, o Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015?

Os autos foram instruídos com parecer jurídico?18.1 Houve alteração sugerida pela assessoria jurídica, bem como o retorno dos autos para parecer conclusivo, caso aquela tenha requerido? 18.2 Houve algum ponto em que não foi aceita a recomendação da assessoria jurídica com a devida justificativa para tanto?

O prazo definido para publicação é adequado ao objeto da licitação, considerando a complexidade do objeto, em respeito aos princípios da publicidade e da transparência?19.1 Quanto ao âmbito de publicação houve obediência ao disposto no art. 17 do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005 e IV, §1º, art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011?

ANEXO II

Iniciando a fase externa do pregão, a convocação dos interessados ocorreu por meio de publicação de Aviso nos termos do art. 4º, I, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002?1.1 No Aviso mencionado no item anterior, consta a definição do objeto da licitação, o número do processo, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser obtido, na íntegra, o edital, bem como o local de realização do certame (sítio da internet ou presencial)?

Após a fase de lances foi verificado se havia fornecedor com direito ao exercício de preferência devido a alguma margem estipulada em regulamento?

Após cada desclassificação (não aceitação) ou inabilitação o direito de margem de preferência e o exercício dos benefícios da Lei Complementar nº 123, de 2006, foram reanalisados? Houve manifestação técnica quanto à aceitação do objeto, da amostra ou quanto ao julgamento da licitação por parte das áreas demandantes (beneficiária ou especialista)?

Foi feita a comprovação da regularidade fiscal do licitante como determina o art. 27 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, c/c o inciso XIII do art. 4º da Lei nº 10.520, de 2002?

Houve consulta a todas as listas oficiais que fornecem informações referentes a restrições para contratar com a Administração Pública, e estas encontram-se em conformidade? 6.1 SICAF; 6.2 BNDT - Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (CNDT); 6.3 CNIA - Cadastro Nacional de Condenações por Improbidade Administrativa (CNJ); 6.4 CEIS - Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CGU); e 6.5 Cadastro de Inidôneos e Cadastro de Inabilitados (TCU).

Houve tentativa de negociação com o melhor classificado, visando obter melhor preço, ainda que o valor estivesse abaixo do estimado?

Caso esteja prevista no edital, a proposta final com os valores readequados ao valor total ofertado ou negociados com o melhor classificado (incluindo a correspondente planilha de custos, se for o caso) está anexada ao processo?

Houve intenção de Recurso? 9.1 No juízo de admissibilidade das intenções de recurso, o pregoeiro avaliou somente os pressupostos recursais (sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação) concedendo o prazo adequado para fins de apresentar as razões de recorrer posteriormente? 9.2 Foi concedido prazo de 3 dias (úteis) para recurso, 3 dias úteis para contrarrazões e 5 dias para decisão do pregoeiro? 9.3 Foram redigidos relatórios e deliberações do Pregoeiro referentes aos recursos com sua decisão motivada?

Houve item deserto ou fracassado?

Houve adjudicação por parte do pregoeiro (quando não houver recurso) e homologação por parte da Autoridade competente?

Consta na instrução processual os seguintes documentos para fase externa: 12.1 ato de designação da comissão de licitação, do pregoeiro e equipe de apoio ou do responsável pela licitação; 12.2 propostas e documentos de habilitação exigidos no edital; 12.3 atas, relatórios e decisões do pregoeiro e equipe de apoio; e 12.4 atos de adjudicação do objeto.

O Pregoeiro divulgou com clareza os atos no Comprasnet, dentro do horário de expediente, e as informações relativas à data e hora das sessões públicas, sua suspensão e reinício em respeito aos princípios da publicidade, transparência e isonomia?

Houve licitante vencedor na fase de lances que não é o adjudicatário, ou que não manteve a proposta, e tenha incidido em condutas que podem ser tipificadas no art. 7º da Lei 10.520, de 2002? 14.1 Houve por parte do pregoeiro o registro do fato indicando a conduta e as evidências de infração ao art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002, e a consequente recomendação para autoridade competente proceder a instauração do procedimento administrativo?

II.5. Participação Exclusiva do certame e/ou de itens/grupos/lotos às ME, EPP e equivalentes

44. Como é cediço, o **Decreto nº 8.538, de 06 de outubro de 2015**, prevê tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal.

45. O art. 6º do referido diploma estabelece que as licitações para contratações cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00, **nos itens ou lotos de licitação**, deverão ser destinadas exclusivamente à participação de microempresas e

empresas de pequeno porte. Todavia, cabe ressaltar que não se aplica a restrição nos casos expressamente previstos no art. 10, situação que requer a devida justificativa.

Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do caput do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do caput deste artigo; ou

IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do caput, considera-se não vantajosa a contratação quando:

I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou

II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios.

46. Será juridicamente acertada, portanto, a opção do órgão caso destine o certame ou os itens/grupos/lotes à participação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte e equivalentes para contratações cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00.

47. Apenas recomendamos que o órgão certifique-se quanto à não incidência de qualquer das hipóteses do art. 10º do Decreto nº 8.538, de 06 de outubro de 2015, o que importaria, como consequência, o afastamento do tratamento diferenciado e a abertura da competição a todas as empresas interessadas, independentemente de seu porte.

48. Também é importante deixar consignado que o microempreendedor individual (MEI) é considerado expressamente como modalidade de microempresa pela redação do art. 18-E da Lei Complementar nº 147/2014, portanto, estende-se a ele todos os benefícios aplicáveis à microempresa. Sobre a exclusividade de participação no certame, a AGU emitiu a ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 47, de 25 de abril de 2014:

"EM LICITAÇÃO DIVIDIDA EM ITENS OU LOTES/GRUPOS, DEVERÁ SER ADOTADA A PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE OU SOCIEDADE COOPERATIVA (ART. 34 DA LEI Nº 11.488, DE 2007) EM RELAÇÃO AOS ITENS OU LOTES/GRUPOS CUJO VALOR SEJA IGUAL OU INFERIOR A R\$ 80.000,00 (OITENTA MIL REAIS), DESDE QUE NÃO HAJA A SUBSUNÇÃO A QUAISQUER DAS SITUAÇÕES PREVISTAS PELO ART. 9º DO DECRETO Nº 6.204, DE 2007."

49. Finalizando este item, lembramos o artigo 48 da Lei Complementar nº 123/03:

"Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

§ 1º O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

II.6. Limites de contratação previstos no Decreto nº 7.689/2012

50. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 7.689, de 2012 (alterado pelos Decretos nº 8.056, de 2013, 8.755, de 2016, 9.046, de 2017, e 9.189 de 2017) estabeleceu limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens, aplicáveis aos órgãos, entidades e fundos do Poder Executivo Federal integrantes do Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, donde se destaca a previsão contida em seu artigo 2º:

Art. 2º A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação dos contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas por ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República. [\(Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017\).](#)

§ 1º Para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada às seguintes autoridades, vedada a subdelegação: [\(Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017\).](#)

I - titulares de cargos de natureza especial; [\(Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017\).](#)

II - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas aos Ministros de Estado; e [\(Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017\).](#)

III - dirigentes máximos das entidades vinculadas. [\(Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017\).](#)

§ 2º Para os contratos com valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, vedada a subdelegação, ressalvada, neste caso, a subdelegação a que se refere o § 3º. [\(Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017\).](#)

§ 3º O Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá alterar ou atualizar, a qualquer tempo, os valores estabelecidos nos §§ 1º e 2º.

§ 3º Para os contratos com valor igual ou inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada ou subdelegada aos coordenadores ou aos chefes das unidades administrativas dos órgãos ou das entidades. [\(Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017\).](#)

§ 4º O Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá alterar ou atualizar, a qualquer tempo, os valores estabelecidos nos § 1º, § 2º e § 3º. [\(Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017\).](#)

51. A Portaria nº 249, de 13 de junho de 2012 estabeleceu normas complementares para o cumprimento do mencionado Decreto, sendo substituída, em janeiro último, pela Portaria nº 2, de 8 de Janeiro de 2018:

PORTARIA Nº 2, DE 8 DE JANEIRO DE 2018

Regulamenta o Decreto nº 7.689, de 2 de março de 2012, que estabelece, no âmbito do Poder Executivo Federal, limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens.

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, II e IV do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e considerando o disposto no Decreto nº 7.689, de 2 de março de 2012, alterado pelo Decreto nº 9.189, de 1º de novembro de 2017, que estabelece, no âmbito do Poder Executivo federal, limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens, resolve:

Art. 1º Fica delegada a competência para autorizar a celebração de novos contratos administrativos ou prorrogação dos contratos em vigor relativos à atividade de custeio com valores superiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) às seguintes autoridades, vedada a subdelegação:

I - Secretário-Executivo do Ministério da Fazenda;

II - dirigentes máximos dos órgãos específicos singulares;

III - dirigentes máximos dos órgãos colegiados; e

IV - dirigentes máximos das entidades vinculadas.

Art. 2º Fica delegada ao Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração da Secretaria-Executiva e autoridades equivalentes dos órgãos específicos singulares e colegiados a competência para autorizar a celebração de novos contratos administrativos ou prorrogação dos

contratos em vigor relativos à atividade de custeio com valores inferiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) por ano, vedada a subdelegação.

