



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
NÚCLEO I - AQUISIÇÕES

AVENIDA RIO BRANCO, Nº 311, 8º ANDAR CENTRO FONE: (21) 3095-6300 E-MAIL: CJU.RJ@AGU.GOV.BR 20.040-009 RIO DE JANEIRO-RJ

PARECER n. 00109/2020/CJU-RJ/CGU/AGU

NUP: 08657.119600/2019-56

INTERESSADOS: SUPERINTENDÊNCIA DA POLÍCIA RODoviÁRIA FEDERAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

PROCESSO Nº 08657.0119600/2019-56.

ÓRGÃO ASSESSORADO: Polícia Rodoviária Federal - Superintendência no Rio de Janeiro

ASSUNTO: Análise de procedimento licitatório. Aquisição. Pregão Internacional eletrônico. Sistema de Registro de Preços.

VALOR: R\$ 6.050.260,00

EMENTA: I – PREGÃO INTERNACIONAL CUJO VALOR SEJA SUPERIOR A R\$ 500.000,00.

II. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. Legislação Aplicável: Lei nº 10.520/02, Decreto nº 5.450/05, Decreto nº 7.892/13, Lei nº 8.666/93 e Decreto n. 8.538/15.

III. Registro de preços para eventual aquisição de placas Standalone Balísticas.

IV. Regularidade Formal do Processo. Limites impostos pelo Decreto nº 7.689/2012. Adequação da Modalidade Licitatória- Pregão Internacional.

V. Análise do procedimento licitatório. Pelo prosseguimento do feito após observados e cumpridas as recomendações e ressalvas tecidas.

I – RELATÓRIO

1. Trata-se de processo oriundo do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Polícia Rodoviária Federal. Superintendência Regional do Rio de Janeiro, que tem por objeto a eventual aquisição de placas Standalone, dispostas em 02 (dois) itens, conforme especificação constante no Termo de Referência. Não há órgãos participantes.

2. O processo foi encaminhado eletronicamente a advogada em 01 (UM) PDF constantes em 01 (um) arquivo localizado na sequência 7, num total de 196 folhas com documentação suficientes para a análise jurídica.

a) Parecer 03822/2019/CJU-RJ/CGU/GU – fls. 143/158;

b) Termo de referência com aprovação do Ordenador de Despesas – fls. 159/171; e

c) Edital – fls. 172/196.

II - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

3. Nota-se que o presente processo foi objeto de apreciação por meio do Parecer nº 03822/2019/CJU-RJ/CGU/AGU, de 02.11.19, Seq5 - PDF1, tendo sido recomendado, naquela oportunidade, a juntada/tomada aos autos dos/das seguintes documentos/providências, atendidas conforme abaixo.

(a) A Licitação é internacional quando há divulgação no exterior, e não pela simples participação de empresas estrangeiras. Não se localizou informação quanto ao procedimento de divulgação no exterior e **nem a justificativa para a adoção do Pregão eletrônico => atendida através do subitem 25.11.1 do Edital às fls. 196;**

(b) O art. 42, caput, da Lei nº 8.666/93 determina que na concorrência internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. E mais: o § 1º do referido artigo estabelece que na hipótese de ser permitido ao licitante estrangeiro cotar sua proposta de preços em moeda estrangeira, o licitante brasileiro também poderá cotar o seu preço com base na moeda alienígena. Não se localizou no acervo eletrônico informação no Edital => **atendida às fl. 176 – subitem 67 do Edital.**

(c) deve constar do Edital a necessidade de as empresas estrangeiras, apresentarem documentos equivalentes aos das empresas nacionais, com especial ênfase para o fato de que estes deverão ser autenticados pelo consulado e traduzidos por tradutor juramentado. O edital deverá ajustar-se às diretrizes do comércio exterior. Isso porque a legislação pátria muitas vezes proíbe a importação de determinados bens e serviços. Logo, o objeto da contratação pretendido pela Administração – cuja descrição é obrigatória em todo e qualquer edital – não poderá contemplar bem ou serviço cuja importação seja vedada pela lei. Não consta informação sobre essa pesquisa. => **atendida no subitem 10.13.5 do Edital às fls. 186.**

(d) O órgão não apresentou a declaração de disponibilidade orçamentária e financeira, nos termos do art. 21 e art. 30, inc. IV do Decreto nº 5.450, de 2005, 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. Deve ser providenciada essa declaração como condição ao prosseguimento da pretendida licitação. => **Não localizado. Contudo, em conformidade com a Orientação Normativa AGU nº 20, de 1º de abril de 2009, na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária fica postergada para o momento da assinatura do contrato ou instrumento equivalente, devendo o responsável zelar pelo seu atendimento.**

(e) Por fim, o órgão Consulente deverá enviar as novas minutas para análise de acordo com o Decreto nº 10.024/2019, sendo devidamente aprovadas => **Atendida às fls. 159/196.**

III - FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

3. 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.

4. 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.

IV - REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO

5. De acordo com o art. 22 da Lei nº 9.784/9, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

6. 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.

7. Nos autos submetidos à análise, não foram constatadas propriamente irregularidades.

DO PREGÃO ELETRÔNICO INTERNACIONAL

A Licitação é internacional quando há divulgação no exterior, e não pela simples participação de empresas estrangeiras. Não se localizou informação quanto ao procedimento de divulgação no exterior.

Em regra, a concorrência é a modalidade de licitação cabível para o processamento da licitação internacional, ex vi do preceito contido no § 3º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

“§ 3º. A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de de direito real de uso e nas *licitações internacionais*, admitindo-se, nesse último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.” (grifei)

Não se localizou no acervo eletrônico remetido a informação quanto à divulgação no exterior e nem a justificativa para a adoção do Pregão eletrônico => atendida através do subitem 25.11.1 do Edital às fls. 196;

O art. 42, caput, da Lei nº 8.666/93 determina que na concorrência internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. E mais: o § 1º do referido artigo estabelece que na hipótese de ser permitido ao licitante estrangeiro cotar sua proposta de preços em moeda estrangeira, o licitante brasileiro também poderá cotar o seu preço com base na moeda alienígena.

Não se localizou no acervo eletrônico informação no Edital => atendida às fl. 176 – subitem 67 do Edital.

