



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

AV. DES. VITOR LIMA, 222, S. 502, ED. SANTA CLARA (REITORIA II), TRINDADE, FLORIANÓPOLIS/SC · 88040-400 · (48)37219371 · PFSC.UFSC@AGU.GOV.BR ·

HTTP://AGU.GOV.BR/UNIDADE/PFUFSC

PARECER n. 00376/2019/NLICIT/PFUFSC/PGF/AGU

NUP: 23080.043371/2015-23

INTERESSADOS: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

ASSUNTOS: CONSULTA E ORIENTAÇÃO DE ATUAÇÃO - OUTROS ASSUNTOS

I. Universidade Federal de Santa Catarina.

II. Manifestação jurídica referencial (ON n. 55/2014/AGU), cujo objeto é a análise do instrumento convocatório de licitação para aquisição de bens comuns, duráveis ou não-duráveis, exceto bens de tecnologia da informação, veiculado sob a modalidade licitatória pregão, em sua forma eletrônica, para aquisição imediata (tradicional) ou pelo sistema de registro de preços (SRP).

III. Substituição dos Pareceres referenciais n. 00031/2017/PF-UFSC/PGF/AGU e n. 00609/2015/JUR/PFUFSC/PGF/AGU.

IV. Aprovação das minutas, com recomendação.

Senhor Pró-Reitor de Administração,

I. RELATÓRIO

1. Cuida-se de Manifestação Jurídica Referencial - MJR, baseada no art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993 e na Orientação Normativa n. 55/2014 do Advogado-Geral da União, que visa ao registro do entendimento, de recomendações e de ressalvas desta Procuradoria Federal em relação a 02 (duas) minutas padronizadas de instrumento convocatório de licitação para aquisição de bens comuns.

2. O âmbito de alcance da presente MJR são os certames cujo objeto sejam bens duráveis ou não-duráveis, exceto bens de tecnologia da informação, veiculados sob a modalidade licitatória pregão, em sua forma eletrônica, para aquisição imediata (tradicional) e pelo sistema de registro de preços (SRP).

3. Constam dos autos, no que interessa à análise:

4. Da minuta de pregão eletrônico SRP:

- o Edital (fls. 876-902);
- o Anexo I - Termo de referência (fls. 903-911);
- o Anexo II - Ata de registro de preços (fl. 912); e
- o Anexo III - Termo de contrato (fls. 913-919).

5. Da minuta de pregão eletrônico tradicional:

- o Edital (fls. 974-996);
- o Anexo I - Termo de referência (fls. 997-1005);
- o Anexo II - Termo de contrato (fls. 1006-1012).

6. A competência para análise das minutas por esta Unidade da Procuradoria-Geral Federal - PGF, órgão da Advocacia-Geral da União - AGU, é incontroversa e exerce-se em razão de mandamento constitucional inserto no art. 131 da Constituição Federal de 1988 e pelo art. 17, II, da Lei Complementar n. 73/1993 - Lei Orgânica da AGU.

II. PROFUNDIDADE DA ANÁLISE JURÍDICA E LIMITES DESTES OPINATIVOS

7. A incumbência confiada à Procuradoria Federal junto à UFSC, no tocante ao exercício exclusivo das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos à Universidade Federal, reclama um constante aprimoramento intelectual que deve se refletir no teor das manifestações jurídicas emanadas e, o que é mais importante, conjugar-se aos mesmos esforços empreendidos pelos gestores consultentes para, em afinada sintonia, garantir a lisura dos atos administrativos e dos negócios jurídicos que se pretende celebrar.

8. Veja-se que o Tribunal de Contas da União recentemente reiterou que o trabalho dos órgãos jurídicos não pode se pautar em meras manifestações pró-forma, genéricas e demasiadamente sucintas. Trata-se do Acórdão n. 1.485, órgão julgador: Plenário, Relator o Ministro Augusto Sherman, Sessão de 26 jun. 2019. Eis o que a Corte assentou no dispositivo do acórdão:

Acórdão:

[...]

9.3.2. os pareceres jurídicos que suportam os procedimentos licitatórios e as contratações devem conter análise quanto à legalidade das cláusulas das minutas do edital e do contrato, com abrangência suficiente, evidenciando a avaliação integral dos documentos submetidos a exame, conforme parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993 e Acórdão 748/2011 e 1.944/2014 – ambos TCU - Plenário;

9. Outrossim, no corpo do voto do relator constou menção a outros precedentes históricos, conforme trecho (grifos no original):

Relatório:

[...]

14. O voto condutor do Acórdão 1.944/2014 – Plenário-TCU, trata da questão, nos seguintes termos:

25. Por outro lado, a partir da análise mais aprofundada dos documentos vinculados aos referidos certames, e ensejando a proposta de anulação dos procedimentos licitatórios, foram constatadas as seguintes irregularidades:

a) adoção de pareceres jurídicos pró-forma; e

b) projeto de implantação das creches diferentes do aprovado pelo FNDE.

26. de fato, a utilização de pareceres jurídicos sintéticos, de apenas uma página, com conteúdo genérico, **sem demonstração da efetiva análise do edital e dos anexos, em especial quanto à legalidade das cláusulas editalícias**, permitiu, no caso concreto, a presença de itens posteriormente impugnados, inclusive por meio da presente representação, e que foram alterados nos certames subsequentes.

27. Este Tribunal já se posicionou acerca **da necessidade de os pareceres jurídicos** exigidos pelo art. 38 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, integrarem a motivação dos atos administrativos, **com abrangência suficiente, evidenciando a avaliação integral dos documentos submetidos a exame** (v. g.: Acórdão 748/2011-Plenário) . (destaque não originais)

10. Para tanto, imprescindível que a análise jurídica atinja todos os meandros da consulta ou pedido de assessoramento que lhe é dirigido, o fazendo com a profundidade e extensão suficientemente necessários, não descurando de dar maior ênfase aos aspectos relacionados à juridicidade não só de cláusulas, minutas e fase prévia de planejamento e instrução, como também tecer indicativos de aperfeiçoamento, quando couber.

11. Essa incumbência, aliás, torna-se ainda mais necessária quando considerada a amplitude de incidência da manifestação jurídica referencial, bem como o fato de que deixará de ocorrer a análise *in concreto* de diversos processos por esta Procuradoria.

12. Nessa toada, convém antes demarcar que o parecer não se dedica a analisar quaisquer outros aspectos relativos ao mérito do ato administrativo pretendido.

13. Com efeito, não é outra a orientação traçada pela Advocacia-Geral da União, que afirma peremptoriamente que as Consultorias Jurídicas emitem pareceres de legalidade, não discutindo mérito (vide Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU disponível no site da Instituição, aba "cartilhas").

14. É oportuno desde logo demarcar alguns conceitos. Sempre que se fizer menção à aplicação de alguma "**ressalva**" ou sua variação flexionada/conjugada, esta expressão estará correlacionada ao (des) cumprimento de alguma disciplina de ordem constitucional (seja regra ou princípio), infraconstitucional, infralegal, interpretação consolidada, uniformizadora ou predominante no âmbito da Corte de Contas da União, Tribunais Superiores ou de órgãos da Advocacia-Geral da União. Em suma, estarão atreladas à observância do ordenamento jurídico pátrio em vigor.

15. A indicação da expressão "**recomendação**" e variações, por sua vez, estará umbilicalmente afetada à (des) conformidade da atuação do gestor ou da instrução processual com as boas práticas na condução dos atos públicos e procedimentos administrativos, no âmbito da governança pública ou da defesa do interesse público secundário (patrimonial) da Instituição, e sempre sob o pálio da relevância e da repercussão da ação a que a recomendação fizer referência. Ou seja, **não** estará diretamente relacionada à inobservância de uma norma jurídica ou de outras das fontes de Direito como as acima elencadas.