Parágrafo único. Os dirigentes máximos das entidades vinculadas poderão subdelegar, em ato próprio, a competência para autorizar a celebração de novos contratos administrativos ou prorrogação dos contratos com valores inferiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) por ano à autoridade equivalente ao Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração, vedada a subdelegação.

Art. 3º Fica delegada aos coordenadores ou chefes dos órgãos do Ministério da Fazenda a competência para autorizar a celebração de novos contratos administrativos ou prorrogação dos contratos em vigor relativos à atividade de custeio com valores inferiores a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por ano, vedada a subdelegação.

Parágrafo único. Os dirigentes máximos das entidades vinculadas poderão subdelegar, em ato próprio, a competência para autorizar a celebração de novos contratos administrativos ou prorrogação dos contratos em vigor relativos à atividade de custeio com valores inferiores a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) aos coordenadores ou aos chefes das unidades administrativas.

Art. 4º A celebração de contratos de locação ou a prorrogação dos contratos em vigor, com valor igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) por mês, deverá ser autorizada pelas seguintes autoridades, vedada a subdelegação:

I - Secretário-Executivo do Ministério da Fazenda;

II - Procurador-Geral da Fazenda Nacional, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e

III - Secretário da Receita Federal do Brasil, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Art. 5º As autorizações de que tratam os arts. 1º a 4º desta Portaria não envolvem análise técnica e jurídica do procedimento, que são de responsabilidade dos ordenadores de despesa e das unidades jurídicas dos respectivos órgãos e entidades, de acordo com suas competências legais, nem implicam ratificação ou validação dos atos que compõem o processo de contratação.

Art. 6º Fica delegada a competência a que se refere o art. 6º do Decreto nº 7.689, de 2012, para autorizar a concessão de diárias e passagens em viagens no território nacional, às seguintes autoridades, vedada a subdelegação:

I - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas ao Ministro de Estado da Fazenda;

II - dirigentes máximos das entidades vinculadas;

III - dirigentes máximos das unidades regionais dos órgãos do Ministério da Fazenda; e

IV - Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração da Secretaria-Executiva.

Art. 7º A solicitação de viagem deverá ser realizada de forma a garantir que a reserva dos trechos, ou, em sua impossibilidade, a emissão da passagem, ocorra com antecedência mínima de 10 (dez) dias da data prevista de partida.

Parágrafo único. Fica delegada às autoridades referidas no art. 6º desta Portaria a competência para autorizar a concessão de diárias e passagens em prazo inferior ao disposto no caput, desde que formalizada a justificativa que comprove a inviabilidade de seu efetivo cumprimento.

Art. 8º Quando o deslocamento exigir a manutenção de sigilo, as autoridades de que trata o art. 6º poderão subdelegar a competência para autorizar a concessão de diárias e passagens aos chefes das unidades responsáveis pelo deslocamento.

Art. 9º Fica delegada ao Secretário-Executivo, ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, ao Secretário da Receita Federal do Brasil e aos dirigentes máximos das entidades vinculadas a competência a que se refere o art. 7º do Decreto nº 7.689, de 2012, vedada a subdelegação, para autorizar a concessão de diárias e passagens referentes a:

I - deslocamentos, no País, de servidores por prazo superior a 10 (dez) dias contínuos;

II - mais de 40 (quarenta) diárias intercaladas, no País, por servidor no ano; e

III - deslocamentos, no País, de mais de 10 (dez) pessoas para o mesmo evento.

Parágrafo único. Quando o deslocamento exigir a manutenção de sigilo, as autoridades de que tratam o caput poderão subdelegar a competência para autorizar a concessão de diárias e passagens, conforme o caso:

I - aos dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas ao Ministro de Estado da Fazenda;

II - aos dirigentes máximos das unidades regionais dos órgãos do Ministério da Fazenda e de suas entidades vinculadas; e

III - aos chefes das unidades responsáveis pelo deslocamento.

Art. 10. Cabe ao Ministro de Estado da Fazenda autorizar o afastamento de servidor que não prestou contas de viagem realizada anteriormente.

Art. 11. Ficam convalidados os atos de autorização de celebração de novos contratos ou de prorrogação de ajustes já vigentes, relacionados com atividades de custeio, e de concessão de diárias e passagens, praticadas entre a vigência do Decreto nº 9.189, de 2017, e a publicação da presente Portaria, que tenham apresentado, exclusivamente, vício de competência em sua expedição

Art. 12. A autorização eletrônica exigida pelo Sistema de Concessão de Diárias e Passagens (SCDP) poderá ser feita por servidor formalmente designado pela autoridade competente.

§ 1º Cabe ao servidor responsável pela autorização eletrônica o controle sobre a inserção de dados no SCDP, de modo que o processo gerado por esse sistema reflita fielmente a autorização realizada em meio físico ou em sistema eletrônico de gestão documental e de informações, inclusive no que concerne ao limite para o número de participantes do evento, programa, projeto ou ação.

§ 2º O disposto no § 1º não exime de responsabilidade os demais agentes envolvidos nos processos de concessão de diárias e passagens.

Art. 13. Fica autorizado o Secretário-Executivo a editar os atos complementares necessários à execução do disposto nesta Portaria.

Art. 14. Fica revogada a Portaria MF nº 122, de 31 de março de 2016.

Art. 15. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

52. Recomendamos o conhecimento completo tanto do decreto quanto da portaria acima apontadas, destacando que **a autorização da celebração de novos contratos administrativos ou prorrogação dos contratos em vigor relativos à atividade de custeio com valores superiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) é privativa da Magnífica Reitora do IFC, vedada a subdelegação.**

53. Ainda, destacamos da portaria, por envolver autorização de delegação pela Reitoria do IFC:

*Os dirigentes máximos das entidades vinculadas poderão subdelegar, em ato próprio, a competência para autorizar a celebração de **novos contratos administrativos ou prorrogação dos contratos com valores inferiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)** por ano à autoridade equivalente ao Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração, vedada a subdelegação*

*Os dirigentes máximos das entidades vinculadas poderão subdelegar, em ato próprio, a competência para autorizar a celebração de **novos contratos administrativos ou prorrogação dos contratos em vigor relativos à atividade de custeio com valores inferiores a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)** aos coordenadores ou aos chefes das unidades administrativas*

II.7. Da modalidade licitatória pregão na forma eletrônica

54. No caso, cuida-se de pregão, com ou sem registro de preços, licitar bens comuns, **exceto àqueles classificados como de Tecnologia da Informação.**

55. **Declarada a natureza comum dos bens pretendidos,** nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520, de 2002, julga-se adequada a opção do órgão pela contratação mediante pregão.

56. Ademais, segundo o art. 4º *caput* do Decreto nº 5.450, de 2005, a aquisição de bens e serviços comuns na Administração Pública deve ser empreendida através da modalidade Pregão, de preferência, em sua forma eletrônica.

57. Em se tratando de SRP - Sistema de Registro de Preços, considere-se também, no que concerne especificamente a esta forma de processamento, a par da modalidade concorrência prevista no art. 15, §3º, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993, o art. 11 da Lei nº 10.520, de 2002 admitiu a utilização do Pregão para a efetivação do registro de preços para eventual contratação de bens e serviços comuns.

58. Na concepção de Marçal Justen Filho, “[...] *bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio*” (Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. Editora Dialética, São Paulo, 2005, pág. 30)

59. Importante ressaltar que o Decreto nº 7.892, de 2013, que regulamenta o SRP, em seu art. 3º, fez previsão no mesmo sentido, de maneira que se pode concluir que a utilização do pregão para registro de preços de bens comuns é a modalidade licitatória compatível com a legislação aplicável.

60. Os incisos do artigo 3º do Decreto nº 7.892, de 2013 trazem as situações nas quais poderá ser adotado, o Sistema de Registro de Preços.

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

61. Desta forma, é necessário indicar a hipótese em que se enquadra o pretendido registro de preços e declinar a motivação que enseja sua adoção.

62. **Para instrução de remessas de SRP - Sistema de Registro de Preços**, esta Procuradoria Federal recomenda a juntada completa da Intenção de Registro de Preços - IRP, devendo-se constar o *status* de **deserta, recusada ou encerrada**. Isto porque, na hipótese de participação de outros órgãos na via ordinária, há comando no art. 6º do Decreto 7.892/2013 dando conta de documentos necessários à instrução do processo, já que integrantes do convocatório. Neste tom, observe-se:

Art. 6º O órgão participante será responsável pela manifestação de interesse em participar do registro de preços, providenciando o encaminhamento ao órgão gerenciador de sua estimativa de consumo, local de entrega e, quando couber, cronograma de contratação e respectivas especificações ou termo de referência ou projeto básico, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, adequado ao registro de preços do qual pretende fazer parte, devendo ainda:

I - garantir que os atos relativos a sua inclusão no registro de preços estejam formalizados e aprovados pela autoridade competente;

II - manifestar, junto ao órgão gerenciador, mediante a utilização da Intenção de Registro de Preços, sua concordância com o objeto a ser licitado, antes da realização do procedimento licitatório; e

III - tomar conhecimento da ata de registros de preços, inclusive de eventuais alterações, para o correto cumprimento de suas disposições.