Aproveita-se, nesse Parecer, o estudo publicado no artigo “ Pregão internacional como modalidade licitatória” de Clodoaldo Ferreira Vieira.

As licitações internacionais devem promover a isonomia, e fomentar a maior disputa entre os concorrentes, como em todos os demais procedimentos apontados na Lei 8.666/93, em licitações realizadas através do pregão.

O artigo 23, § 3.º da Lei 8.666/93 alerta para o fato de só poderem ser utilizadas nas licitações internacionais as modalidades de concorrência, tomada de preços ou excepcionalmente convite, como descrito expressamente no referido dispositivo legal. A despeito da norma assim determinar, o sentido lógico, no caso de aquisição de bens e serviços comuns onde a regra é a aquisição independentemente do valor da contratação, é que o pregão como uma das seis modalidades de licitação, apresenta-se de maneira idêntica às modalidades acima elencadas apenas diferindo destas no que se refere a seu aspecto formal.

O mesmo entendimento se reflete na Decisão 243/2009 do Tribunal de Contas do Distrito Federal:

[...] O dispositivo legal citado (art. 23, § 3.º, da Lei n.º 8.666/93) permite a realização de licitação internacional nas diversas modalidades elencadas à época da edição da norma, desde que observados os requisitos legais. A modalidade de licitação denominada pregão, segundo dispõe a Lei n.º 10.520/2002, poderá ser adotada em substituição às estabelecidas na Lei de Licitações desde que para aquisição de bens e serviços comuns. A falta de previsão na Lei instituidora não implica necessariamente sua vedação de utilização em certames internacionais, cuja admissão, em princípio, é possível desde que atendidos os requisitos previstos no citado artigo 23 da Lei de Licitações.[37]

Desta forma, o pregão se apresenta como uma nova modalidade licitatória do mesmo nível das avençadas no artigo 23, § 3.º, da lei 8.666/93 não havendo de se falar em proibição quanto a sua utilização nos casos ali postulados.

Não se resume o entendimento apenas no âmbito do pregão comum, como podemos observar na continuidade do referido Relatório do Tribunal de Contas do Distrito Federal acima citado:

Acrescenta, conforme citado pelo pregoeiro à fl. 51 (proc. anexo), esta Casa apreciou situação semelhante no Pregão Eletrônico n.º 495/2007 de interesse da Polícia Civil do DF (Processo TCDF nº 35004/2007) sem que se tenha promovido qualquer ressalva quanto à utilização da modalidade questionada pelo presente. (Tribunal de Contas do Distrito Federal. Decisão 243/2009).

Sob o ponto de vista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, não há óbice para a execução do Pregão na modalidade internacional.

O pregão comum foi instituído pelo Decreto n.º 3.555/2000, cujo qual, estabelece as normas e exigências para a habilitação dos licitantes nessa modalidade. Com referencia a empresas estrangeiras, estas deverão apresentar documentos equivalentes aos das empresas nacionais, com especial ênfase para o fato de que estes deverão **ser autenticados pelo consulado e traduzidos por tradutor juramentado, conforme podemos observar no art. 16.º, abaixo transcrito:**

Art. 16. Quando permitida a participação de empresas estrangeiras na licitação, as exigências de habilitação serão atendidas mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado.

Parágrafo Único. O licitante deverá ter procurador residente e domiciliado no País, com poderes para receber citação, intimação e responder administrativa e judicialmente por seus atos, juntando os instrumentos de mandato com os documentos de habilitação.(VIEIRA, 2011. p. 119).

Observe-se que o artigo em epígrafe não difere do disposto no artigo 32, § 4.º, da Lei 8.666/93, evidenciando que os respectivos dispositivos legais não conflitam quanto à participação de empresas estrangeiras nos certames licitatórios correspondentes.

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração, ou publicação em órgão da Imprensa Oficial.

[...]

§ 4º. As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa e judicialmente. (VIEIRA, 2011. p. 40).

Atente-se para o fato de que esse dispositivo legal já se harmonizava com a Lei Geral de Licitações antes da edição da Lei 10.520/2002, a qual dispõe, expressamente em seu artigo 9.º, que esta deverá ser aplicada subsidiariamente, no que couber, ao pregão, conforme podemos observar na transcrição abaixo:

Art. 9. Aplicam-se **subsidiariamente, para a modalidade de pregão** (grifo meu), as normas da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. (VIEIRA, 2011. p. 134.).

Quanto ao tema, se pronuncia a Secretaria de Planejamento de Minas Gerais nos seguintes termos:

Quando a Lei Federal n.º 8.666/93 e a Lei Federal n.º 10.520, de 2002, calam-se acerca de pregão internacional, não devemos entender imediatamente como vedação. Afinal, os princípios da eficiência, da proporcionalidade, da razoabilidade, da impessoalidade e da moralidade são capazes de sustentar a aplicação efetiva do pregão internacional. E, nesse aspecto, o Decreto Estadual n.º 42.408, de 2002, e o Decreto Federal n.º 3.555, de 2000, ao permitirem a participação de empresa estrangeira em pregão, não contrariam o sistema jurídico anterior. E como componentes desse mesmo sistema, se o administrador admitir a utilização do pregão internacional, estará agindo de acordo com a legalidade. (PARECER SEPLAG/AJA N.º 2.061/05, de 09 de novembro de 2005 – Belo Horizonte).

Claro está que estes institutos não conflitam entre si, ao contrário, se complementam e se integram no Pregão evidenciando assim, como concluído no raciocínio anterior sobre a Lei 10.520/2002, que não há pressuposto legal contrário à sua adoção pelos demais entes da Federação.

PREGÃO ELETRÔNICO

O art. 15.º do Decreto :

Art. 15. Quando permitida a participação de empresas estrangeiras na licitação, as exigências de habilitação serão atendidas mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados ou embaixadas e traduzidos por tradutor juramentado no Brasil.(VIEIRA, Jair Lot. 2011. p. 162).

Diferentemente do disposto no Parágrafo único do Decreto 3.555/2000, o legislador, no instituto legal em epígrafe, não se preocupou com a necessidade de procurador residente e domiciliado no País para responder e ser responsabilizado, jurídica e administrativamente, pelos seus atos. Limitou-se apenas à exigência de documentos equivalentes aos nacionais para habilitação de empresas estrangeiras.