16. Essa atuação no âmbito da expedição de recomendações, portanto, poderá se materializar exarando-se (na manifestação jurídica ou em atos apartados de assessoramento prévio e posterior) indicativos de melhor descrição da redação de cláusulas contratuais, de obrigações diversas contraídas (oportunidade do negócio jurídico, riscos assumidos) ou mesmo no campo da suficiência do teor de justificativas e manifestações diversas proferidas nos autos e fora dele.

17. Desse modo, tais pareceres, ainda que incursionem minuciosamente cláusulas e peças instrutórias, restringem-se ao exame dos fatos e da sua conformidade ao Direito que se lhes aplica, deixando de apreciar aspectos de conveniência e oportunidade como condicionantes de juridicidade.

III. MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL: CONTORNOS JURÍDICOS

18. A Autarquia consulente submeteu a reexame deste órgão a análise das minutas padronizadas mais recentes e que são utilizadas nos pregões para aquisição de bens comuns.

19. A remessa se deve à necessidade de constante atualização do parecer referencial que abarca esses procedimentos licitatórios e notadamente quando considerada a recente modificação da regulamentação da modalidade pregão pelo Decreto n. 10.024/2019, o qual expressamente revogou o Decreto n. 5.450/2005.

20. Dessa forma, a fim de evitar que todos os instrumentos convocatórios tenham que ser submetidos à análise desta Procuradoria Federal por força do art. 38, parágrafo único, da Lei n° 8.666/93, convém estender os efeitos deste parecer aos demais casos que versam sobre o assunto nele tratado.

21. Esse é o propósito da Orientação Normativa AGU n. 55/2014, em que se fundamenta essa extensão de efeitos, *in verbis*:

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.

22. O objetivo que aqui se busca é, portanto, otimizar a tramitação processual, conferindo, a partir da eliminação de trabalhos repetitivos, mais efetividade ao esforço da consultoria jurídica e, por conseguinte, maior celeridade à consecução dos objetivos de interesse público envolvidos na atuação administrativa.

23. No âmbito de atuação da PF-UFSC, e, em especial, no que se refere ao exame e aprovação das minutas dos editais de licitação para registro de preços ou aquisição imediata de bens comuns, é de se notar duas importantes características, quais sejam: invencível volume de trabalho, causado pela desproporção entre o porte da instituição e o número de Procuradores Federais e servidores lotados nesta Casa, causa de constantes atrasos nos prazos legais; e a padronização dos procedimentos e documentos oriundos da administração da UFSC, que constituem os objetos do exame regulado pelo art. 38, parágrafo único, da Lei n° 8.666/93.^[1]

24. O imenso volume de processos, bem como essa padronização de procedimentos e peças, somados à frequente incidência de um mesmo grupo de normas legais e infralegais sobre as referidas licitações, independentemente das especificações do objeto, tem gerado a emissão em massa de pareceres jurídicos de conteúdo idêntico.

25. As análises individualizadas que precedem a confecção de tais pareceres obtêm, portanto, e quase sempre, as mesmas conclusões, mas não sem antes exigir, do limitado quadro de pessoal da Procuradoria, elevado número de profissionais e, dos mesmos, por seu turno, vasto tempo que poderia ser dedicado a solucionar questões jurídicas de maior relevância, referentes à matéria de licitações e contratos.
26. Consequentemente, torna-se cristalino o cabimento da presente manifestação jurídica referencial.
27. Na parte final do colacionado inciso I da ON AGU nº 55/2014, vê-se, ademais, que compete à área técnica da entidade assessorada atestar que o assunto de determinado processo é objeto da manifestação jurídica referencial, restando dispensada, a partir daí, do encaminhamento à PF-UFSC.
28. Em outras palavras, tem-se que nos casos a que se refere o presente parecer, não se deve adotar como praxe o encaminhamento dos processos para a PF-UFSC, bastando, para efeito do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, que se ateste o acolhimento dos entendimentos nele fixados.
29. Nítido, contudo, que dúvidas específicas relativas a essa matéria podem/devem continuar sendo submetidas à apreciação deste corpo jurídico, observado o protocolo estabelecido na Portaria Conjunta n. 1/2017/PFUFSC/GR, de 13 de abril de 2017.
30. Feita essa explanação, passa-se ao registro das recorrentes orientações da PF-UFSC em relação ao objeto desta manifestação – que pretende ser, também, um manual de boas práticas –, tomando-se como base os procedimentos e minutas padronizadas no âmbito da UFSC.

IV. ANÁLISE DAS MINUTAS PADRONIZADAS E CONSIDERAÇÕES GERAIS DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL E DE BOAS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS

IV.1. ORDEM DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL E BOAS PRÁTICAS

31. É pressuposto basilar de regularidade da instrução processual que todas as peças que deflagrem e digam respeito às fases interna e externa da licitação estejam confinadas em um mesmo autos de processo administrativo.
32. O panorama sobredito acena para a necessidade de uma ordem de ideias e uma concatenação de atos própria de qualquer processo, e ganha especial reforço em razão da orientação do *caput* do art. 38 da L. 8.666/1993.
33. Em mesma medida, a Orientação Normativa n. 02 da Advocacia-Geral da União compreende que toda a documentação referente ao instrumento a ser analisado pelo órgão de consultoria e assessoramento impescinde de estar contemplada em um mesmo autos, senão vejamos:

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

34. Outrossim, os atos (minutas, despachos, relatórios, manifestações) devem observar a forma escrita em vernáculo, estarem datados e assinados por quem os produziu (ou advir essa informação do próprio sistema de processo virtual), cfe. se extrai dos arts. 22 e ss. da Lei n. 9.784/1999 - A Lei de Processo Administrativo da Administração Pública Federal.

IV.2. PEÇAS DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL: PLANEJAMENTO; ESTIMATIVA DE CUSTOS/PESQUISA DE PREÇOS; PROGRAMAÇÃO ORÇAMENTÁRIA; AUTORIZAÇÃO E APROVAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE

35. Quanto às etapas iniciais do **planejamento da contratação**, quanto à necessidade da demanda e a motivação do ato que ensejará a subscrição da ata de registro de preços, sempre foi da jurisprudência itinerante dos órgãos de controle a necessidade de que os gastos dos recursos tenham respaldo no interesse público e a justificativa para a contratação contenha elementos minuciosos que contemplem o planejamento com a projeção, no futuro, de eventual obsolescência da solução buscada, consoante se pode colher da dicção do art. 6.º, IX, da Lei n. 8.666/1993, o Estatuto das Licitações.
36. Um aspecto a ser dissecado é a necessidade de prévia etapa de planejamento da contratação, agora não só às licitações de serviço - que já possuem regramento infralegal próprio, qual seja, a Instrução Normativa n.º 05/2017/SEGES/MPDG, mas também às aquisições comuns.
37. O art. 8.º do Decreto n. 10.024/2019 elenca em seu inciso I que a instrução processual deve ser inaugurada, ao menos, com a peça nominada “*estudo técnico preliminar, quando necessário*”. Como dito acima, é uma exigência inerente aos serviços em geral e também já o era (a título de exemplo, já que este referencial não abarca bens de TIC) em relação às aquisições de bens de tecnologia da informação, por força da IN n. 04/2014/SLTI/MPOG.

38. Ocorre que a redação utilizada deixa espaço para futura complementação normativa, a fim de que se definam as situações em que a peça é necessária/obrigatória.

39. Enquanto não sobrevier a normativa complementar, esta Procuradoria Federal preencherá a lacuna aplicando por analogia a IN n. 05/2017 no que concerne aos modelos de "Formalização de Demanda e de Estudos Preliminares" lá inseridos, sempre que o custo global da aquisição exasperar o patamar do art. 23, inciso II, alínea "a" da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (por analogia à IN n. 4/2014, que utiliza um patamar mais razoável que a IN n. 05/2017).