§ 1º Cabe ao órgão participante aplicar, garantida a ampla defesa e o contraditório, as penalidades decorrentes do descumprimento do pactuado na ata de registro de preços ou do descumprimento das obrigações contratuais, em relação às suas próprias contratações, informando as ocorrências ao órgão gerenciador. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

§ 2º No caso de compra nacional, o órgão gerenciador promoverá a divulgação da ação, a pesquisa de mercado e a consolidação da demanda dos órgãos e entidades da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º, comprovada a vantajosidade, fica facultado aos órgãos ou entidades participantes de compra nacional a execução da ata de registro de preços vinculada ao programa ou projeto federal. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

§ 4º Os entes federados participantes de compra nacional poderão utilizar recursos de transferências legais ou voluntárias da União, vinculados aos processos ou projetos objeto de descentralização e de recursos próprios para suas demandas de aquisição no âmbito da ata de registro de preços de compra nacional. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

§ 5º Caso o órgão gerenciador aceite a inclusão de novos itens, o órgão participante demandante elaborará sua especificação ou termo de referência ou projeto básico, conforme o caso, e a pesquisa de mercado, observado o disposto no art. 6º. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

§ 6º Caso o órgão gerenciador aceite a inclusão de novas localidades para entrega do bem ou execução do serviço, o órgão participante responsável pela demanda elaborará, ressalvada a hipótese prevista no § 2º, pesquisa de mercado que contemple a variação de custos locais ou regionais. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

63. O modelo padrão de ata utilizado pelo Instituto Federal Catarinense parece cumprir os requisitos mínimos que lhe são próprios, prescindindo de reparos.

64. O órgão (denominado “órgão gerenciador”) que instaura o procedimento licitatório deve publicar os itens a serem licitados no módulo SIASG do Comprasnet (art. 4º do Decreto nº 7.892/2013). Em caso de acusar interessados, antes de elaborar o Edital, deverá previamente adotar os procedimentos previstos nos incisos II e III do § 4º do art. 4º do mencionado ato normativo.

65. Nesse caso, qualquer outro órgão que pretenda participar do registro de preços deverá encaminhar o seu planejamento da contratação - que, basicamente, preenche os requisitos estimativa de consumo, local de entrega e cronograma de contratação -, bem como o seu Termo de Referência, conforme dispõe o art. 6º do Decreto nº 7.892/2013, a fim de consolidar as demandas em único Termo de Referência que será anexo da minuta de Edital de licitação. Sobre esse pormenor, é importante frisar que o regulamento do SRP incentiva a realização desse procedimento, para que os órgãos públicos otimizem os recursos administrativos disponíveis para a aquisição de bens e contratação de serviços para atender mais de um órgão ou entidade.

II.8. Adoção de critérios de sustentabilidade ambiental

66. É de extrema relevância que a autoridade assessorada sempre observe na contratação, as diretrizes de sustentabilidade ambiental.

67. Com efeito, as contratações da Administração Pública deverão contemplar os critérios da sustentabilidade ambiental, tendo por fundamento, a Constituição da República Federativa do Brasil, a Lei nº 8.666, de 1993, compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, e outras legislações pertinentes, sem perder de vista os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (Art. 225, *caput*, e 170, inc. VI, da CRFB; Arts. 3º, 6º, IX e 12, II e VII da Lei nº 8.666, de 1993; Art. 6º, XII da Lei nº 12.187, de 2009; art. 7º, XI da Lei nº 12.305, de 2010. Convenção Quadro sobre Mudança do Clima (Decreto nº 2.652, de 1998). Protocolo de Quioto (Decreto nº 5.445, de 2005). Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul (Decreto nº 5.208, de 2003).

68. Nesse sentido, a Lei nº 12.187 de 29/11/2009 – Política Nacional sobre Mudança do Clima adotou o uso do poder de compra do Estado como um importante instrumento para implementar a política de mudanças climáticas.

Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:

[...] XII – as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;

69. Assim, nos termos do art. 7º, inc. XI da Lei nº 12.305, de 2/8/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos, nas aquisições e contratações governamentais, deve ser dada prioridade para produtos reciclados e recicláveis e para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.

70. Por vezes, a exigência de determinado requisito ambiental deriva de imposição normativa, editada pelos órgãos de proteção ao meio ambiente (Conselho Nacional do Meio Ambiente- CONAMA, IBAMA, Ministério do Meio Ambiente, etc.). Nesses casos, a especificação técnica do objeto deve ser definida de acordo com as determinações da norma vigente.

71. Nos demais casos, cabe ao órgão a opção pelas especificações do objeto que melhor atendam às exigências ambientais. Tal decisão deve ser motivada com base em critérios técnicos.

II. 9. Justificativa da contratação

72. **Quanto à justificativa da contratação, não cabe ao órgão jurídico adentrar o mérito (oportunidade e conveniência) das opções do Administrador, exceto em caso de afronta a preceitos legais.** O papel do órgão jurídico é recomendar que tal justificativa seja a mais completa possível, orientando o órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para futuros questionamentos, por exemplo, quanto à pertinência ou necessidade da contratação, ou quanto a seus quantitativos estimados.

73. No que toca à especificação do objeto, é certo que o aumento do nível de seu detalhamento influi inversamente no universo de fornecedores aptos a atender à demanda, reduzindo-o. Consequentemente, a caracterização excessivamente pormenorizada poderá conduzir a um único ou nenhum fornecedor, ao passo que a especificação por demais genérica ou singela poderá ampliar as opções no mercado, porém para objeto cujas características não atendam plenamente às necessidades efetivas da Administração, frustrando a finalidade da contratação.

74. Destarte, o gestor deverá tomar as cautelas necessárias para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais ao bem, sem as quais, não poderão ser atendidas as necessidades da Administração, evitando por outro lado, detalhes considerados supérfluos ou desnecessários, que possam limitar a competição indevidamente.

75. Nesse sentido, o art. 3º, Lei nº 10.520, de 2002 impõe:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

76. Ressalte-se ainda que a justificativa da contratação deve compreender os quantitativos estimados da aquisição condizente com o consumo/utilização prováveis do órgão, aferida mediante adequadas técnicas para tanto, em conformidade com o que dispõe o art. 15, §7º, inc. II, pois dela dependerá o cálculo do valor contratual.

77. Nessa linha, vejamos o magistério de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de Registro de Preços e Pregão. 2ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, pp. 503-504.) acerca do planejamento da contratação, aderente à realidade do IFC:

“(…) I. Justificativa da necessidade

O primeiro passo de qualquer procedimento licitatório é a requisição do objeto. É sempre a partir da necessidade, manifestada por agente público, que a Administração inicia o processo com vistas à futura contratação.

Mesmo parecendo óbvio, a experiência na ação do controle tem demonstrado que não são raras as aquisições de objetos supérfluos, incompatíveis com a finalidade pretendida, ultrapassados, superdimensionados e até mesmo inúteis. O atendimento desse requisito se faz pela resposta às seguintes quatro perguntas:

- a) Por que precisa?*
- b) Qual o consumo previsto?*
- c) Que quantidade precisa?*
- d) Como vai utilizar?*

Dispensa-se a justificativa para aquisições no âmbito de calendários próprios dos órgãos, para reposição de estoques, de produtos de consumo rotineiros, tal como caneta, papel, grampos, clipes, etc. Os objetos que fogem à rotina, porém, devem ser precedidos de justificativa. (...).”

78. Ponderamos que a referência de dispensa de justificativa para aquisição de bens de "rotina" mencionada pelo ilustre autor, pela necessidade ser óbvia, não dispensa a planejamento quanto aos quantitativos desses bens de "rotina", guarda, conservação, rotatividade no estoque, vida útil e, mesmo, substituição por outros bens mais adequados ou de maior economicidade e de sustentabilidade ambiental.

79. Vejamos alguns precedentes do e. TCU:

“9.2. determinar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP) que: [...] 9.2.2. oriente os órgãos integrantes do Sisg: [...] 9.2.2.2. a executarem adequadamente o processo de planejamento de suas contratações a fim de bem estimarem os quantitativos de bens e serviços a serem contratados, evitando a necessidade de firmar aditivos com acréscimo de valor em prazo exíguo, baseado no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993; [...] 9.7. recomendar ao Ministério da Defesa que: [...] 9.7.8. execute adequadamente o processo de planejamento de suas contratações a fim de bem estimarem os quantitativos de bens e serviços a serem contratados, evitando a necessidade de firmar aditivos com acréscimo de valor em prazo exíguo, baseado no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993;” [...] 9.8. recomendar ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União que: [...] 9.8.8. executem adequadamente o processo de planejamento de suas contratações a fim de bem estimarem os quantitativos de bens e serviços a serem contratados, evitando a necessidade de firmar aditivos com acréscimo de valor em prazo exíguo, baseado no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993” Acórdão nº 1793/2011 do Plenário-TCU

“[...] 1.7.1. à (omissis) que faça constar, nos futuros processos licitatórios destinados à aquisição de equipamentos pesados, custeados com recursos federais, a motivação e os estudos que conduziram a elaboração da especificação mínima exigida para tais equipamentos. [...]” Acórdão nº 5.554/2012-TCU-2ª Câmara

“[...] 1.8.1. elabore o devido planejamento anual das compras de água mineral e/ou quaisquer outros bens comuns continuamente demandados por suas unidades situadas no interior do Estado, avaliando a possibilidade de licitá-las e contratá-las por lotes regionalizados a partir das cidades mais populosas/estruturadas em conjunto com as zonas eleitorais vizinhas (critério geográfico objetivo), tomando em conta dados como lotação de cada unidade, consumo estimado per capita, previsão ou não de realizar pleito eleitoral (possível demanda superior ao normal), dentre outros que se mostrem pertinentes a uma adequada estimativa de quantitativo; [...]” Acórdão nº 13524/2016-TCU-2ª Câmara.