Diante deste fato, o Decreto 5.450/2005, apresenta-se a princípio, incerto quanto à segurança jurídica para a participação de empresas estrangeiras no pregão eletrônico, uma vez que não há como determinar a responsabilidade jurídica e administrativa na ausência de um procurador que responda por esses atos. Note-se, também, que o referido dispositivo legal ainda deixa de taxativamente citar a Lei geral de Licitações como de aplicabilidade subsidiária necessária no que couber.

A situação é semelhante à do pregão comum e, portanto, legalmente não encontramos óbice também para adoção do pregão eletrônico na modalidade Internacional em âmbito Federativo. Adotam-se as mesmas regras das demais modalidades licitatórias diferindo apenas o aspecto formal na habilitação e nos lances, uma vez que são utilizados recursos de tecnologia de informação para a sua realização.

Sob o ponto de vista legislativo, à luz das conclusões anteriores, não há, a princípio, vedação da utilização do pregão na modalidade Internacional.

Sobre o ponto de vista do princípio da igualdade entre os licitantes nacionais e internacionais, conforme nos ensina Hely Lopes Meirelles:

[...] é o princípio primordial da licitação – previsto na própria Constituição da República (art. 37, XXI) –, pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que impeçam ou afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento (art. 3.º, § 1.º).

Sobre o aludido princípio, especificamente no que se refere à licitação de maneira geral, nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que:

O princípio da *igualdade* (grifo do autor) implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.

O art. 3.º, § 1.º da Lei 8.666/93, referenciado acima por Hely Lopes Meirelles, estabelece, em seu inciso II, que nas licitações internacionais, brasileiros e estrangeiros gozam dos mesmos direitos.

No entendimento de Marçal Justen Filho:

O inc. II determina o tratamento uniforme dos licitantes nacionais e não nacionais. Se a administração adotar determinada exigência, deverá aplicá-la de modo genérico. Por igual, deverão ser estabelecidas regras uniformes acerca de moeda, modalidade e local de pagamento, respeitadas as disposições da própria lei.

O dispositivo consagra o chamado “princípio da generalidade” (grifo do autor), que se vincula a isonomia, [...].

No entanto, notória é nesse País a elevada carga tributária em todos os setores de arrecadação, o que não exclui, dentre estes, as empresas brasileiras. Desta forma, a fim de preservar e equiparar a empresa nacional, a lei prevê que “Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidos dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda” (art. 42, § 4.º da Lei 8.666/93).

Nos casos em que a lei não expressa taxativamente hipóteses de procedimentos que estejam harmonicamente sintonizados com os ditames da administração, deverá prevalecer o disposto no artigo 3.º da Lei 8.666/93 como regra geral, como bem nos ensina Marçal Justen Filho:

Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3.º. Se existir mais de uma solução compatível com ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo.[46]

Ressalte-se que a lei ao mesmo tempo em que tem como pedra fundamental os princípios elencados em seu art. 3.º, especialmente o da isonomia, estabelece no § 2.º do referido artigo, preferências na situação em que ocorra empate entre as propostas dos licitantes, dentre estas, em especial, os *bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional*.

A lei tem sua extensão em nível de todas as modalidades licitatórias, incluindo o pregão. Sendo assim, a lógica neste caso é que se aplica a mesma regra subsidiariamente nos certames licitatórios de modalidade Internacional.

Feitas estas observações acerca da equiparação das empresas brasileiras com as estrangeiras, o que se extrai de conclusivo é que as recentes mudanças na Lei geral trouxeram a quebra da isonomia em relação às licitações na modalidade internacional de uma maneira geral, e que, em seu aspecto formal, ficou explícito que tais regras deverão incidir também na modalidade pregão.

Com referência ao Pregão, na modalidade Internacional, apesar do silêncio da doutrina sobre o tema, pelo ponto de vista da jurisprudência, o que se observa de conclusivo é que não existe óbice para sua utilização e aplicação pelos entes federativos, uma vez que legalmente, tanto na Lei Geral, como na Lei do Pregão, taxativamente não existe essa restrição. Observe-se que a esse respeito, com a alteração imposta pela Lei 12.349/2010, sofreu a Lei Geral, profundas alterações que afetam principalmente as Licitações Internacionais, sendo estas sim taxativamente entendidas ao pregão.

Portanto, deve constar do Edital a necessidade de as empresas estrangeiras, apresentarem documentos equivalentes aos das empresas nacionais, com especial ênfase para o fato de que estes deverão **ser autenticados pelo consulado e traduzidos por tradutor juramentado. O edital deverá ajustar-se às diretrizes do comércio exterior. Isso porque a legislação pátria muitas vezes proíbe a importação de determinados bens e serviços. Logo, o objeto da contratação pretendido pela Administração – cuja descrição é obrigatória em todo e qualquer edital – não poderá contemplar bem ou serviço cuja importação seja vedada pela lei.**

Não consta informação sobre essa pesquisa. => atendida no subitem 10.13.5 do Edital às fls. 186.

Há que se compatibilizar o contrato objetivado pela Administração com o controle monetário exercido pelos órgãos competentes. Daí por que motivo o art. 42, *caput*, determina que o “edital deverá ajustar às diretrizes da política monetária” **se permitida a cotação em moeda estrangeira.**

Os órgãos competentes deverão ser consultados acerca da disponibilidade de recursos em moeda estrangeira. Isso quer dizer que não se verifica, apenas, a previsão de recursos orçamentários, mas o saldo disponível de numerário em moeda estrangeira para celebração do contrato.

V - LIMITES DE CONTRATAÇÃO PREVISTOS NO DECRETO Nº 7.689, de 2012

8. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 7.689/2012 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 Orçamento Fiscal e da Seguridade Social, dos quais se destaca a previsão contida em seu artigo 2º.

9. A Portaria nº 249, de 13 de junho de 2012, estabeleceu normas complementares para o cumprimento do mencionado Decreto, prevendo em seu artigo 3º que as atividades de custeio decorrem de contratações diretamente relacionadas às atividades comuns a todos os órgãos e entidades que apoiam o desempenho de suas atividades institucionais.