40. Vale lembrar que os efeitos desta orientação são prospectivos à chancela da manifestação referencial pela autoridade consulente. Aplico, aqui, por analogia, a dicção do art. 24 da Lei n. 4.657/1942 - A Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro - LINDB, *in verbis*: "[...] Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas".

41. Ainda no que se refere à instrução do processo licitatório, vale reforçar as orientações atinentes à **estimativa de custos/pesquisa de preços**.

42. A compulsoriedade de se promover, antecipadamente a qualquer compra pública, diligências visando à análise de sua compatibilidade com os preços corriqueiramente praticados é também extraída da dicção do art. 15, inciso V, *in verbis*: "Art. 15 -As compras, sempre que possível, deverão: [...] V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública". Soma-se a isso o comando esquadrinhado no art. 43, IV, ambos da Lei n. 8.666/93, segundo o qual é um procedimento de julgamento da licitação (e, por conseguinte, se apresenta ao caso em tela por analogia):

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis.

(grifo nosso)

43. A pesquisa de preços para composição da estimativa de custos deve ser realizada nos termos da Instrução Normativa n. 5/2014 da SLTI/MPOG e, **no que couber**, das orientações constantes do anexo da Nota Técnica nº 376/2013/PF-UFSC/PGF/AGU, observada a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, prevalecendo a jurisprudência em detrimento das demais fontes e a IN em detrimento da Nota Técnica, na eventualidade de o gestor se deparar com alguma antinomia entre elas.

44. Inicialmente, vale citar o art. 2.º, da IN n. 5/2014 da SLTI/MPOG, que prevê, *in verbis*:

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:

- I - Pannel de Preços disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br>;
- II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;
- III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou
- IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

45. Dita IN sofreu alterações por meio da IN n.º 03/2017, com repercussão principalmente quanto às fontes de pesquisa de preço, a ordem de preferência, o número mínimo e a forma de definição do parâmetro de preço a ser tomado (média, mediana ou menor dos orçamentos).

46. Afastou a expressão "de um", constante do *caput* do art. 2.º para orientar ao administrador público que este deverá realizar a pesquisa mediante a utilização "dos seguintes", trazendo na sequência o rol exemplificativo e cogente na ordem que ali delinea.

47. Em regra, a estimativa de custo de cada item deve ser composta por, pelo menos, 3 (três) referências de preço dentre as categorias acima elencadas, com **preferência aos incisos I (painel de preços) e II (preços contratados de objetos similares)**, não podendo se limitar, em regra, a orçamentos obtidos junto a possíveis fornecedores (art. 2º, inciso IV), conforme sinalizado pelos Acórdãos nº 2.816/2014 e 1445/2015 do Plenário do Tribunal de Contas da União.

48. Dentre as referências de preço obtidas, poderá ou não haver a combinação entre a fonte do painel de preços com os demais (vide art. 2.º, § 1.º).

49. No que se refere aos orçamentos obtidos junto a possíveis fornecedores, tem-se que devam ser alinhados às especificações do termo de referência – o termo de referência é peça fundamental para elaboração dos orçamentos – e,

além disso, recentes; oriundos de pessoas jurídicas distintas, desvinculadas, devidamente identificadas e pertencentes ao ramo do objeto licitado, contra as quais não haja restrição no sistema.

50. Caso o certame ou determinado item/grupo seja exclusivo à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, a pesquisa deverá ser realizada junto a esse ramo, a fim de evitar o risco de que a licitação reste deserta.

51. A obtenção da estimativa de custo – seja com base na média dos preços obtidos, seja com base no menor preço obtido, ou outro critério justificado – deve ser precedida da análise crítica do resultado da pesquisa, a comparar as referências obtidas entre si, devendo ser substituídos preços que apresentem valores nitidamente desproporcionais em relação aos demais referentes ao mesmo objeto.

52. Na substituição dos preços desproporcionais, e na impossibilidade de se obter outros orçamentos, tem-se que pode ser flexibilizado, mediante justificativa, a ordem de priorização de que trata o art. 2º, § 1º, da Instrução Normativa nº 5/2014, a fim de evitar que a composição de preços se faça com menos de três referências de preço. Assim, por exemplo, na impossibilidade de obtenção de mais de um orçamento do painel, a administração pode, excepcionalmente, utilizar dois preços contratados, similares ou diretamente com os fornecedores, a fim de que se tenha, no mínimo, três referências de preços na composição da estimativa de custo.

53. Ao final de toda e qualquer pesquisa de preço, a administração deve confeccionar e juntar aos autos um mapa/tabela a resumir todas as informações obtidas, acompanhado de relatório, do qual deve constar, no mínimo: identificação dos servidores responsáveis pela pesquisa; rol de todos os documentos pertinentes, com indicação das respectivas fls. em que se encontram no processo; período de realização da pesquisa; metodologia utilizada na pesquisa e na análise dos resultados; conclusões obtidas a partir da análise e descrição de eventuais medidas adotadas.

54. Para obtenção do número mínimo de referências de preço junto a possíveis fornecedores, a somar com as demais referências do art. 2º, da IN 5/2014, ou, ainda, para comprovar eventuais dificuldades que encontre a fim de justificar nos autos o desatendimento dos rigores daquela instrução, a administração pode se valer das anotações constantes do anexo da Nota Técnica n. 376/2013 desta PF-UFSC, de cujo teor vale transcrever:

[...] 2. Para a obtenção do número mínimo de orçamentos, a Administração deve se valer, dentre outros meios: de solicitações por correio eletrônico; de solicitações por telefone; e de solicitações “presenciais”, mediante visita à sede ou filial de empresas do ramo, quando possível.

3. Se todas as tentativas para obtenção do número mínimo de orçamentos forem inexitasas, o servidor responsável deverá lavrar certidão informando: eventual resposta negativa, com indicação da empresa que se negou a fornecer o orçamento e da ocasião em que o fez; número de tentativas de contato por correio eletrônico, juntando aos autos cópia de todas as mensagens de e-mail encaminhadas; número de tentativas frustradas de contato por telefone, informando o número de telefone, a data e o horário em que foi feita cada chamada; e, se for o caso, número de tentativas de contato presencial, com indicação do horário e do local em que foram feitas as visitas.

55. Casos mais especiais, em que não seja possível o cumprimento de todos os requisitos acima listados, devem ser caracterizados no respectivo processo por meio de robusta justificativa, a ser apreciada pela autoridade competente para aprovação do termo de referência e abertura do processo licitatório, cfe. autoriza o § 6º do art. 2º da IN n. 04/2014.

56. Concluída a estimativa de custos, o processo deve ser submetido ao setor competente para indicação da **disponibilidade orçamentária**, quando se tratar de pregão tradicional (**aquisição imediata**), por força do que determinam os arts. 14 e 38, *caput*, da Lei nº 8.666/93, bem como o art. 60 da Lei n. 4.320/1964.

57. O pregão lançado pela sistemática do sistema de **registro de preços - SRP está dispensado** dessa peça de instrução, por não abarcar vinculação de realização de despesa, cfe. preleciona o art. 7º, § 2º, do Decreto n. 7.892/2013, *in verbis*: “[...] § 2º Na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil”.

58. Anoto que a **autorização** de abertura da licitação, nos termos do art. 13, III, e a **aprovação** da versão final do Termo de Referência, disciplinada pelo art. 14, inciso II, todos do Decreto 10.024/2019, devem também sempre estarem contempladas na instrução a que se refere esta manifestação jurídica.