II. 10. Autorização para abertura da licitação

80. A autorização para abertura da licitação devidamente assinada pela autoridade competente decorre da exigência do art. 30, inc. V do Decreto nº 5.450, de 2005, devendo a unidade assessorada adotar as providências necessárias para dar o devido andamento da aquisição. Ela, a autorização, deverá ser motivada. Sobre o princípio da motivação transcrevemos a lição do Procurador-Geral do Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas da União, Dr. Lucas Rocha Furtado, *in verbis*:

“A fundamentação ou motivação administrativa é princípio ligado diretamente à existência do Estado de Direito. Não se admite, à vista dos princípios da moralidade, da publicidade e do controle jurisdicional a existência de decisões sigilosas ou desmotivadas. Devemos sempre lembrar que o administrador, quando exerce seus poderes, age sempre tendo em vista a plena e necessária realização do interesse público. Ainda que em não poucas ocasiões receba da lei competência para a prática de atos discricionários, deve ser sempre e necessariamente buscada a satisfação do interesse público. Ainda que discricionária, se a atuação do administrador visar à satisfação de interesses incompatíveis com o interesse público, haverá desvio de finalidade, e o ato será nulo de pleno direito. Nesse sentido, a fim de que se possa aferir e controlar a atuação do administrador, deve ele explicitar por que adotou tal ou qual decisão. A Lei nº 8.666/93, em seu art. 38, determina que “o procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente (...)”. Ao dispor a lei que a licitação se inicia com um processo administrativo, exige que o administrador indique os motivos que o levam a realizar a licitação e a especificar o objeto a ser licitado. Essa motivação demonstra-se, não poucas vezes, útil ao administrador. Diversas acusações de direcionamento ou favorecimento em licitações ou de irregularidades em contratações sem licitações são facilmente contestadas e perfeitamente explicadas pela motivação. Do contrário, se não tiver o administrador justificado por que não realizou a licitação, ou por que impôs determinada exigência de qualificação técnica ou econômico-financeira, ou por que exigiu determinada especificação no produto ou serviço seria a sua atitude certamente considerada fraudulenta e sujeitando o responsável à punição”. FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 413- 414.

II. 11. Termo de referência, com a aprovação da autoridade competente

81. O Termo de Referência (§2º do art. 9º do Decreto nº 5.450/05) é o documento que deverá conter as informações e os elementos técnicos necessários para assegurar a viabilidade da contratação, sobretudo em relação à avaliação do custo, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia e suprimento, e o prazo da execução do contrato. Tal documento deverá ser aprovado motivadamente pela autoridade competente (art. 9º, inc. II do Decreto nº 5.450, de 2005).

82. Já no que se refere à indicação de preços no termo de referência, o Tribunal de Contas da União já deliberou no sentido de ser obrigatório que o orçamento de referência conste nos autos do processo administrativo, **devendo constar no instrumento convocatório a informação sobre os meios pelos quais o interessado poderá ter acesso à documentação**. Neste sentido: confira-se o Acórdão 2.080/2012 do Plenário:

10. (...) há pacífica jurisprudência do TCU no sentido de que, nos termos do art. 3º, da Lei 10.520/2002, a Administração não está obrigada a anexar ao edital o orçamento de referência que elaborou na fase interna da licitação. Este deve constar, obrigatoriamente, apenas dos autos do processo administrativo referente à licitação. Nesse último caso, deve constar do instrumento convocatório a informação sobre os meios pelos quais os interessados poderão ter acesso ao documento. Dentre muitos outros nessa linha, citem-se os Acórdãos 1.248/2009, 114/2007 e 1935/2006, todos do Plenário.

83. Por outro lado, **a individualização do preço no Termo de Referência somente se justifica caso utilizado o preço de referência como critério de aceitação de propostas**. A propósito, recente deliberação da 2ª Câmara do e. TCU, Acórdão 10051/2015-Segunda Câmara, TC 008.959/2015-3, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 10.11.2015:

Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pelo Comando Logístico do Exército (Colog), tendo por objeto o registro de preços para a aquisição de materiais de intendência (fardamento, coturno, gorro, espora e cobertor). Em síntese, alegara a representante ter sido irregularmente desclassificada para o item 3 do certame (coturno), após a fase de lances, “mesmo tendo ofertado o menor preço, em razão de a sua proposta ter se mostrado superior ao valor estimado para a contratação”. Ademais, destacara que “teria solicitado ao pregoeiro a informação quanto ao preço de referência, mas que ela lhe foi negada sob o argumento de que a publicidade do preço de

referência consistiria em mera faculdade da administração”. O relator, após a realização das oitivas regimentais, anotou que a controvérsia derivava de “intelecções distintas sobre o alcance do Acórdão 392/2011-TCU-Plenário, que pugnara pela obrigatoriedade da divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando esse preço for utilizado como critério de aceitabilidade de preços”. A propósito, transcreveu excerto do voto condutor do aludido julgado, no qual se lê: “É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993”. **Considerou, assim, procedente a irrisignação da representante, já que “quando erigido a critério de aceitabilidade, o preço de referência deve ter divulgação prévia e obrigatória, na forma da lei e como corolário, mesmo, do princípio do julgamento objetivo** (v. g.: Acórdão 392/2011-Plenário), de sorte que haveria de constar, do edital do Pregão Eletrônico nº 39/2014, o preço referencial adotado pelo Colog, vez que se tratava, no presente caso, de critério de aceitabilidade de preços”. No caso concreto, aduziu, “o pregoeiro do Comando Logístico do Exército, ao interpretar o Acórdão 392/2011-Plenário, se ateu à condição geral contemplada no aresto do TCU, que faculta a divulgação do valor orçado e dos preços referenciais no edital do pregão, esquecendo que essa faculdade subsistiria apenas no caso de o preço referencial não funcionar como critério de aceitabilidade de preços”. Nesse sentido, prosseguiu, “houve, sim, prejuízo à licitante até então vencedora do certame e, também, ao interesse público, já que a fase de negociação das propostas foi conduzida sem a clara e prévia definição do preço usado como critério de aceitabilidade, a despeito de o pregoeiro até ter dado oportunidade às licitantes (cujas propostas ficaram acima do preço de referência) para que, respeitada a ordem classificatória, reduzissem os seus lances até um patamar inferior ao valor referencial, o qual, todavia, não estava clara e previamente declarado no certame”. **Assim, acolheu o colegiado a proposta da relatoria, para julgar procedente a Representação, fixando prazo para a adoção de providências necessárias à anulação dos atos atinentes e consequentes ao item da licitação impugnado, e determinar ao Comando Logístico do Exército (Colog) que “se abstenha de incorrer nas falhas apontadas nestes autos, esclarecendo que há necessidade de divulgação do preço de referência no edital do pregão, quando o aludido preço for adotado como critério de aceitabilidade de preços, em consonância com a jurisprudência do TCU** (e.g.: Acórdão 392/2011-TCU-Plenário)”. Acórdão 10051/2015-Segunda Câmara, TC 008.959/2015-3, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 10.11.2015.

84. No termo de referência que o Gestor for examinar para fins de aprovação, recomendamos considerar o precedente do e. TCU, transcrito parcialmente abaixo, e a Súmula nº 177 da Corte de Contas, para evitar a restrição ao caráter competitivo do certame:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, em: (...) 9.4.2. nos termos do art. 2º da Resolução Senac n. 845/2006, abstenha-se de incluir os instrumentos convocatórios excessivo detalhamento do objeto, de modo a evitar o direcionamento da licitação ou a restrição de seu caráter competitivo, justificando e fundamentando quaisquer especificações ou condições que restrinjam o universo de possíveis fornecedores dos bens ou prestadores do serviço objeto do certame; (...)”. Acórdão nº 1.508/2007 – 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa.

Súmula nº 177

“A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.”

85. **O Gestor não deverá permitir a indicação de marcas de produtos no edital, termo de referência ou contrato. Isso restringe o caráter competitivo do certame. Havendo necessidade fundamentada de indicação de marca, não deverá ser utilizado este parecer referencial, por constituir situação atípica, devendo os autos serem remetidos a esta Procuradoria para cumprimento da Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único.** Nesse sentido, já decidiu o

Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 0017-01-P, conforme excerto reproduzido a seguir e, na sequência, outro fragmento de outro acórdão:

"(...)

Em processos licitatórios, deve ser evitada a indicação de marcas de produtos para caracterização do objeto, a não ser quando legalmente possível e estritamente necessária para atendimento das exigências de uniformização e padronização, sempre mediante justificativa prévia.

(...)

RELATÓRIO.

(...)