10. A autoridade assistida deve certificar-se sobre a natureza da atividade a ser contratada – se constitui ou não atividade de custeio -, adotando as providências necessárias, se for o caso, o que poderá ser feito em qualquer fase do processo de contratação até antes da assinatura do contrato ou do termo aditivo de prorrogação, podendo ser concedida por despacho no próprio processo, por memorando ou ofício, por meio eletrônico com assinatura digital ou outro meio idôneo que registre a autorização expressa da autoridade competente, consoante § 1º do artigo 4º da citada Portaria.

11. Recomenda-se, ademais, observar os termos dos seguintes regulamentos: Decretos nº. 8.540/15 e 8.541/15, e as Portarias nº. 7/16 e 67/16, ambas, do MPOG, os quais, em apertada síntese, estabelecem no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, medidas de racionalização do gasto público nas contratações para aquisição de bens e prestação de serviços e outros dispositivos.

12. No caso dos autos, consta tal informação no documento de fls. 16.

VI - DA ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ELEITA

13. No caso, pretende-se a eventual aquisição de bens que foram classificados pelo órgão consulente como “bens comuns”, conforme se depreende no subitem 3.1 do termo de referência – fls. 110.

14. Atestada a natureza comum dos bens pretendidos, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520, de 2000, julga-se adequada a opção do órgão pela contratação mediante pregão.

15. 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, de maneira que a escolha do Administrador se encontra em conformidade com o regime jurídico pertinente.

16. E o artigo 3º do Decreto nº 7.892, de 2013 enumera em seus incisos as situações nas quais deverá ser adotado o Sistema de Registro de Preços. Tais hipóteses são exaustivas, taxativas, consoante entendimento exarado no PARECER Nº 109/2013/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho nº 265/2014/SFT/CGU/AGU. Encontra-se, com efeito, superado o entendimento, outrora adotado no âmbito desta Consultoria, de que tais hipóteses não eram exaustivas, dependendo, sob o lastro da ultrapassada visão, a utilização do referido sistema mais do atendimento ao interesse público do que do enquadramento preciso em uma delas, consoante PARECER Nº 125/2010/DECOR/CGU/AGU (revogado), que entendeu cabível a utilização do sistema sob o fundamento de contingenciamento orçamentário, por exemplo.

17. Desta forma, é necessário indicar a hipótese em que se enquadra o pretendido registro de preços.

18. No caso concreto, o órgão informa que a contratação se enquadra em uma das hipóteses do art. 3º do Decreto nº 7.892 de 2013.

ATUALIZAÇÃO DE PREÇOS NA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

19. A atualização de preços no registro é diretriz estabelecida pela própria Lei nº 8.666/93, art. 15, § 3º, II, e regulamentado pelo Decreto Federal nº 7892/2013, em seus artigos 17, 18 e 19. Primeiramente, cumpre informar que, não há que se confundir a revisão dos preços com os institutos de reajuste e repactuação. Em síntese, a Revisão nada mais é que o próprio reequilíbrio econômico-financeiro, baseado na Teoria da Imprevisão, que exige, para sua incidência, a comprovação real da ocorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado (ex.: aumento exacerbado do petróleo, gasolina, nos objetos compostos por tais elementos). A revisão tem fulcro legal no artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 e artigos 17, 18 e 19 do Decreto Federal nº 7892/13 e não possui prazo mínimo para sua concessão (ou seja, comprovado o aumento dos custos gerador de ônus insuportável ao fornecedor, poderá ocorrer a revisão após um dia, uma semana, um mês da assinatura da Ata de Registro de Preços). 18. 20. O Reajuste, por outro lado, é o instituto hábil a corrigir os efeitos da inflação, da desvalorização da moeda, tendo fulcro legal na Lei nº 10.192/2001, artigos 2º e 3º, artigo 40, XI, Lei nº 8666/93. O Reajuste, diferentemente da revisão, possui prazo mínimo para sua concessão: doze meses do aniversário do preço (ou seja, doze meses contados da data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir). É efetuado por meio de índice previamente estabelecido no edital, fato que permite afirmar que o reajuste consiste em simples correção matemática, aplicando o índice previsto no instrumento convocatório. 19. A Repactuação dos preços, é espécie de reajuste, sendo utilizada para serviços de natureza continuada, com fulcro na Lei nº 10.192/2001 e, também, possui prazo mínimo para que possa ser aplicada: doze meses do aniversário do preço. A diferença é que a repactuação não possui índice previsto no edital ou no contrato, pois a variação ocorre durante a execução contratual (ex.: dissídio coletivo). 20. O objeto sob análise é unicamente a revisão dos preços registrados, tendo em vista sua expressa previsão no decreto 7.892/13:

Art. 17. Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações junto aos fornecedores, observadas as disposições contidas na alínea “d” do inciso II do caput do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

21. A leitura do teor do art. 17 supra nos remete imediatamente ao instituto do reequilíbrio econômico e financeiro contido na lei 8.666/93 e tal instituto deve ser estudado de forma a permitir uma correta compreensão dos efeitos causados ao registro de preços de uma tabela ou lista de produtos quando registrados a partir da aplicação de percentual de desconto. Se aplicarmos cegamente o registro de desconto sobre uma "price list", teremos como consequência imediata da correção dos valores desta lista a majoração dos próprios valores registrados, eis que o desconto estaria incidindo sobre preços mais altos. À luz fria dos atos normativos em vigor no Brasil, tal alteração de

valores viola frontalmente a legalidade, eis que estaríamos aplicando um aumento dos preços registrados de forma automática, indexando os valores da ata e, pior, tal indexação seria controlada unilateralmente pelo próprio fabricante controlador dos preços. Tal situação é impensável. Cabe destacar que, quando estamos tratando de preços controlados pelo poder público, tem-se uma certa tolerância aos olhos da jurisprudência do TCU, admitindo excepcionalmente tal variação na aquisição de combustíveis, por exemplo.

22. No caso concreto ora analisado, não estamos diante de preços controlados pelo Poder Público e não pode ser admitida a aplicação leviana e banal do instituto do reequilíbrio econômico e financeiro descrito na lei 8.666/93. A esse respeito cabe trazer à colação o teor do art. 65, d):

"Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual."