IV.3. NOVA REGULAMENTAÇÃO DO PREGÃO NA FORMA ELETRÔNICA: DECRETO N. 10.024/2019.

59. Passo a analisar em tópico apartado as repercussões do novo regulamento da modalidade pregão em sua forma eletrônica, qual seja, o Decreto n. 10.024/2019 que, dentre as suas disposições, revogou expressamente o Decreto n. 5.450/2005, substituindo integralmente o regulamento da Lei n. 10.520/2002.

60. Assim o faço porque, nesta fase inicial de vigência (28/10/2019), as modificações realizadas ou a se realizar nas minutas e os eventuais comentários, ressalvas ou recomendações daí decorrentes indicam ser mais didático

operar esse recorte, a fim de que, aos poucos, essa análise possa ser diluída no texto geral do parecer e incorporada definitivamente ao modelo de manifestação jurídica.

61. Dentre as diversas fontes de leitura para compreensão desse novo integrante do arcabouço jurídico das licitações, elejo elucidativo informativo constante do site "<http://www.licitante.com.br/inovacoes-pregao-eletronico-propostas-novo-decreto/>", seguindo a mesma trilha de destaque das principais alterações trazidas pelo decreto. Os estudos levaram em conta, também, diversas fontes veiculadas em matéria informativa pelo Departamento de Licitações da UFSC (https://licitacoes.ufsc.br/?page_id=4148).

62. O primeiro destaque é que agora o uso do **pregão em sua forma eletrônica é obrigatório**, e não só mais recomendável (art. 1.º, § 1.º), regra observada no caso em tela, tanto pelo Edital SRP (fls. 876-902) quanto pelo Edital Tradicional (fls. 974-996).

63. Quanto à **apresentação das propostas**, o prazo mínimo entre a publicação do edital e a data de abertura da sessão de pregão continua sendo de 8 (oito) dias úteis (art. 25 do decreto e art. 4.º, V, da L. n. 10.520/02).

64. O formato e meio de apresentação da proposta é unicamente o digital, cf. alerta o art. 43, § 2.º, do decreto. Nesse sentido, a documentação habilitatória deverá atender às exigências previstas no item 12 Edital SRP (fl. 885) e Edital Tradicional (fl. 983), com a observação de que os documentos que constem do SICAF, bem como as certidões elencadas no item 12.2, poderão ser consultados pelo Pregoeiro nos sítios correspondentes.

65. Por consequência, os documentos de cunho habilitatório já constantes do SICAF poderão deixar de ser juntados pelo licitante (art. 26, § 2.º), redação essa que deve expressamente estar contida no edital (vide item 12.1 de ambos os editais - Edital SRP (fl. 885) e Edital Tradicional (fl. 983)).

66. O edital deverá contemplar que o **prazo** para envio da proposta adequada ao preço pelo qual se sagrou vencedor o licitante na licitação, além de eventuais documentos complementares aos obrigatoriamente apresentados inicialmente pelo licitante, será de no mínimo 02 (duas) horas, a teor do que estabelece o art. 38, § 2.º, do decreto, o que foi previsto no item 12.5 de ambos os editais - Edital SRP (fl. 886) e Edital Tradicional (fl. 984). Deve-se deixar claro que não encaixa nessa possibilidade o envio de documentação habilitatória que deve obrigatoriamente ser enviada junto com a proposta, o que será considerado intempestivo, redação essa que a Administração inseriu no item 12.1, já citado.

67. As demais regras de **aceitação**, critério de aferição de exequibilidade e saneamento de vícios que não comprometam a proposta foram tratados em conformidade com as disposições do art. 47 do decreto.

68. Quanto à **publicação** de aviso do edital, o que garante a necessária publicidade e controle social dos atos da Administração, o novo decreto inova (art. 20) ao retirar a obrigação de que esse aviso seja veiculado em jornal de circulação local ou regional.

69. Nesse ponto, oportuno sublinhar que a Medida Provisória n. 896, tornou desnecessária a publicação do aviso da licitação em jornal a que alude a Lei n. 10.520/2002. A eficácia dessa medida, porém, recentemente foi suspensa por cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 6229. Poder-se-ia cogitar que a revigoração do texto da L. 10.520/02 voltaria a tornar obrigatória a publicação; ocorre, porém, que o legislador não definiu expressamente as hipóteses de incidência do dever de publicar em jornal, deixando isso sob o encargo do Executivo, que o cumpriu à época do Decreto n. 5.450/2005, definindo a obrigação a considerar o vulto do objeto licitado. Por ora, a omissão completa do Decreto n. 10.024/2019 pode ser concebida não como uma rebeldia, tampouco uma conformação ao cenário que já estava posto quando de sua publicação (isso porque a MPv é de 06/09 e o Decreto de 20/09), mas sim como um silêncio eloquente, ou seja, há uma opção de que a variação da utilização do pregão em sua forma eletrônica torna despiciente a veiculação do aviso do edital em jornal, remanescendo esse fluxo na hipótese do pregão presencial, em decorrência da regulamentação geral dessa modalidade pelo Decreto n. 3.555/2000. Dessa forma, fica a **ressalva** de que a autoridade consulente observe que a publicação em jornal está desobrigada na hipótese.

70. O tipo, em que pese continue sendo o menor preço, agora também acolhe a sistemática da adoção do **critério de julgamento** pelo maior desconto (*ex vi* do art. 7.º). O Tribunal de Contas da União já vinha admitindo seu uso em determinadas hipóteses. Eis um caso concreto em que houve esse pronunciamento (Acórdão n. 818/2008 - Segunda Câmara, Relator o Ministro Aroldo Cedraz, Sessão de 01 de abril de 2008):

Sumário: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MAIOR DESCONTO. POSSIBILIDADE. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA PARCIALMENTE ACOLHIDAS. DETERMINAÇÕES. 1. O julgamento de propostas feito com foco no desconto a incidir sobre determinada tabela de preço prefixada, apesar de se enquadrar como licitação do tipo menor preço, deve se restringir aos casos de contratação em que o parâmetro de menor preço seja econômica e operacionalmente inviável, uma vez que aquele critério apresenta maior vulnerabilidade a fraudes e a majorações de preço alheias ao controle da Administração Pública.

71. Por conseguinte, a instrução processual deve ser capaz de angariar elementos que balizem a opção, continuando a ser concebido como preceito geral o critério de menor preço, isso a fim de evitar a vulnerabilidade da Administração, como mencionado no acórdão.

72. No tocante à apresentação de **esclarecimento e impugnação**, ambos agora contam com o prazo de até 03 (três) dias úteis anteriores à abertura da sessão pública da licitação, bem como de 02 (dois) dias úteis para serem respondidos pelo pregoeiro. Os novos prazos de impugnação e pedido de esclarecimentos foram observados no item 5 do edital - Edital SRP (fl. 878-879) e Edital Tradicional (fl. 976-977).

73. Outra importantíssima alteração é o estabelecimento de dois **modos de disputa**. Acrescentou-se ao já utilizado modo aberto (art. 32) a possibilidade de a disputa ocorrer sob o modo aberto seguido do fechado (art. 33), à semelhança do que ocorre hoje na modalidade do regime diferenciado de contratações (RDC).

74. No modo aberto seguido do fechado, os licitantes mais bem classificados passam para a fase seguinte da etapa competitiva e poderão apresentar um último e único lance, o que tem o condão de induzi-lo a, ante a incerteza sobre o valor da proposta de seu concorrente, conferir o máximo possível de desconto ou o valor mais baixo e exequível de sua proposta, com o intuito de garantir sagrar-se vencedor.

75. Trata-se de verdadeiro mecanismo que sofisticada essa etapa da concorrência pública e incentiva a participação mais ativa do licitante, exigindo-lhe maior engajamento na competição, a fim de que conquiste o objeto almejado. Sob a perspectiva dos interesses econômicos da Administração, potencializa o objetivo de se alcançar a proposta mais vantajosa.