A argumentação do gestor é baseada numa necessidade de padronização com plataforma de software já em uso no TST, mas essa opção não foi justificada tecnicamente no processo licitatório. Cabe destacar que, no Acórdão 484/2005 - TCU - Plenário, o TCU entendeu que a padronização de produtos é aceitável desde que se observe o disposto no art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666, de 1993, in verbis: "9.4.2 na hipótese de, em certames licitatórios, optar pela padronização de produtos, atente para o disposto no art. 7º, § 5º, da mesma Lei, fazendo constar do respectivo processo justificativa respaldada em comprovação inequívoca de ordem técnica, com estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e o interesse da administração, considerando as condições de manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas".

(...)

ACÓRDÃO

*9.3. [...] determinar ao Tribunal Superior do Trabalho que, nas futuras contratações, inclusive de bens ou serviços de Tecnologia da Informação:[...] 9.3.2. evite a indicação de marcas de produtos para caracterização do objeto, quando da realização de seus certames licitatórios, a não ser quando legalmente possível e estritamente necessária para atendimento das exigências de uniformização e padronização, sempre mediante justificativa prévia, em processo administrativo regular, no qual fiquem comprovados os mencionados requisitos;"***AC-0017-01/10-P Sessão: 20/01/10 Grupo: II Classe: V Relator: Ministro ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO - Fiscalização - Auditoria Operacional**

86. Sem embargo, o e. TCU vem admitindo a exigibilidade de amostra do licitante classificado em primeiro lugar, desde que esteja devidamente fundamentado no procedimento licitatório, e seja assegurado o devido processo legal:

"1. A exigência de apresentação de amostras é compatível com as licitações realizadas mediante pregão, inclusive na forma eletrônica, e deve ser requerida na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. Pedido de Reexame contestou deliberação proferida pelo TCU em sede representação, pela qual foram expedidas determinações e assinado prazo para que o Departamento da Merenda da Secretaria Municipal da Educação de São Paulo (DME/SME/PMSP) anulasse pregão presencial para registro de preços, cujo objeto era a aquisição de sucos de laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado. A licitação fora viabilizada com recursos do Programa Municipal de Alimentação Escolar e do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). A peça recursal produzida pelo DME/SME/PMSP insurgira-se contra três das determinações proferidas, alegando – no que respeita à não adoção de pregão eletrônico e à exigência de amostras de todas as licitantes – que: “(i) é lícito que a apresentação de amostras ocorra antes da fase de lances e seja exigida de todos os licitantes com vistas a afastar empresas aventureiras e a garantir a seriedade do certame; (ii) a adoção da modalidade pregão eletrônico é inviável na hipótese vertente, uma vez que dificultaria o recebimento e a análise das amostras”. Em preliminar, assentou o relator que os aportes federais de recursos por meio do PNAE consistem em transferências voluntárias, razão pela qual não se convertem em receita própria do ente beneficiário. Assim, dada sua natureza federal, a aplicação dos recursos deve seguir as regras gerais estabelecidas pela União e a jurisprudência do TCU. No mérito, destacou o relator que “encontra-se consolidado nesta Corte o entendimento de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório”. Em seu sentir, a extensão da exigência a todos os licitantes carece de razoabilidade porque “impõe ônus a totalidade dos participantes que, a depender do objeto,

*pode ser excessivo, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais participantes". Nesse passo, entendeu o relator que a exigência de amostras, quando requerida apenas do licitante classificado em primeiro lugar, é perfeitamente compatível com as peculiaridades da modalidade pregão, já que "garante a prestação, a perfeição e a eficiência do procedimento sem comprometer a sua celeridade". Ademais, no que respeita à alegação de que o pregão eletrônico seria inviável na hipótese sob exame, consignou que "além de ampliar a competição, o pregão eletrônico não é incompatível com a exigência de amostras, caso o gestor considere-a indispensável, devendo, contudo, caso se trate de aplicação de recursos federais, exigi-la apenas do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar." Nesses termos, o Tribunal, ao acolher a tese da relatoria, negou provimento ao recurso, mantendo inalteradas as determinações questionadas." **Acórdão 2368/2013-Plenário, TC 035.358/2012-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 4.9.2013***

II. 12. Pesquisa de mercado

87. A pesquisa ampla e idônea com base no valor de mercado é essencial para propiciar a adequada estimativa de custos da contratação de forma transparente e proba, e ao mesmo tempo, possibilitar a aferição do valor referencial do item (itens) que servirá(ão) como parâmetro na análise da exequibilidade ou aceitabilidade das propostas ou lances das empresas licitantes na ocasião do certame, podendo nortear o valor máximo aceitável.

88. Ressaltamos, ainda, que a correta estimativa do valor contratual é essencial para a verificação da necessidade ou não de se proceder à licitação de participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do **Decreto nº 8.538, de 06 de outubro de 2015**.

89. Desta forma, o órgão deverá proceder à consulta dos preços praticados no mercado, sendo recomendável a obtenção de, ao menos, três orçamentos (Acórdãos nº 980/2005, nº 3.219/2010, ambos do Plenário, e nº 7.821/2010-1ª Câmara do TCU), devendo a pesquisa ser juntada nos autos do processo de licitação Nesse sentido, dispõem os Acórdãos nº 663/2009 e nº 3.219/2010 do Plenário do TCU). **É importante que se atente para que tal consulta se dê nos moldes do termo de referência, considerando exatamente as especificações do objeto, a fim de preservar a fidelidade dos preços pesquisados em relação à aquisição almejada.**

90. Insta destacar que as diligências concernentes à pesquisa de preços não se resumem à simples anexação de orçamentos das empresas nos autos, cabendo ao responsável a análise detida de cada proposta, não apenas sob seu aspecto formal (identificação da empresa, idoneidade, compatibilidade da sua finalidade social com o objeto da licitação...), como do seu teor. É de bom alvitre alertar ao órgão para a importância da congruência entre os preços das propostas, considerando que eventuais valores desarrazoados ou evidentemente inexequíveis podem distorcer os resultados das pesquisas efetuadas, de maneira que cumprirá ao órgão o discernimento sobre os orçamentos efetivamente aptos a comporem a planilha de preços, podendo até serem excluídos aqueles demasiadamente discrepantes dos demais, quer por valores superiores ou inferiores.

91. Outrossim, caso seja possível, é recomendável que sejam consultados os preços constantes do Subsistema de Preços Praticados – SISPP, registra os preços praticados nas contratações governamentais, com vistas a subsidiar o gestor público na estimativa de valores de contratações futuras, que poderão ser utilizados como parâmetros de valores estimados para a realização de licitações.

92. Feitas as recomendações acima quanto à pesquisa de mercado, registramos que a Instrução Normativa 05/14 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, foi alterada em 2017, e deverá ser observada, para tanto a transcrevemos na íntegra:

A SECRETÁRIA DE LOGÍSTICA E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, no uso das atribuições que lhe confere o art. 34, I, "b", do Anexo I ao Decreto nº 8.189, de 21 de janeiro de 2014, e tendo em vista o disposto no art. 3º do Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994, e nos arts. 40, X, e 43, IV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, resolve:

Art. 1º Esta Instrução Normativa dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral.

Parágrafo único. Subordinam-se ao disposto nesta Instrução Normativa os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG).

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)

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)

§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. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§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 inexequíveis 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)

§6º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores." (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

Art. 3º Quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, estes deverão receber solicitação formal para apresentação de cotação.

Parágrafo único. Deverá ser conferido aos fornecedores prazo de resposta compatível com a complexidade do objeto a ser licitado, o qual não será inferior a cinco dias úteis.

Art. 4º Não serão admitidas estimativas de preços obtidas em sítios de leilão ou de intermediação de vendas.

Art. 5º O disposto nesta Instrução Normativa não se aplica a obras e serviços de engenharia, de que trata o Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013.

Art. 6º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Parágrafo único. Esta Instrução Normativa não se aplica aos processos administrativos já iniciados. (Alterado pela Instrução Normativa nº 7, de 29 de agosto de 2014)

93. **Houve, portanto, substancial alteração do parâmetro normativo quanto à pesquisa de preço. A utilização do Painel de Preços é obrigatória e prioritária.** Por fim, é aconselhável que a Unidade licitante verifique se não existe Ata de Registro de Preços cadastrada nos sistemas eletrônicos, e ainda em vigor, em condições de atender às suas necessidades, para fins de composição da pesquisa de preços, ainda com intuito de refletir os preços praticados atualmente no âmbito da Administração.

94. Segundo o Acórdão nº 2.147/2014-Plenário do Tribunal de Contas da União, **a comissão permanente de licitação, o pregoeiro e a autoridade superior devem verificar se houve recente pesquisa de preços junto aos fornecedores do bem e se foram adotados critérios aceitáveis, ou seja, se atende aos preços praticados no mercado:**

"2. É da competência da comissão permanente de licitação, do pregoeiro e da autoridade superior verificar se houve recente pesquisa de preço junto a fornecedores do bem a ser licitado e se essa pesquisa observou critérios aceitáveis."