23. Da leitura do dispositivo legal acima podemos concluir claramente que não é qualquer variação de custos argumento para a aplicação da correção dos preços contratados, mas sim aquelas que sejam imprevisíveis ou de consequências incalculáveis. Não fosse assim o próprio instituto do registro de preços pelo período de 12 meses seria inviável. Uma pequena variação de custos ao longo do período de um ata de registro de preços é algo obviamente previsível e esperado. Como imaginar a ausência de variação de preços para o registro de alimentos ou medicamentos, por exemplo. O licitante, ao apresentar sua proposta, em um cenário de economia estável como a nossa, com inflação controlada, já sabe que sua proposta sofrerá ao longo de 12 meses, em condições regulares da economia, uma pequena defasagem de preços, mas tal variação não tem o condão de autorizar um pedido de revisão de preços registrados por não atender aos requisitos legais de imprevisibilidade e/ou impossibilidade de cálculo das consequências. Uma mera redução já esperada da margem de lucro não transforma o contrato imediatamente em uma relação desequilibrada e passível de alteração. 24. Conclui-se portanto que o registro de preços incidente sobre uma lista de peças, como no caso sob análise, não pode sofrer reajuste/majoração/alteração/correção/revisão como consequência imediata e instantânea de qualquer alteração de preços promovida pelo fabricante. Pelo contrário, para a incidência do instituto do reequilíbrio econômico e financeiro, natureza esta compartilhada pela revisão da ata de registro de preços prevista no art. 17 do decreto 7.892/13, deve ser efetivamente demonstrada, através de processo administrativo, que as alterações nas condições contratuais, além de imprevisíveis ou incalculáveis, desequilibraram a relação de forma tão forte que a própria manutenção da ata de registro de preços importaria ao registrado um prejuízo injusto. Não fosse assim, teríamos que "rever" toda e qualquer ata de registro de preços durante sua vigência, uma vez que na economia real todos os preços são dinâmicos, variando constantemente. O que deve-se ter em mente é que essas variações tendem a ser pequenas e previsíveis, normalmente não sendo capazes de, em um intervalo de 12 meses, causar tamanho desequilíbrio autorizando a revisão da ata.

24. Tem-se por todo o exposto que, mesmo que seja autorizado o registro de um percentual de desconto sobre uma "price list" em razão de não ser possível definir previamente quais peças serão utilizadas, não é razoável permitir cegamente um imediato aumento de preços por uma mera correção dos preços registrados promovida pelo fabricante. Cabe a necessidade de o distribuidor registrado comprovar financeiramente que a alteração era imprevisível e que causou consequências de ordem financeira capazes de tornar o fornecimento das peças prejudicial, sendo inevitável a necessidade de revisão dos valores da ata. Assim, uma vez julgada a licitação pelo maior percentual de desconto, a lista de preços então vigente deverá ser arquivada junto ao processo e servirá de referência durante toda a vigência da ata, sendo revista em seus valores tão somente dentro das condições legais autorizadoras da incidência do reequilíbrio econômico e financeiro, não sendo razoável sua revisão automática.

Cumpra ainda observar que, permitir cegamente um imediato aumento de preços por uma mera correção dos preços registrados promovida pelo fabricante não é razoável. Cabe a necessidade de o distribuidor registrado comprovar financeiramente que a alteração era imprevisível e que causou consequências de ordem financeira capazes de tornar o fornecimento das peças prejudicial, sendo inevitável a necessidade de revisão dos valores da ata. Assim, uma vez julgada a licitação pelo maior percentual de desconto, a lista de preços então vigente deverá ser arquivada junto ao processo e servirá de referência durante toda a vigência da ata, sendo revista em seus valores tão somente dentro das condições legais autorizadoras da incidência do reequilíbrio econômico e financeiro, não sendo razoável sua revisão automática.

Reporta-se, por fim, ao pronunciamento sobre o Edital.

VII – ADOÇÃO DE CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

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

26. Com efeito, as contratações da Administração Pública deverão contemplar os critérios da sustentabilidade ambiental, tendo por fundamento, a Constituição Federal, 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.

27. 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.

28. Ademais, lembra-se que as observações concernentes aos critérios de sustentabilidade encontram-se bem explicitadas no Guia Prático de Licitações Sustentáveis elaborado pela CJUSP, que dada a sua relevância, recomenda-se a leitura.

29. 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.

30. Referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.404, de 23/12/2010, merecendo especial destaque os seus artigos 5º, 6º e 7º.

31. Por outro lado, nos termos do art. 1º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 1, de 19/01/2010, “as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias primas”.

32. 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 (vide o Guia Prático de Licitações Sustentáveis da CJU/SP para uma lista abrangente de objetos sujeitos a disposições normativas de caráter ambiental).

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

34. Notamos às fls. 13/14 – item 3.4 que foram feitas exigências relativas à sustentabilidade. Atitude louvável do Órgão Consultante.

35. Por precaução, recomenda-se à área técnica promover consulta no Guia Nacional de Licitações Sustentáveis, elaborado pela Consultoria-Geral da União de forma a verificar sua aplicabilidade ao objeto do certame, promovendo adequações necessárias, sem prejuízo das recomendações supra. Segundo nota explicativa constante do modelo padrão AGU/CGU de Termo de Referência, pertinente à aquisição – pregão eletrônico, uma vez exigido qualquer requisito ambiental na especificação do objeto, deve ser prevista a forma de comprovação de seu respectivo cumprimento na fase de aceitação da proposta.

VIII - DA MARGEM DE PREFERÊNCIA

36. Quanto à hipótese da margem de preferência, sua previsão deve estar contida no Termo de Referência.

37. Atualmente apenas vigora o Decreto nº 7.174/2010, que trata de bens e serviços de informática. Todos os demais Decretos não estão mais em vigor.

38. No presente caso, não se trata de aquisição bens e serviços de informática, de forma que não se aplicará tal decreto.