76. A instrução processual, sob a modalidade pregão eletrônico, deve sempre conter elementos hábeis a fundamentar o modo de disputa escolhido, a fim de que não se afigure arbitrário ou despropositado (art. 50 da Lei n. 9.784/99). Referida informação deve estar contida de modo avulso e restrita à fase interna da licitação (na documentação de planejamento, por exemplo).

77. O lapso temporal da fase competitiva do certame observa o novo regramento no que se refere ao modo de disputa **aberto** (item 9.5) ou, se for o caso, após a administração informar qual o modo eleito, o **aberto e fechado** (item 9.5) - Edital SRP (fl. 881-882) e Edital Tradicional (fl. 979-980).

78. No tocante à possibilidade de se estabelecer **intervalo mínimo** entre lances, trata-se de uma inovação que tem o condão de dinamizar a etapa competitiva do pregão, tornando-a menos monótona e estimulando os licitantes a sinalizarem propostas que representem vantagem econômica em patamar minimamente relevante. Essa opção deixa de ser facultativa se o modo de disputa eleito for unicamente o aberto, conforme se extrai, *a contrario sensu*, do art. 31, § único, quando deverá haver a indicação de qual seria o valor numérico desse intervalo mínimo entre os lances, o que prevê a cláusula 9.4 da minuta - Edital SRP (fl. 881) e Edital Tradicional (fl. 979).

79. O **prazo de validade** da proposta continua sendo de 60 (sessenta) dias, podendo-se estabelecer prazo diferenciado (art. 48, § 3.º). Os editais em exame [Edital SRP (fl. 881) e Edital Tradicional (fl. 979)] não estabeleceram outro prazo.

IV.4. TERMO DE REFERÊNCIA

80. Quanto ao conteúdo do **Termo de Referência** [SRP: Anexo I - Termo de referência (fls. 903-911) e Tradicional: Anexo I - Termo de referência (fls. 997-1005)], vale lembrar, submete-se aos rigores do art. 3.º, XI, do Decreto n. 10.024/2019, que assim dispõe:

[...]

a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:

1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;

2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e

3. o cronograma físico-financeiro, se necessário;

b) o critério de aceitação do objeto;

c) os deveres do contratado e do contratante;

d) a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, se necessária;

e) os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços;

f) o prazo para execução do contrato; e

g) as sanções previstas de forma objetiva, suficiente e clara.

81. Importante anotar que a justificativa para utilização da sistemática do registro de preços (item 2.2 à fl. 904, SRP: Anexo I - Termo de referência à fl. 904), em detrimento da aquisição imediata, satisfaz a dicção do art. 3.º e

incisos do Decreto n.º 7.892/2013.

82. No tocante à **definição do objeto/preferência marca**, deve haver pertinência na sua escolha e clareza em sua descrição. Outrossim, nos casos em que há opção por direcionamento de marca, necessário que diversos pressupostos sejam satisfeitos como condição de legalidade. É que a vedação de marca é uma regra geral que visa a garantir a ampla competitividade do certame e o alcance da proposta mais vantajosa. A proibição geral é extraída dos seguintes dispositivos da Lei n. 8.666/93:

[...]

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

[...]

§ 5º **É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas**, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

(omissis)

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido **sem indicação de marca**;

(sem grifos no original)

83. Trata-se como exceção à regra a parte final do § 5.º do art. 7.º suso transcrito. Ou seja, quando houver justificativa de ordem técnica que subsidie a preferência pela marca, pode a Administração licitante elegê-la e, assim, restringir o objeto licitado. Nesse sentido (TCU, Acórdão n. 113/2016, Plenário, Representação, Relator o Ministro Bruno Dantas, Sessão de 27/01/2016):

A indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, que demonstrem ser aquela marca específica a única capaz de satisfazer o interesse público.

84. Nos casos em que a justificativa se balizar na padronização do parque de equipamentos, por exemplo, deve-se demonstrar a adequação técnica e a vantajosidade de perpetuar a opção pela marca (vide Súmula n. 270 do Tribunal de Contas da União).

85. Outrossim, é essencial que a fase de instrução contemple informações acerca de quais contratos ou instrumentos equivalentes formalizaram a aquisição anterior de bens que se pretende padronizar.

86. Naquelas situações em que há alguma complexidade na descrição do objeto e para que se assegure que não haverá, por vias indiretas, prejuízo à ampla concorrência com a previsão de detalhes desnecessários e que possam redundar em direcionamento indevido de marca, deve-se exigir do responsável pela demanda no Setor requisitante a confecção da declaração de não direcionamento de marca.

87. No tocante ao **agrupamento global de itens (lote)**, em linhas gerais, a norma contém a orientação de que a regra não seria o agrupamento, o permitindo apenas visando à economia de escala em razão da ampliação de competitividade, desde que haja algum grau de afinidade/similaridade/adequação técnica, quando sua veiculação de modo avulso for desinteressante aos potenciais licitantes e quando tecnicamente a dispersão do lote em itens for inviável ou desaconselhável em vista da qualidade e integridade do objeto executado.

88. Igual previsão extrai-se do art. 8.º do Decreto n.º 7.892/2013 (por analogia ou por aplicação direta, a depender se a sistemática adotada for a da contratação imediata ou do SRP, respectivamente):

Art. 8º O órgão gerenciador poderá dividir a quantidade total do item em lotes, quando técnica e economicamente viável, para possibilitar maior competitividade, observada a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.

89. Há precedente paradigmático da Corte de Contas da União, aliás, que aborda a matéria e, como sói ocorrer nesses tipos de acórdãos, disciplina didaticamente o que deverá ser observado pela Administração licitante.

90. É o Acórdão n. 2.401/2006 (TCU, Plenário, Relator Ministro AUGUSTO SHERMAN, Sessão de: não consta) s.g. no original:

Sumário

Representação de licitante. pregão. registro de preços de periféricos e suprimentos de informática. licitação por lotes. definição dos lotes em função do local de entrega. irregular indicação de marcas. restrição significativa ao caráter competitivo do certame. determinação no sentido de que somente se dê prosseguimento à licitação após implementadas todas as condições e correções necessárias, momento em que se deverá proceder à republicação integral do edital, reiniciando a contagem dos prazos legais para apresentação de novas propostas 1) é irregular o agrupamento, em um mesmo lote a ser licitado, de objetos divisíveis, haja vista o disposto no art. 23, § 1º, da lei 8.666/93 e na Súmula 247 do TCU; 2) o agrupamento em lotes previsto no art. 5º do decreto 3.931/2001 somente pode abranger itens de natureza semelhante; 3) é ilegal a indicação de marcas, nos termos do § 7º do art. 15 da lei 8.666/93, salvo quando devidamente justificada por critérios técnicos ou expressamente indicativa da qualidade do material a ser adquirido.

Referido precedente não se encontra superado, consoante se infere de julgado recente (Acórdão de relação n. 2559/2014. TCU, plenário, relator Ministro Bruno Dantas, Sessão de 01/10/2014), s.g. no original:

[...]

1.6. dar ciência ao Instituto Federal de Ciência e Tecnologia de Minas Gerais – IFMG acerca das seguintes irregularidades constatadas no âmbito do instrumento convocatório do Pregão Eletrônico 124/2014:

[...]