"Em autos de Acompanhamento, a unidade técnica constatou, dentre outras ocorrências, que não fora realizada pesquisa de preços para respaldar a planilha orçamentária usada como referencial em concorrência lançada pelo Serviço Social da Indústria - Departamento Regional do Paraná (Sesi/PR) para a execução das obras de ampliação do Centro Integrado dos Empresários e Trabalhadores do Estado do Paraná. Ouvidos em audiência, os responsáveis alegaram que a estimativa dos custos unitários da planilha orçamentária fora realizada com base em dados de revista especializada e em tabelas dispostas em resolução da Secretaria de Obras Públicas do Governo do Estado do Paraná (Seop). Ao analisar o caso, o relator deixou claro que foram disponibilizados ao Tribunal apenas os dados da Seop. Afirmou que a pesquisa de preços "é essencial para balizar o julgamento das propostas, por meio da consideração dos preços vigentes no mercado, e possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa para o Sesi/PR". Afirmou, ainda, "que não foi acostado aos autos do processo licitatório pesquisa realizada por meio de consulta a sistemas oficiais ou da obtenção de cotações de empresas/fornecedores distintos", motivo pelo qual, em afronta ao art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi, não houve a comprovação de que a proposta vencedora do certame era a melhor para a entidade. O relator acrescentou que a jurisprudência do TCU indica que "a CPL, o pregoeiro e a autoridade superior devem verificar: primeiro, se houve pesquisa recente de preço junto a fornecedores do bem e se essa observou critérios aceitáveis". Nesse aspecto, considerando que itens representativos dos custos da planilha orçamentária apresentavam valores superiores aos da Seop e que diversos itens dessa planilha não se encontravam listados no cadastro da secretaria estadual, o condutor do processo concluiu "que as alegações dos responsáveis não comprovaram que de fato houve pesquisa de preço e que essa pesquisa observou critérios aceitáveis". Assim, em função dessa e de outras irregularidades, o Colegiado rejeitou as razões de justificativas apresentadas e aplicou a gestores da entidade a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92." Acórdão 2147/2014-Plenário, TC 005.657/2011-3, relator Ministro Benjamin Zymler, 20.8.2014." (Destacamos)

II. 13. Previsão de recursos orçamentários

95. **Deve o órgão apresentar nos autos, de regra, a declaração de disponibilidade orçamentária e financeira, nos termos do art. 21, inc. IV do Decreto nº 3.555/00 e art. 30, inc. IV do Decreto nº 5.450, de 2005 (pregão eletrônico), c/c art. 14 e o caput do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, bem como a do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000, tencionados a atender o valor da despesa estimada.**

96. Nas licitações em que adotado o Sistema de Registro de Preços, a declaração de disponibilidade poderá, entretanto, ser postergada para o momento anterior à assinatura do contrato, conforme prevê a orientação normativa AGU 20, de 1º de Abril de 2009, complementada pela redação do art. 7º, §2º do Decreto 7.892/2013, *(Na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato)*, devendo o responsável zelar pelo seu atendimento.

II. 14. Designação do pregoeiro e equipe de apoio

97. O art. 30, inc. VI do Decreto nº 5.450, de 2005 exige a comprovação da legitimidade do pregoeiro e dos membros da equipe de apoio, de modo que caberá à unidade assessorada providenciar a Portaria que designa o pregoeiro e sua equipe de apoio, bem como a comprovação da capacitação deste Pregoeiro, permitindo aferir a habilidade deste para conduzir uma sessão pública.

II. 15. Declaração de compatibilidade de preços e de bem comum

98. **Sendo obrigatória a declaração de que o objeto é comum para fins de adoção do pregão eletrônico, cabe ao ordenador da despesa elaborar referido documento, juntando-o aos autos:**

99. **Na mesma ocasião, à vista da pesquisa de preços apresentada, caberá à unidade assessorada certificar a compatibilidade dos preços com os de mercado,** inclusive se adotada a referência da Administração Pública.

100. Nessa linha, vejamos comando do e. TCU:

Súmula nº 177 do TCU: “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão”

II. 16. Margens de preferência em decorrência da natureza do objeto

101. Além do direito de preferência decorrente do valor estimado da contratação, o edital do certame também deverá observar a margem de preferência vinculada à **natureza do objeto** a ser adquirido.

102. Até 31/12/2016, vários Decretos regulamentavam a margem de preferência às empresas licitantes que forneçam determinados tipos de produtos. Veja-se, por exemplo:

- Decreto n. 8.225/2014 - Altera o Decreto n. 7.713, de 3 de abril de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de **fármacos e medicamentos**, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 8.224/2014 - Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de **máquinas e equipamentos**, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 8.223/2014 - Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de **brinquedos**, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 8.194/2014 - Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de **equipamentos de tecnologia da informação e comunicação**, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 8.186/2014 - Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de **licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos**, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 8.185/2014 - Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de **aeronaves executivas**, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 8.184/2014 - Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de **equipamentos de tecnologia da informação e comunicação**, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 8.002/2013 - Altera o Decreto n. 7.709, de 3 de abril de 2012, e o Decreto n. 7.840, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de **pás carregadoras, tratores de lagarta e produtos afins**, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 7.903/2013 - Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de **equipamentos de tecnologia da informação e comunicação** que menciona;

- Decreto n. 7.841/2012 - Altera o Anexo I ao Decreto n. 7.709, de 3 de abril de 2012, que dispõe sobre a margem de preferência para aquisição de **retroescavadeiras e motoniveladores**, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 7.840/2012 - Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de **perfuratrizes e patrulhas mecanizadas**, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

- Decreto n. 7.816/2012 - Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de **caminhões, furgões e implementos rodoviários**, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 7.812/2012 - Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de **veículos para vias férreas**, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 7.713/2012 - Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de **fármacos e medicamentos** descritos no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 7.709/2012 - Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de **retroescavadeiras e motoniveladoras** descritas no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 7.756/2012 - Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de **produtos de confecções, calçados e artefatos**, para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 7.767/2012 - Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de **produtos médicos** para fins do disposto no art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

- Decreto n. 7.174/2010 - Regulamenta a contratação de **bens e serviços de informática e automação** pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações públicas instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União.

103. Portanto, a depender do produto a ser adquirido, havia que se verificar a existência ou não de Decreto ou outro ato normativo válido que trate da aplicação de margem de preferência na realização das licitações, estabelecendo-se, se for o caso, os procedimentos impostos por cada norma específica.

104. Importa adicionar, por fim, que o Decreto 8.626, de 30 de dezembro de 2015 estabeleceu, com exceção do Decreto 7.174/2010, prazo de vigência, de regra, até 31 de dezembro de 2016. Assim, até que advenha norma ampliativa da vigência, com efeitos de repristinação, dos decretos acima arrolados, **as margens de preferência por eles criadas não mais subsistem**. Mantivemos a referência, pois há a possibilidade de retorno dessas normas de preferência.

105. Conquanto, **deve ser observado o Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011 regulamentou a aplicação de margem de preferência prevista nos §§ 5º a 12 da Lei nº 8.666/93**. Segundo dispõe o art. 3º do regulamento, a margem de preferência para produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras e regulamentos técnicos pertinentes é limitada a 25% (vinte e cinco por cento) acima dos produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros. Os regulamentos específicos editados pelo Poder Executivo federal já trazem a margem específica de preferência para cada tipo de produto e serviço nacional. Também registre-se que os

produtos manufaturados nacionais e os serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país poderão ter margem de preferência adicional, definida em decreto específico, que acumulada à margem de preferência normal, não poderá ultrapassar o limite de 25% (vinte e cinco por cento).

II. 17. Verificações Preliminares

106. Atenta à necessidade de uniformização dos procedimentos licitatórios e de sua adequação à legalidade, a Advocacia-Geral da União Grupos de Trabalho incumbidos de proporem orientações em matéria de licitações e contratos administrativos, daí decorrendo modelos de editais e também "*check-list*", que vem sendo periodicamente atualizados.

107. Assim, para a adequada aferição dos aspectos relacionados às fases interna e externa da licitação, indica-se a adoção do *check-list* cabível (disponibilizado no sítio da Advocacia-Geral da União: www.agu.gov.br - *aba modelos licitações e contratos*"), cujo uso permitirá ser constada a presença dos documentos e informações necessários.

II. 18. Minuta de edital e anexos

108. No tocante às minutas de editais e anexos, **impõe-se que atendam às minutas-padrão** disponibilizadas no sítio da Advocacia-Geral da União - AGU. Deverão ser observados os preceitos legais aplicáveis à espécie e vigentes à época do certame, em especial a Lei n. 8.666/93, a Lei n. 10.520/2002, os Decretos n. 8.250/2014, 7.892/2013, 5.450/2005, 3.931/2001 e 3.555/2000 e a Lei Complementar n. 123/2006.

109. Conforme art. 40, caput, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 40. O edital conterá 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:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

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;

XII - (Vetado).

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

- b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
 - c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplimento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;
 - d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
 - e) exigência de seguros, quando for o caso;
- XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;
- XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;
- XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

110. No tocante às formalidades do edital, e ao elenco de anexos, versa a lei:

Art. 40 [...]