IX - ANÁLISE DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO

39. A seguir, passa-se à verificação do atendimento dos requisitos previstos no Decreto nº 5.450, de 2005, Decreto nº 2.271, de 1997, Decreto nº 8.538, de 2015, Lei Complementar nº 123, de 2006, Lei nº 11.488, de 2007, conjugados com as regras da Lei nº 10.520, de 2002 e da Lei nº 8.666, de 1993, necessários à instrução da fase preparatória do pregão, sendo certo que cabe ao Administrador observar as demais exigências concernentes à fase externa do procedimento em momento oportuno, posterior a presente manifestação jurídica.

40. Assim, serão tecidas considerações acerca das determinações constantes do ordenamento jurídico, em face do caso vertente, com a ressalva de que os textos das minutas anexadas serão analisados em tópicos especialmente

abertos para essa finalidade.

Justificativa da contratação

41. Quanto à justificativa da contratação, em conformidade com o que determina o art. 9º, III e art. 30, I, ambos do Decreto nº 5.450, de 2005, 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 dos quantitativos estimados, contemplando os requisitos mínimos estabelecidos na Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 2008, especialmente em seu art. 15, inc. I, que arrola os principais elementos que deverão ser previstos na justificativa apresentada no caso de contratações de serviços. Não obstante, entendemos que os requisitos lá arrolados servem de importante baliza para a elaboração da justificativa também em casos de compras.

42. No que toca à especificação do objeto, esta deverá atender às normas técnicas elaboradas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT - eventualmente existentes, nos termos da Lei nº 4.150, de 1962. É certo que o aumento do nível de 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. 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.

43. Como a especificação qualitativa do objeto, constante do termo de referência, é técnica, escapando da área de conhecimento do subscritor do presente opinativo, por cautela, se houver menção à marca/fabricante sem que seja seguida das expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade” ou outras análogas, há que se observar as diretrizes abaixo expostas, sob pena de suprimir tal menção;

44. A princípio, a lei veda a preferência por marca – art. 15, §7º, inc. I, por representar restrição à ampla competitividade do certame. Todavia, não se pode olvidar que a própria lei, em seu art. 7º, parágrafo 5º admite a indicação de marca, características ou especificações exclusivas, desde que tecnicamente justificável, o que também é sustentado pela doutrina. Portanto, a justificativa correspondente deverá pautar-se em critérios técnicos e objetivos que demonstrem a sua imprescindibilidade para a plena satisfação do interesse público.

45. Desta forma, a proibição deve ser interpretada no sentido de que a marca não poderá ser indicada como o objeto da contratação em si. Ou seja, o administrador não poderá externar sua preferência por contratação de certa marca, a seu talante, sem a correspondente motivação técnica objetiva e fundamentada. Portanto, a referência à marca deve ser consequência das características específicas do objeto e não pressuposto, sob pena de indevida restrição da licitação e quebra da isonomia dos licitantes.

46. Por outro lado, consoante diretrizes do TCU nos Acórdãos nº 2.300/2007 – Plenário e 1.344/2009 – 2ª Câmara, também é admissível a indicação de marca/fabricante, quando for necessária como parâmetro ou referência para as especificações qualitativas do objeto, para facilitação de sua identificação, devendo, neste caso, vir acompanhada das expressões “equivalente, similar ou de melhor qualidade”.

47. Por fim, registre-se que a Súmula nº 270/2012 do TCU admite, desde que previamente justificada, a indicação de marca para licitação de compras (inclusive *softwares*), para fins exclusivos da padronização, como preceitua o art. 15 da Lei nº 8.666/1993.

48. Pelo exposto, pode-se concluir que a indicação de marca é permitida nas seguintes situações:

- a) Na presença de justificativa técnica sólida que demonstre a sua imprescindibilidade para a satisfação do objeto da contratação, inclusive para fins de padronização;
- b) Quando necessária, como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, caso em que deverá ser seguida das expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”.

49. Demais disso, no caso de exigência de materiais pré-qualificados e padronizados impõe-se a juntada aos autos da documentação comprobatória da aludida pré-qualificação e padronização, incluindo, dentre outros, a

metodologia adotada para a eleição dos produtos, relatórios, pareceres técnicos, atas de reunião das comissões designadas para esses fins específicos, bem como a comprovação da divulgação dos produtos pré-qualificados e padronizados.

50. Sem prejuízo da observância do acima exposto, convém, outrossim, não se olvidar dos seguintes ensinamentos doutrinários, *in verbis*:

“(...) O que se reprova de modo absoluto é a contaminação da escolha do objeto pela influência publicitária que uma marca apresenta, especialmente agravada numa sociedade em que os processos de marketing são extremamente eficientes. Em última análise, a Lei veda a escolha imotivada. Quando o critério é simplesmente a marca existe decisão arbitrária.

*Havendo motivação técnico – científica adequada, a escolha da Administração não apresentará defeitos. (...)”.*Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p.276/277; 11ª edição, editora dialética, SP/ 2005).

51. Atenção para características ou especificações exclusivas (detalhes sobre o acondicionamento do produto, tipo de embalagem, peso, tamanho etc., típicas de produtos de determinado fabricante) que podem direcionar por via indireta o objeto à determinada marca, o que é vedado, salvo na presença de justificativa técnica sólida que demonstre a sua imprescindibilidade para a satisfação do objeto da contratação, inclusive para fins de padronização.

52. Como regra, quanto à descrição qualitativa que faz remissão a modelos convém trazer à baila a seguinte recomendação extraída do “Informativo de Licitações e Contratos” nº 167/2013 do TCU, *in verbis*:

“A especificação, no edital, de produto ou bem cuja descrição e características correspondem a modelo exclusivo de determinado fabricante, sem que haja justificativas técnicas, afronta o disposto nos arts. 3º caput e § 1º, e 7º, § 5º, da Lei n. 8.666/93 c/c o artigo 9 da Lei n. 10.520/02.”

53. Sem prejuízo do acima exposto, ressalta-se que deve ser evitada a exigência de que os produtos sejam da mesma marca/fabricante do equipamento (originais), sendo admissíveis outros (similares) que cumpram as mesmas especificações qualitativas, a não ser que fique demonstrado o contrário, caso em que deverão ser apresentadas as correspondentes justificativas técnicas nos autos.