1.6.4. agrupamento do objeto do certame em lotes, cujos itens não guardam a mínima relação entre si, e, no caso do registro de preços, enseja a realização de jogo de planilha, uma vez que as aquisições efetivamente realizadas podem não guardar necessariamente a mesma proporcionalidade da tabela utilizada para fins de julgamento das propostas, atentando, portanto, contra a economicidade da contratação, em infringência ao princípio maior da licitação, quer seja, a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, previsto no art. 3º da Lei 8.666/1993;

91. É o que se colhe da doutrina, inclusive, menos conservadora (MENDES, Renato Geraldo. O Processo de Contratação Pública: Fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012, p. 145-46.):

A divisão do objeto em itens e lotes é um instrumento legal que visa a propiciar a ampliação à competição e, assim, permitir que mais pessoas disputem o contrato. Tal determinação decorre do § 1º do art. 23, que diz textualmente: “as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala”. Além do referido preceito, a obrigatoriedade de ampliação da competição é reafirmada no § 7º do citado comando. É possível asseverar que o valor contido na norma impõe o dever de dividir o objeto sempre que for tecnicamente possível e economicamente viável, não se tratando, portanto, de mera faculdade a ser exercida pela Administração. É evidente, também, que a norma foi fixada em razão da possibilidade de haver restrição imotivada à competição. Portanto, a divisão do objeto se justificará sempre que houver possibilidade de restrição da disputa e não precisará ocorrer quando a competição não se revelar comprometida, ainda que tecnicamente seja possível a divisão.

[...]

Há uma relação estreita entre o aspecto qualitativo do objeto e a questão técnica, e uma relação direta entre a quantidade do objeto e a questão da economicidade. Não é possível dividir o objeto se a qualidade da solução definida for comprometida. Da mesma forma, em princípio, não é viável reduzir a quantidade do objeto se representar indiscutível prejuízo à economicidade.

92. Colhe-se da doutrina de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. rev., atual. e amp. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 440) um posicionamento bastante pragmático no tocante à aplicação desse princípio:

[...]

4.1.3) O requisito de natureza técnica

Não se admite o fracionamento quando tecnicamente isso não for viável nem, mesmo, recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória. Se a Administração necessitar adquirir um veículo, não teria sentido licitar a compra por partes (pneus, chassi, motor etc.). Mas seria possível realizar a compra fracionada de uma pluralidade de veículos. Em suma, o impedimento de ordem técnica significa que a unidade do objeto a ser executado não pode ser destruída através do fracionamento.

4.1.4) O requisito de natureza econômica

Já o impedimento de ordem econômica se relaciona com o risco de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração. Em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução dos preços. Por isso, não teria cabimento a Administração fracionar as contratações se isso acarretar aumento de seus custos.

Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução de despesas administrativas. A possibilidade de participação de maior número de interessados não é o objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar elevação de custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares.

93. A fragmentação interna é consequência da exigência legal de haver parcelamento das contratações, opção essa que reverbera o preceito de que a concentração de diversos objetos e de um mesmo licitante para a sua satisfação são circunstâncias que desatendem à própria essência da lei de licitações que, ao contrário, ventila a ampla participação e a disputa como pilares inarredáveis do processo tradicional de compras públicas.

94. Com isso, viabiliza-se a participação de licitantes de pequeno porte, normalmente sediados na região do em torno do órgão, o que contribui para concretizar outro objetivo licitatório que é o desenvolvimento nacional sustentável.

95. Outrossim, há situações em que, a depender das peculiaridades do bem e de como se comporta o mercado ao ofertá-los, nem todos eles integram comumente o rol de atividade econômica de uma mesma empresa. Nesse cenário, o gestor público deve ter consciência de que confinar vários itens em agrupamento/lote, apesar de afins, frustrará a expectativa de que o maior número possível de potenciais licitantes participe do certame.

96. Nesse sentido trabalha-se com exemplos como de material de escritório, onde hipoteticamente um órgão que demande vultosa quantidade de folhas de papel para impressão agrupe esse item com canetas esferográficas, lápis, de modo a afastar da competição uma fabricante de papel, por exemplo, que teria condições de ofertar e honrar uma proposta mais vantajosa para esse item, mas não para os demais e, já que a oferta a todos é compulsória, não participaria ou teria sua proposta inicialmente desclassificada. Sobre o assunto, veja-se o Acórdão n. 964/2013 (TCU, Plenário, Relator o Ministro Raimundo Carreiro, Sessão de 17/04/2013).

97. Por outro lado, se a desagregação de itens afins tornar-se desatrativa em razão do baixo vulto, expertise essa adquirida pelo setor de compras do órgão ao notar que habitualmente há deserção, fracasso em licitações ou abandono do contratado, o princípio do parcelamento há que ser afastado, pois é assente na jurisprudência da Corte de Contas da União que o gestor deve constantemente buscar a aproximação do setor público com as proposições diversas apresentadas pelo mercado privado.

98. Igual conduta pode ser tomada quando, ainda que não se verifique a ausência total de interesse, o custo estimado sofra um considerável incremento frente ao desconto que se obteria caso o item fosse agregado a um conjunto de outros e o mercado suporte o fornecimento/prestação do bem/serviço agrupado - ainda que o leque de licitantes diminua, mas desde que não consideravelmente. Ou seja, pode-se afastar, nesses termos, o princípio do parcelamento se a sempre esperada economia de escala der prenúncios de que não se concretizará.

99. Por fim, no caso de itens afins com potencialidade de serem isoladamente licitados, mas que, assim agindo, colocar-se-ia em risco considerável a harmonia, uniformidade, padronização e a própria qualidade, notadamente em se tratando de serviços em que há interdependência entre tarefas a serem executadas, não deve haver proibição de agrupamento.

100. Compulsando-se as duas minutas, verifica-se que há espaço para tecer essa justificada nos autos [SRP: Anexo I - Termo de referência (item 1.3 à fl. 903) e Tradicional: Anexo I - Termo de referência (item 1.3 à fl. 997)], cabendo à autoridade administrativa responsável pelo setor de licitações sindicar a suficiência da justificativa apresentada pela equipe que planejou a licitação.

101. Quanto à possibilidade de exigência de **amostras** na fase de aceitação da proposta, cumpre participar à Autarquia consulente que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é firme no sentido de que somente se deve exigir tal procedimento daquele provisoriamente classificado como detentor da melhor proposta, bem como que, havendo de fato a previsão de tal etapa, não pode a Administração dispensá-la no curso da realização do certame, pena de macular o afamado princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3.º, *caput*, da L. 8.666/93). Cito aqui o Acórdão n. 1.948, órgão: Plenário, Relator o Ministro Raimundo Carreiro, sessão de 21/08/2019, *in verbis*:

[..]

Acórdão:

[...]

9.4. dar ciência ao Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Paraná, com fundamento no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, sobre a seguinte impropriedade/falha, identificada no Edital do Pregão Eletrônico 22/2019, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes:

9.4.1. inclusão de dispositivo editalício, por meio do item 9.6 do instrumento convocatório, que possibilita, ainda que de forma justificada, a dispensa de apresentação de amostras, o que não se coaduna com os princípios da isonomia e da impessoalidade, previstos no art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93; e

102. Compulsando-se as duas minutas, verifica-se que a redação sobre a possibilidade de exigência de amostra é condizente com o preceito suso [SRP: Anexo I - Termo de referência (item 7 à fl. 908) e Tradicional: Anexo I - Termo de referência (item 7 à fl. 1002)].

IV.5. EDITAL

103. As alterações condizentes à etapa de sessão pública do pregão eletrônico, impugnações e esclarecimentos cingem-se a informar ao licitante e ao particular interessado que as comunicações a serem mantidas com a Entidade o devem ser fazendo uso dos **instrumentos eletrônicos e telemáticos de comunicação**, tais como e-mail, telefone e sistema Comprasnet, respectivamente.