§ 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

- I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;*
- II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;*
- III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;*
- IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.*

111. Todo e qualquer edital deverá, ademais, definir o critério de julgamento das propostas (devendo ser adotado, em regra, o critério de **menor preço**, muito embora também possam ser excepcionalmente adotados os critérios de **maior desconto**, melhor técnica, melhor técnica e preço, **conforme o caso**), a realização do pregão para julgamento por item ou por lote, as condições de habilitação das licitantes, a existência ou não de preferência em razão do porte das empresas participantes do certame ou em razão da natureza dos produtos a serem adquiridos.

112. No tocante à realização do certame para julgamento por lote, especificamente, há de se considerar a orientação da Lei n. 8.666/1993, no sentido que **as compras, sempre que possível, sejam subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade (art. 15, inc. IV)**. Nesse sentido, é certo que a aquisição por lotes embute risco de frustração à competitividade, razão pela qual **não deve ser adotada, salvo se houver justificativas técnicas consistentes e razoáveis, demonstrando que o agrupamento em lote seria a melhor via sob os aspectos técnico e econômico.**

113. Demais disto, o Tribunal de Contas da União, Acórdão 757/2015-Plenário, TC 021.893/2014-4, relator Ministro Bruno Dantas, 8.4.2015, consubstanciou o entendimento de que "[...] *é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas. A adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de ser incompatível com a aquisição futura por itens*".

3. Em licitações para registro de preços, é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas. A adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de ser incompatível com a aquisição futura por itens. Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Farroupilha (IFFarroupilha), destinado ao registro de preços de mobiliário para escritório, mediante adjudicação por lotes de itens. Em síntese, fora questionada a rejeição sumária da intenção de recurso de uma das licitantes e a ausência de justificativa detalhada para o quantitativo de itens licitados. Analisando o último aspecto, após a suspensão cautelar do certame e a realização das oitivas regimentais, o relator assentiu às conclusões da unidade instrutiva no sentido de considerar regular os quantitativos previstos no edital, tendo em vista sua similaridade com os itens requeridos pelas unidades do instituto. Sobre o assunto, ressaltou que "em processos de controle externo envolvendo pregões para registro de preços devem ser sempre

avaliados os aspectos relativos ao planejamento, como o procedimento de IRP [intenção de registro de preços], aplicável a partir da vigência do Decreto 7.892/2013, e à estimativa das quantidades a serem adquiridas, devidamente justificada e baseada em estudos técnicos preliminares e elementos objetivos - Acórdãos 1.100/2008, 392/2011e 3.137/2014, do Plenário, 612/2004 e 559/2009, da 1ª Câmara, e 1.720 e 4.411/2010, da 2ª Câmara -, haja vista a possibilidade de alimentação indevida, por vezes até mesmo despropositada, do pernicioso 'mercado de atas'". Além disso, prosseguiu, deve o controle externo aferir sistematicamente a aplicação de outros dispositivos legais e regulamentadores do sistema de registro de preços, como, por exemplo, a adoção em regra da adjudicação por item (adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada), e explicitação das hipóteses autorizadoras para a adoção do sistema de registro de preços (inclusive quanto ao atendimento a vários órgãos). Nesse passo, acolhendo a proposta do relator, o Plenário julgou parcialmente procedente a Representação, revogando a cautelar concedida – haja vista que o jurisdicionado desconstituiu o ato irregular (rejeição sumária da intenção de recurso) e reabriu prazo para registro dos recursos – e expediu determinação à Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU para que oriente suas unidades sobre a necessidade de avaliar, em processos envolvendo pregões para registro de preços, dentre outros aspectos, a “obrigatoriedade da adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas, sendo a adjudicação por preço global medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de incompatível com a aquisição futura por itens”. Acórdão 757/2015-Plenário, TC 021.893/2014-4, relator Ministro Bruno Dantas, 8.4.2015.

114. Calha acrescer, ainda, o precedente do e. Tribunal de Contas da União que segue:

Representação formulada por licitante a respeito de possíveis irregularidades cometidas pelo Comando da 8ª Região Militar na condução de pregão eletrônico destinado a registro de preços para contratação de solução de infraestrutura de servidores de rede, contemplando o fornecimento de gabinetes (chassis), de servidores de rede em lâminas (blade) e de softwares de virtualização. Foram apresentadas pela representante cinco alegações de irregularidades que, após análise de oitivas pela unidade técnica, mostraram-se inexistentes ou sem suporte documental para fundamentá-las. No entanto, do exame da ata do pregão questionado, a unidade instrutiva constatou que a licitante vencedora, embora tenha oferecido o melhor preço global, ofertou preço unitário mais vantajoso em somente 11 (34,35%) dos 32 itens da licitação: nove dos dezessete itens do Lote 1 (revogado pelo órgão licitante antes mesmo do atendimento das oitivas) e dois dos quinze itens que compunham o Lote 2. Tal fato, consignou a unidade técnica, contraria a jurisprudência do TCU, a qual considera que a adjudicação por lote é, em regra, incompatível com a aquisição futura por itens, tendo em vista que alguns itens podem ser ofertados pelo vencedor do lote a preços superiores aos propostos por outros competidores (Acórdão 2695/2013-Plenário) e que nas licitações por lote para registro de preços, mediante adjudicação por menor preço global do lote, deve-se vedar a possibilidade de aquisição individual de itens registrados para os quais a licitante vencedora não apresentou o menor preço (Acórdão 343/2014-Plenário).

*Por se tratar de registro de preços, a unidade técnica propôs restringir adesões à ata de registro de preços do Comando da 8ª Região Militar, uma vez que a permissão integral pode levar a que outros órgãos da administração equivocadamente adquiram produtos para os quais a detentora da ata não ofertou preço mais vantajoso na fase de lances. No mérito, o Relator anuiu às conclusões da unidade instrutiva e colacionou julgado no sentido de se adotar preferencialmente o critério de adjudicação por item, admitindo-se o julgamento de menor preço por lote aos casos de comprovada inviabilidade do primeiro e evidenciada vantagem econômica, haja vista que na licitação por menor preço global do lote, a vantajosidade para a Administração somente se concretiza na medida em que for adquirido do licitante o lote integral dos itens, pois o preço é resultante da multiplicação de preços dos bens licitados pelas quantidades estimadas, configurando dano ao erário a compra de itens cujos preços registrados não sejam os menores ofertados na disputa (Acórdão 4.205/2014 - 1ª Câmara). **Destacou, também, precedente do TCU com determinação ao Comando da 9ª Região Militar para que se abstenha, em licitação para registro de preços, de adotar como critério de adjudicação o de menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, sem demonstração da vantagem econômica dessa modelagem de certame (Acórdão 2.977/2012 – Plenário). O Tribunal, seguindo o voto do relator, decidiu determinar ao Comando da 8ª Região Militar que não adquira, individualmente, os itens do Lote 2 não adjudicados pelo melhor lance e se abstenha de autorizar adesão a quaisquer dos referidos itens, dando ciência ao referido Comando de que***

o critério de julgamento de menor preço por lote, como o verificado no Pregão Eletrônico 28/2014, somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item e evidenciadas fortes razões que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas. Acórdão 1680/2015-Plenário, TC 030.513/2014-6, relator Ministro Marcos Bemquerer Costa, 8.7.2015.

115. Nessa linha, a Súmula nº 247 do e. TCU:

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

116. **As exigências (ou ausência delas) de qualificação econômico-financeira dos licitantes também devem ser justificadas no planejamento.**

117. Em caso de necessidade justificada de comprovação de qualificação econômico-financeira especial para participar do certame, deverá ser observada a Súmula nº 275 do Tribunal de Contas da União:

“Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.”

118. No que pertine às sanções administrativas aplicáveis, a Advocacia-Geral da União, por intermédio da Câmara Permanente de Licitações e Contratos, **editou** o Parecer 08/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, autos 00407.001847/2013-61, **firmando entendimento** de que os efeitos da sanção de suspensão de licitar, fundadas no art. 87, III da Lei 8.666/93 alcançam tão somente o órgão ou entidade promotora do certame, enquanto o impedimento de licitar e contratar, nos termos do art. 7º, da Lei 10.520/2002, alcançam toda a Administração Pública Federal, exceto quando a pena não houver sido aplicada por ente Federal.

119. Veja-se a ementa, no que interessa:

EXTENSÃO DOS EFEITOS DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA (ART. 87, III DA LEI 8.666/93) E IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO (ART. 7º DA LEI 10.520/2002).

I. Orientação do TCU. Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar. Efeitos da penalidade não alcançam toda a Administração Pública Federal; incidem, apenas, sobre as relações jurídicas entre o apenado e o ente que aplicou a penalidade.

II. Inteligência do conceito de Administração no art. 87, III, da Lei 8.666/93. Semanticamente, no âmbito das autarquias e fundações públicas federais, refere-se ao ente (pessoa jurídica). Aplicação da “teoria do órgão” para solucionar a indeterminação do art. 6º, XII, da Lei nº. 8.666/93. Irrelevância da discussão sobre competência da autoridade para fins de delimitação dos efeitos jurídicos da sanção de suspensão temporária ou impedimento.

III. Impedimento do art. 7º da Lei 10.520/02. A vedação à participação de empresas em licitações e contratações em toda a Administração Pública Federal somente se dá se a penalidade houver sido aplicada por ente federal.

[...]