54. 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. Outrossim, é cediço que muitas vezes, o preço do produto pode variar em função da quantidade da aquisição, como ocorre na economia de escala. Desta forma, fica evidenciada a essencialidade de se fixar a estimativa adequada para propiciar a apresentação de propostas/lances coerentes, visando ao êxito do certame com resultados verossímeis. De fato, é nesse sentido que a doutrina e o TCU aconselham, ao recomendar a fixação no edital do SRP não apenas da quantidade máxima dos itens licitados, mas também estabelecer lotes mínimos – é dizer, quantitativo mínimo a ser fornecido a cada pedido -, para a obtenção de preços por atacado e, em decorrência, mais favoráveis à Administração.

55. Necessário, pois, que a justificativa contenha esclarecimentos acerca da metodologia utilizada para a previsão idônea dos quantitativos estimados do certame – tanto o quantitativo máximo da ata, quanto o lote mínimo de cada pedido, ressaltando que, por lógica, o quantitativo máximo da ata deverá corresponder a um número múltiplo do lote mínimo de cada pedido.

56. No caso em tela, há justificativa da contratação item 3 do Termo de referência. **Lembramos que os quantitativos estimados costumam ser objeto de análise por parte dos órgãos de controle. Quanto à especificação qualitativa do objeto, recomenda-se observar as diretrizes constantes dos parágrafos 34/49 supra.**

Autorização para abertura da licitação

57. 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.

58. No presente caso, tal exigência foi cumprida às fls. 14.

Termo de referência com a aprovação da autoridade competente

59. Em primeiro plano, nota-se que foi observada a determinação contida no item b.4 do Ofício Circular nº 001/2017-CJU-RJ/CGU/AGU, de 10/01/2017, segundo a qual *os órgãos assessorados deverão manter as notas de rodapé dos modelos utilizados para a elaboração das minutas e demais anexos*, a fim de que os Órgãos Consultivos, ao examinarem os documentos, estejam certos de que os modelos são os corretos. O Termo de Referência 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, segundo estabelece o § 2º, do artigo 9º, do Decreto nº 5.450/2005.

60. No caso presente, observamos que tal documento foi adunado às fls. 107/122 e encontra-se devidamente aprovado pela autoridade competente.

Pesquisa de mercado

61. A pesquisa ampla e idônea, de cuja aceção se deduz, por lógica, outrossim, “atual”, com base no valor de mercado que deverá ser realizada pelo órgão gerenciador, de acordo com o § 1º do artigo 15, da Lei n.8.666/93 e art. 5º, inciso IV do Decreto 7.892, de 2013, 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, em consonância com o art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993.

62. Ressalte-se ainda a pesquisa deve ser ampla, idônea e atual, sendo essencial para propiciar a adequada estimativa de custos da contratação de forma transparente e proba. As diretrizes sobre procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral encontram-se dispostas na Instrução Normativa n. 5, de 27 de junho de 2014, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com alterações trazidas pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017, a seguir expostas:

“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://paineldeprescos.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 nº3, de 20 de abril de 2017) Continuação do PARECER nº 01771/2017/WLF/CJU-RJ/CGU/AGU. Página 14 de 17

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) ”

63. Com as modificações veiculadas pela citada IN 03/2017 SLTI, houve significativa mudança no procedimento, como se analisará a seguir:

64. Os quatro parâmetros citados no art. 2º da IN 05/2014 agora poderão ser utilizados de forma combinada ou não, devendo ser priorizados os previstos nos incisos I (Painel de Preços) e II (contratações similares de outros entes públicos), demonstrando-se nos autos a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência.

65. O preço de referência decorrerá da média, da mediana ou do menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais valores, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados no artigo 2º da citada IN. A utilização de outro método para a obtenção do resultado da pesquisa de preços deverá ser devidamente justificada pela autoridade competente.

66. No caso de se utilizar como parâmetro o da pesquisa com os fornecedores, somente serão admitidos os preços cujas datas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. O mesmo procedimento deverá ser adotado em relação às contratações similares de outros entes públicos, em razão da alteração trazida pela IN nº 03/2017 - SLTI, de modo que estas deverão estar em execução ou concluídas nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços.

67. A propósito, quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, estes deverão receber solicitação formal para apresentação de cotação, devendo 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.

68. É importante que se atente para que a pesquisa de preços se dê nos moldes do Termo de Referência, considerando exatamente as especificações do objeto, em especial as quantidades, a fim de preservar a fidelidade dos preços pesquisados em relação à aquisição almejada.

69. 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, etc.), como do seu teor. Alerta-se 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 se excluir aqueles demasiadamente discrepantes dos demais.

70. Para a obtenção do resultado da pesquisa de preços, não poderão ser considerados os preços inexequíveis ou os excessivamente elevados, conforme critérios fundamentados e descritos no processo administrativo. Não serão admitidas estimativas de preços obtidas em sítios de leilão ou de intermediação de vendas.

71. Com intuito de verificar o custo da contratação, o órgão realizou pesquisa de preços, conforme se extrai nos documentos às fls. 20/42 e mapa às fls. 43, termo explicativo da pesquisa de preços às fls. xxx e justificativa da estimação do valor às fls. xxx. Lembramos que os quantitativos estimados costumam ser objeto de análise por parte dos órgãos de controle.

72. De qualquer sorte, cabe à Administração observar todas as diretrizes supra e no caso reportar-se, se for o caso, às especificações da Licitação Internacional.

Previsão de recursos orçamentários

73. O órgão assessorado não juntou a declaração de disponibilidade orçamentária e financeira. Contudo, em conformidade com a Orientação Normativa AGU nº 20, de 1º de abril de 2009, na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária fica postergada para o momento da assinatura do contrato ou instrumento equivalente, devendo o responsável zelar pelo seu atendimento.

Designação do pregoeiro e equipe de apoio

74. 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.

75. No presente caso, tal exigência foi cumprida às fls. 75.

Da intenção para registro de preços

76. Nos termos do art. 4º do Decreto nº 7.892, de 2013, o procedimento de Intenção de Registro de Preços – IRP, a ser operacionalizado por módulo do Sistema de Administração e Serviços Gerais – SIASG, deverá ser utilizado pelos órgãos e entidades integrantes do SRP com a finalidade de registrar e divulgar os itens a serem licitados.