104. Figuram-se como verdadeiros facilitadores do dia-a-dia da Entidade e dos licitantes e demais interessados, na medida em que o acesso à força de trabalho humana por de trás do procedimento formal torna-se possível de modo a assegurar, por outro lado, a presunção de legitimidade, moralidade que se projeta na atuação administrativa, na medida em que todas as conversas, atos ficam registrados ou têm o potencial de inesperadamente o ser, o que contribui com a prevenção de condutas desvirtuadas.

105. A opção adotada encontra plena guarida nas disposições do Decreto n. 10.24/2019, o qual regulamenta o pregão sob a forma eletrônica, instrumento em que se deve obrigatoriamente forjar a condução de certames de aquisição de bens comuns.

106. Há sintonia, também, com as disposições do Decreto n. 8.539/2015, o qual dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Em relação à logística adotada, visando à maior transparência e otimização, portanto, nada há a censurar.

107. O **Sistema de Registro de Preços - SRP** encontra previsão no art. 15 da Lei nº 8.666/93 e é regulamentado, propriamente, pelo Decreto nº 7.892/2013. Por meio desse sistema, a administração seleciona pessoa jurídica que se dispõe a fornecer material ou prestar serviços por determinado valor previamente registrado em ata firmada pelas partes, a qual deve vigorar por determinado prazo, até o limite de 12 meses.

108. A principal vantagem de sua utilização é que, mesmo estabelecido o prazo de vigência do registro dos preços, a administração não fica obrigada a solicitar os materiais e não fica cingida ao prazo da execução orçamentária.

109. Ou seja, no caso de aquisições de bens comuns por meio do SRP, a administração pode requerer os materiais objeto da aquisição ainda durante o exercício em que se concluiu a licitação ou no exercício seguinte, desde que obedecido o prazo da ata e do contrato que, eventualmente, dela pode decorrer.

110. Para utilização do SRP, a administração deve enquadrar o caso concreto num ou mais incisos do art. 3º, do Decreto nº 7.892/2013, que assim dispõe:

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;

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

111. A utilização do sistema de registro de preços pressupõe, ainda, a confecção da minuta da respectiva ata, anexa ao edital e, em alguns casos, do contrato, conforme art. 62, da Lei nº 8.666/93.

112. O modelo padrão de ata utilizado pela UFSC [SRP: Anexo II - Ata de registro de preços (fl. 912)] parece cumprir os requisitos mínimos que lhe são próprios, prescindindo de reparos.

113. Os **requisitos habilitatórios** mínimos exigidos (**habilitação técnica, regularidade jurídica, fiscal, trabalhista e perante o FGTS**) afiguram-se coerentes com a natureza (aquisição) e demonstram a observância da Administração em não exarar exigências que exasperem o mínimo exigido pela Lei n. 8.666/93, consoante prevê o art. 32, § 1.º, desse diploma legal [o que prevê a cláusula 12 da minuta - Edital SRP (fl. 885 e ss.) e Edital Tradicional (fl. 983 e ss.)].

114. O rigor das exigências não extravasa a proporcionalidade e é condizente com a ausência de complexidade do objeto licitado, estando de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Súmula nº 263 do TCU.

115. A escolha dessa redação não implica restritividade do objeto e conseqüentemente não impede que a Administração possa obter a proposta mais vantajosa, considerando que o que se busca aqui é a comprovação de que possui aptidão e corpo técnico para atender às necessidades da Instituição promotora da licitação.

116. A redação adequou-se à nova redação dada ao art. 42 da LC n.º 123/2006 pela LC n.º 155/2016, cujos efeitos surtem desde o dia 1.º de janeiro de 2018, cf. dispõe o art. 11, III, deste diploma legal alterador [o que prevê o item 12.1, subitem "a.1" da minuta - Edital SRP (fl. 885 e ss.) e Edital Tradicional (fl. 983 e ss.)].

117. Isso porque houve o acréscimo do privilégio de conceder cinco dias úteis também para regularização no caso de intercorrência no âmbito trabalhista, não só fiscal.

118. Do rol de impedimento constante do item 4.8, "e", Edital SRP (fl. 878) e Edital Tradicional (fl. 976), verifico que foi mitigada a proibição de participação de empresas em **recuperação judicial**, consoante recomendações já externadas por esta Procuradoria Federal em outras oportunidades.

119. Isso porque, no âmbito da Advocacia-Geral da União, a temática ganhou corpo em razão de inúmeras demandas judiciais impugnativas de atos administrativos de inabilitação. Foi então que o imbróglio quanto à licitude da exigência ou não de certidão negativa de recuperação ascendeu à apreciação do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal/AGU - DEPCONSU/PGF/AGU, órgão colegiado uniformizador das atividades de consultoria e assessoramento das Autarquias e Fundações públicas federais.

120. A abordagem está contida no Parecer n. 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU. Da leitura da r. manifestação jurídica, extrai-se que a análise empreendida pelo estudioso grupo de uniformização da PGF/AGU ateu-se ao fato de que uma empresa em recuperação, após ter homologado seu plano pelo juízo recuperacional, estaria apta à disputa licitatória sem necessidade de apresentar a certidão negativa de "recuperação" como requisito de habilitação econômico-financeira, desde que o plano não contenha objeção quanto a essa possível categoria de negócio.

121. A hipótese que franqueia a participação de empresas em recuperação judicial exige que o plano já tenha sido aprovado em juízo e não contenha objeção da assembleia-geral de credores quanto à contratação da recuperanda com o Poder Público. Isso posto, remanesce vedada a participação de recuperandas cujo plano proíba a contratação com o Poder Público ou não tenha sido, ainda, objeto de aprovação ou mesmo haja sido rejeitado pelo juízo recuperacional, nos termos do art. 52 da Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, redação essa observada pela Administração.

122. Não há mais exigência da **nova Declaração da fase de apresentação da proposta** a ser selecionada no sistema ComprasNet "*Declaro, sob as penas da Lei, que cumpro a cota de aprendizagem nos termos estabelecidos no art. 429 da CLT*", cf. determina o art. 429 do Decreto-Lei n.º 5.452/1943, sobre a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pois recentemente, a Advocacia-Geral da União lançou manifestação jurídica em caráter uniformizador (PARECER n. 00001/2018/CPLC/PGF/AGU)^[2] que concluiu pela desvinculação da Administração Pública em relação a essa obrigação enquanto não sobrevier ato regulamentador que lhe seja destinado. Dessa forma, fica a critério da Entidade inserir a cláusula em seu modelo.

123. No caso do Edital SRP (item 15 às fls. 890 e ss.), a nova sistemática de adesão a atas de **registro de preços** restou contemplada nos termos do Decreto nº 9.488, de 30 de agosto de 2018. Os limites para adesão de órgãos e Entidade não-participantes foram atualizados em conformidade com a recente alteração promovida pelo Decreto n.º 9.488/2018.

124. A cláusula de **sanções** é compatível com as recentes análises levadas a efeito pos esta Procuradoria sobre a matéria [Edital SRP (item 19 fl. 895 e ss.) e Edital Tradicional (item 18 fl. 989 e ss.)].

IV.6. BENEFÍCIOS DAS ME/EPP

125. Sem prejuízo dos demais dispositivos legais que garantem a efetividade do tratamento diferenciado à categoria de microempresas e empresas de pequeno porte - ME/EPP nos procedimentos licitatórios, a Administração deve se atentar, em especial, e a partir da confecção do termo de referência, ao cumprimento dos incisos I e III do art. 48, da Lei Complementar nº 123/2006, na redação que lhe confere a Lei Complementar nº 147/2014:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

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

126. Entende-se que, no que se refere aos itens/grupos da licitação com valor de até R\$ 80 mil reais (oitenta mil reais), há que se estabelecer a exclusividade em favor das ME-EPP, exceto quando houver justificativa consubstanciada no art. 49, da mesma lei complementar.