120. Importa referir, por oportuno, que a Advocacia-Geral da União, com o fim de solver as divergências do alcance dos efeitos das sanções aplicadas no âmbito das licitações, publicou, com efeito vinculante, a Orientação Normativa 49, de 25/04/2014, destacando:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 49, DE 25 DE ABRIL DE 2014

"A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR NO ÂMBITO DA UNIÃO (ART. 7º DA LEI Nº 10.520, DE 2002) E DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE (ART. 87, INC. IV, DA LEI Nº 8.666, DE 1993) POSSUEM EFEITO EX NUNC, COMPETINDO À ADMINISTRAÇÃO, DIANTE DE CONTRATOS EXISTENTES, AVALIAR A IMEDIATA RESCISÃO NO CASO CONCRETO."

REFERÊNCIA: Art. 55, inc. XIII, art. 78, inc. I, arts. 87 e 88, Lei nº 8.666, de 1993; art. 7º, Lei nº 10.520, de 2002; Lei nº 9.784, de 1999; REsp 1148351/MG, STJ-MS 13.101/DF; e MS-STJ nº 4.002-DF.

Editada pela Portaria AGU nº 124, de 25 de abril de 2014, publicada no DOU I 2/5/2014, p.2-3

121. Vale repetir: A Procuradoria Federal junto ao Instituto Federal Catarinense adota minuta-padrão de editais para aquisições comuns, em pregão com ou sem SRP. Assim, recomenda-se que a origem adote a minuta-padrão, na medida em que o parecer jurídico está em consonância com as previsões lá constantes, ademais, **sem adoção das minutas padronizadas da AGU e dos respectivos check-list, restará inviabilizada a utilização deste parecer referencial, pois é obrigatória a aprovação jurídica prévia das minutas de editais e contratos.**

122. **Ressalva-se, porém, que toda e qualquer alteração de relevância jurídica que se faça no modelo de minuta de edital ou nos demais modelos deve ser aprovada por esta Procuradoria, em complementação ao presente parecer, sob pena deste perder efeito, não se prestando, a partir daí, para cumprimento do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.**

II. 19. Minuta de contrato

123. No que se refere à minuta de contrato, antes de citar o art. 55, da Lei nº 8.666/93, que trata do seu conteúdo mínimo, é de se ressaltar a importância do cumprimento do art. 62, do mesmo diploma legal combinado com art. 15, do Decreto nº 7.892/2013.

124. Assim dispõe o art. 62, caput e § 4º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

[...]

§ 4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor; nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

125. Em síntese, e com base no art. 62, caput e § 4º, da Lei nº 8.666/93, **tem-se que a confecção prévia da minuta de contrato para posterior assinatura é obrigatória, em regra, quando o valor de item/grupo da licitação, ainda que conduzida sob a modalidade pregão, superar o limite legal de adoção da modalidade convite, a saber, R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) de estimativa de custo**, conforme leitura do caput do art. 62, ou, em qualquer caso, quando houver obrigação futura, conforme interpretação *contrario sensu* do art. 62, § 4º, *in fine*.

126. A exceção – em que o contrato pode ser substituído por instrumento equivalente – abriga as aquisições de qualquer valor em que se preveja a pronta-entrega.

127. De se entender, ademais, que a entrega programada/parcelada de quantitativo requisitado – como, por exemplo, 20 (vinte) mil pães requisitados que devem ser entregues duas vezes por dia, 200 pães em cada entrega – **constitui obrigação futura e exige a formalização de contrato, independentemente do objeto.**

128. Vencida a questão atinente à obrigatoriedade do contrato, passa-se aos seus requisitos legais.

129. A minuta de contrato deve atender aos requisitos dos arts. 54 e, mormente, 55, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

130. **As minutas de contrato padrão da AGU, disponíveis no link já referido acima, atendem a todos esses requisitos, pois sua atualização é promovida institucionalmente pela AGU por meio de equipe especializada.**

131. É de se recomendar, apenas, a observância da redação adequada da cláusula de **reajuste (contratual)**, que faz menção aos dispositivos do Decreto nº 7.892/2013 relativos à **revisão**, visto que tais dispositivos aplicam-se aos preços registrados na ata, em regra, fixos e irrealizáveis, e não aos preços contratados, passíveis de reajuste.

132. Ademais, a administração deve ter cuidado para **não confundir a garantia do produto com a garantia de execução do contrato, que também é cabível no caso de compras, conforme art. 56, da Lei nº 8.666/93.**

II. 20. Política de Governança - Decreto nº 9.203/2017 - Instrução Normativa Conjunta MP/CGU Nº 1 de 10/05/2016, publicada no DOU em 11/05/2016

133. Este parecer diz com licitação pública, ou seja, realização de despesa pública. Assim, é pertinente ao tema mencionar o advento do Decreto nº 9.203/2017, segundo o qual:

Art. 13. Compete aos órgãos e às entidades integrantes da administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - executar a política de governança pública, de maneira a incorporar os princípios e as diretrizes definidos neste Decreto e as recomendações oriundas de manuais, guias e resoluções do CIG; e

II - encaminhar ao CIG propostas relacionadas às competências previstas no art. 9o, com a justificativa da proposição e da minuta da resolução pertinente, se for o caso.

134. Anterior a esse decreto, mas abordando a mesma temática temos a Instrução Normativa Conjunta MP/CGU Nº 1 de 10/05/2016, publicada no DOU em 11/05/2016, de cujo texto copiamos:

Art. 8º Os controles internos da gestão do órgão ou entidade devem ser desenhados e implementados em consonância com os seguintes princípios:

I – aderência à integridade e a valores éticos;

II – competência da alta administração em exercer a supervisão do desenvolvimento e do desempenho dos controles internos da gestão;

III – coerência e harmonização da estrutura de competências e reponsabilidades dos diversos níveis de gestão do órgão ou entidade;

IV – compromisso da alta administração em atrair, desenvolver e reter pessoas com competências técnicas, em alinhamento com os objetivos da organização;

V – clara definição dos responsáveis pelos diversos controles internos da gestão no âmbito da organização;

VI – clara definição de objetivos que possibilitem o eficaz gerenciamento de riscos;

VII – mapeamento das vulnerabilidades que impactam os objetivos, de forma que sejam adequadamente identificados os riscos a serem geridos;

VIII – identificação e avaliação das mudanças internas e externas ao órgão ou entidade que possam afetar significativamente os controles internos da gestão;

IX – desenvolvimento e implementação de atividades de controle que contribuam para a obtenção de níveis aceitáveis de riscos;

X – adequado suporte de tecnologia da informação para apoiar a implementação dos controles internos da gestão;

135. No mesma diapasão dessas duas normas, das quais colacionamos partes, recomendamos que, em sede de pregão eletrônico para compras de bens comuns, com ou sem registro de preços, a adoção da sistemática da IN MPDG nº 05/2017 quanto à gestão de riscos (embora ela não seja cogente em temática de compras), pois realiza a mitigação de riscos nas aquisições de bens comuns pelo IFC. No caso, seria adotado como parâmetro dessa instrução normativa a produção dos documentos específicos "Estudos Preliminares" e "Mapa de Risco".

III. CONCLUSÃO

136. Isso posto, deve a abertura do processo licitatório, em cada caso, subordinar-se ao **atendimento das normas e princípios constitucionais da Administração Pública e das orientações constantes deste parecer**, de par com todas as cautelas de praxe.

137. Por se tratar de parecer referencial, os processos que guardarem relação inequívoca e direta com a abordagem aqui realizada poderão, doravante, dispensar análise individualizada, **desde que o setor competente certifique, de forma expressa, que a situação concreta se amolda aos termos desta manifestação, DEVENDO ESTA CERTIDÃO SER JUNTADA NOS AUTOS E FIRMADA TANTO PELOS SERVIDORES DO SETOR DE LICITAÇÕES E CONTRATO RESPONSÁVEL, COMO TAMBÉM PELO GESTOR RESPONSÁVEL**. Também, é requisito, para utilização deste parecer referencial, dispensando-se a remessa dos autos a esta Procuradoria, **a utilização das minutas de editais e contratos disponibilizados pela AGU** em seu sítio eletrônico, www.agu.gov.br, as quais estão previamente aprovadas, atendendo ao comando legal inserto na Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único.

138. A persistência de dúvida de cunho jurídico deverá resultar na remessa do processo a esta Procuradoria Federal para exame individualizado, mediante formulação dos questionamentos jurídicos específicos, nos moldes da Ordem de Serviço Conjunta nº 01/GR/PF-IFC, de 28 de fevereiro de 2014.

139. Registramos, por ser recente, o advento da **Portaria nº 17, de 7 de Fevereiro de 2018, do MPDG, que dispõe sobre medidas de racionalização do gasto público nas contratações para aquisição de bens e prestação de serviços. Ela deverá ser observada (DOU de 08/02/2018).**

140. Este é o parecer, registrado eletronicamente no SAPIENS da AGU, exarado nos termos da Lei Complementar nº 73/93, artigo 11 c/c 18, Lei nº 10.480/02, artigo 10, § 1º, e Lei nº 13.327, artigos 37 e 38.

Blumenau, 2º de abril de 2018.

André Oliveira
Procurador-chefe da Procuradoria Federal junto ao IFC

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00818000001201615 e da chave de acesso 8996a1f1