127. Para efeito dessa justificativa e, em especial, no que se refere à inexistência do número mínimo de três fornecedores caracterizados como microempresas/empresas de pequeno porte no mercado, não se presta, vale ressaltar, a mera suposição do gestor público, desamparada de base científica.

128. Caso verifique, em que pese a pesquisa, presença/participação de três ou mais ME/EPP na licitação, deve a administração lhes conferir a precitada exclusividade, mas não sem antes prever essa situação em edital.

129. No mais, independentemente do valor estimado para aquisição, há que se buscar o cumprimento do inciso III, do mesmo art. 48, o qual estabelece cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte quando o objeto for divisível.

130. Nesses casos, e até que se proponha melhor solução, a administração deve duplicar cada um dos itens da licitação sobre os quais incida tal norma, reproduzindo sua especificação, mas destinando cota do quantitativo original na proporção de até 25% para um, exclusivo para ME/EPP, e o percentual restante – no mínimo 75% – para o outro, sem exclusividade.

131. Ademais, na ocasião das contratações e ordens de fornecimento, o percentual de até 25% do quantitativo requisitado deverá ser igualmente reservado aos itens cuja disputa foi exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, a fim de não tornar sem efeito a previsão legal, evitando-se possível caracterização de burla ao tratamento diferenciado de que trata a L.C. nº 123/2006.

132. A redação do item 4.7 da Minuta do Edital [Edital SRP (fl. 878) e Edital Tradicional (fl. 976)] possui correlação com a atual redação da Orientação Normativa n.º 10/2009, dada pela Portaria AGU n.º 155, de 19/04/2017.

IV.7. TERMO DE CONTRATO

133. 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.

134. Sabe-se que até o ano de 2012, a administração da UFSC não costumava formalizar instrumentos de contrato no âmbito do Sistema de Registro de Preços, conduzido por meio de pregão, prática que, além de violar a lei, submetia os interesses da instituição a uma situação de insegurança jurídica.

135. O que se tinha nos processos licitatórios, até então, era nítida confusão entre documentos que, tecnicamente, não são equivalentes, submetidos, pois, a regimes jurídicos distintos: ata de registro de preços e contrato.

136. A partir de 2012, com o fortalecimento dos seus núcleos especializados, em especial, do Núcleo de Licitação e Contratos, a Procuradoria passou a orientar a Pró-Reitoria de Administração da UFSC, bem como a administração do Hospital Universitário, a cumprir com o comando legal que exige – não por acaso – a celebração de contrato em determinados casos, tomando como referência precedentes do Tribunal de Contas da União.

137. 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.

138. Em síntese, nos termos do permissivo legal do art. 62, *caput*, da Lei nº 8.666/93, vê-se que a administração está desobrigada de fazer uso de termo de contrato nas contratações cuja monta encontre-se no limite pecuniário estabelecido para a modalidade tradicional convite, que hoje representa o valor de R\$ 176.600,00, com a atualização levada a efeito pelo recente Decreto nº 9.412/2018 (modalidade convite para compras e convite serviços comuns).

139. Pouco fosse, o legislador ordinário estendeu essa mesma liberalidade a toda e qualquer contratação, independentemente do valor (art. 62, § 4.º), quando a entrega do bem for classificada como imediata e não houver obrigações futuras, aí compreendidas, respectivamente, as definições de entrega em até 30 dias da autorização de fornecimento/ordem de serviço e prazos de garantia não superior à exigência legal (civil geral ou consumerista).

140. As hipóteses são autônomas, já que da lei não se presumem palavras inúteis. Naquele limite (R\$ 176.600,00), pouco importa a existência de obrigações futuras e entregas acima de 30 dias, estará sempre dispensado o uso do "termo" de contrato. Não havendo nenhuma dessas duas últimas particularidades, não importa o valor, o legislador compreendeu ser desnecessário o "termo".

141. Em razão disso, **recomenda-se** adaptar a redação do respectivo item do termo de referência a seguir discriminado: Edital SRP (item 13.2 à fl. 911) e Edital Tradicional (item 12.1 à fl. 1005).

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

143. Na Administração Pública, os contratos encontram regulamentação na Lei nº 8.666/93, cujo art. 54 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.

144. Em seguida, o seu art. 55 prescreve:

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.

145. A delimitação do objeto, a especificação das formas de recebimento dos bens, forma de pagamento, obrigações e vinculação aos termos do projeto básico guardam coerência com o objeto contratado.

146. Há prazo previamente estipulado para o caso de necessidade de substituição de bem.

147. Há previsão de vigência por um período de 12 meses, não-renovável (art. 57, *caput*, da 8.666/93).

148. Como regra, valendo-se do permissivo que lhe confere o art. 56, a Administração optou por não exigir garantia de execução, o que não a impede de, futuramente, inserir essa obrigação nas minutas de contratos cujas licitações assim o recomendem face ao vulto e risco atrelado à entrega do objeto (um exemplo disso é a excepcional hipótese de antecipação de pagamento à que alude a Orientação Normativa AGU n. 37, de 13 de dezembro de 2011).

149. O instrumento, em si, preenche os requisitos mínimos estabelecidos pelos arts. 55 e 66 a 76, além de haver sido redigido na forma esquadrihada pelos arts. 60 e 61, *caput*. Todos os preceptivos legais mencionados neste tópico referem-se à Lei nº 8.666/1993.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

150. Deve-se realizar o procedimento previsto para que se ateste a conformidade do caso concreto ao objeto de incidência aqui tratado, sem submissão dos respectivos autos ao exame e parecer individual *in concreto* desta Procuradoria, consoante autorizado pela Orientação Normativa n. 55/2014, do Advogado-Geral da União.

151. A Administração deverá, ainda, fazer uso do **atestado de conformidade** fazendo sua juntada em cada autos individualmente, podendo, para tanto, continuar tomando como modelo o já encartado no processo digital n. 23080.043371/2015-23.

152. A responsabilidade pela observância de todas as restrições deste parecer, e de outras que os casos concretos sugerirem, é exclusiva da administração, e em razão dela ou pelo prejuízo eventualmente causado poderão responder os agentes envolvidos, caso se utilizem do parecer referencial de forma irregular ou sem a devida prudência, perícia ou atenção necessárias.

153. Por fim, as manifestações jurídicas referenciais consubstanciadas nos Pareceres n. 00031/2017/PF-UFSC/PGF/AGU e n. 00609/2015/JUR/PFUFSC/PGF/AGU ficam expressamente revogadas a partir da data de ratificação, pela autoridade consulente, do parecer ora exarado.

VI. CONCLUSÃO

154. Ante todo o exposto, cumpre aprovar as minutas submetidas à exame desta Casa, observada a **recomendação** constante do **parágrafo n. 141**.

155. É a manifestação jurídica, de caráter opinativo.

Restituo ao consulente.

Florianópolis, 29 de dezembro de 2019.

André Laurindo Costa
Coordenador de Assessoria Técnica (servidor TAE)

Alessandra Sgreccia
Procuradora Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23080043371201523 e da chave de acesso b544b15f

Notas

- ¹ - *Este parágrafo e os subsequentes contidos no mesmo capítulo foram colacionados (e adaptados) do Parecer n. 00609/2015/JUR/PFUFSC/PGF/AGU. Essa anotação importa, na medida em que referido parecer destaca que, para a sua confecção, foram tomadas como referência manifestações jurídicas da CJU/SP e da PF-UFPR.*
- ² - *Disponível em: https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/238680.*

Documento assinado eletronicamente por ALESSANDRA SGRECCIA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 361754493 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALESSANDRA SGRECCIA. Data e Hora: 30-12-2019 12:02. Número de Série: 17431498. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