77. Caberá ao órgão gerenciador, através da Intenção de Registro de Preços, consolidar informações relativas à estimativa individual e total de consumo, bem como confirmar junto aos órgãos participantes sua concordância com o objeto a ser licitado, inclusive no que tange aos quantitativos e termo de referência/ projeto básico.

78. O art. 6º do aludido Decreto preceitua que será de competência do órgão participante, também mediante a utilização da Intenção de Registro de Preços, manifestar sua concordância com o objeto a ser licitado, antes da realização do procedimento licitatório, providenciando o encaminhamento ao órgão gerenciador de sua estimativa de consumo, local de entrega e demais especificações – termo de referência ou projeto básico, adequados ao registro de preços a que pretende fazer parte, garantindo que os atos relativos à sua inclusão estejam formalizados e autorizados por autoridade competente.

79. Consta resumo da intenção do registro de preços. Não consta Órgão Participante.

Minuta do edital e anexos

80. O art. 30, incisos VII e VIII do Decreto nº 5.450, de 2005 exige que o processo licitatório seja instruído com as minutas do edital, termo de referência e termo de contrato ou instrumento equivalente, e, se for o caso, minuta da ata de registro de preços.

81. A minutas se encontram anexadas da seguinte forma: edital – fls. 123/143. Termo de contrato – fls. 89/90. Ata de registro de preços – fls. 86/88.

X - ANÁLISE DAS MINUTAS

Considerações gerais sobre o Edital e Anexos.

82. Inicialmente, cumpre destacar que **A AGU ALTEROU NA DATA DE 26 DE AGOSTO DE 2019, SEUS MODELOS DE EDITAIS E ANEXOS VOLTADOS PARA COMPRAS. ENDEREÇO ELETRÔNICO DA AGU: WWW.AGU.GOV.BR – ATUAÇÃO – MODELOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – COMPRAS – PREGÃO ELETRÔNICO.**

PROPOMOS QUE O ÓRGÃO SE ATENHA AOS MODELOS DE EDITAL E ANEXOS DISPONIBILIZADOS PELA AGU. ATUALIZADOS.

83. Todavia, dado o seu caráter genérico, e considerando-se as possíveis peculiaridades de cada objeto, ressaltamos que o gestor responsável deverá tomar as medidas de cautela quanto a eventuais adaptações ou acréscimos que se fizerem necessários nas minutas para a sua adequação ao caso concreto. Além disso, uma vez que os modelos estão sujeitos a um processo dinâmico, o que importa em frequentes aperfeiçoamentos e atualizações, é possível que sejam feitas recomendações de adaptações nas minutas ao tempo de sua análise.

84. Além disso, uma vez que os modelos estão sujeitos a um processo dinâmico, o que importa em frequentes aperfeiçoamentos e atualizações, é possível que sejam feitas recomendações de adaptações nas minutas ao tempo de sua análise.

85. Com efeito, a princípio, a minuta, sob as ressalvas supra, será analisada sob a ótica da participação ampla. Consta às fls. 20/20v justificativa para afastamento da cota reservada para ME/EPP.

Termo de referência

86. O termo de referência, devidamente aprovado pela autoridade competente, constitui documento inaugural da contratação, na medida em que se presta à orientação do futuro contratado, com relação àquilo que deverá fornecer, assim como da própria Administração, que com ele define exatamente as necessidades a serem atendidas mediante a celebração do ajuste.

87. Em sua elaboração, o órgão deve atentar para os requisitos descritos no art. 9º, incs. I e II do Decreto nº 5.450, de 2005.

88. Nota-se que foi observada a determinação contida no item b.4 do Ofício Circular nº 001/2017-CJU-RJ/CGU/AGU, de 10/01/2017, segundo a qual *os órgãos assessorados deverão manter as notas de rodapé dos modelos utilizados para a elaboração das minutas e demais anexos*, a fim de que os Órgãos Consultivos, ao examinarem os documentos, estejam certos de que os modelos são os corretos. Consta termo de referência devidamente aprovado pela autoridade competente.

89. Apesar de se tratar de documento extremamente técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, ao próprio órgão assistido, ele parece não conter todas as previsões necessárias demandadas na lei de regência, razão pela qual serão apontadas as seguintes orientações:

a) recomenda-se que a planilha (subitem 1.1) seja retificada para o fim de constar as informações exigidas no modelo disponível no sítio eletrônico da AGU, tais como os quantitativos mínimos e máximos por item, na medida em que se trata de Pregão Eletrônico, com a adoção da sistemática do registro de preços

b) adequar o item 4 ENTREGA E CRITÉRIOS DE ACEITAÇÃO DO OBJETO de acordo com a minuta no sítio AGU/CGU, excluindo Nota Explicativa e demais questões não inerentes ao caso:

(...)

1. ENTREGA E CRITÉRIOS DE ACEITAÇÃO DO OBJETO. 1.1. O prazo de entrega dos bens é de dias, contados do(a), em remessa (única ou parcelada), no seguinte endereço

1.2. No caso de produtos perecíveis, o prazo de validade na data da entrega não poderá ser inferior a (.....) (dias ou meses ou anos), ou a (metade, um terço, dois terços, etc.) do prazo total recomendado pelo fabricante.

1.3. Os bens serão recebidos provisoriamente no prazo de(.....) dias, pelo(a) responsável pelo acompanhamento e fiscalização do contrato, para efeito de posterior verificação de sua conformidade com as especificações constantes neste Termo de Referência e na proposta.

Nota explicativa: Este item deve ser adaptado de acordo com as necessidades específicas do órgão ou entidade, apresentando-se, este modelo, de forma meramente exemplificativa.

Nota explicativa: Em caso de remessa parcelada, discriminar as respectivas parcelas, prazos e condições. Devem-se observar as tabelas existentes neste termo de referência, referentes aos órgãos e entidades participantes, onde devem ser estabelecidos o cronograma de contratação, quando for o caso, e o local de entrega do objeto.

Nota explicativa: Nos termos do art. 74 da Lei nº 8.666, de 1993, poderá ser dispensado o recebimento provisório nos casos de gêneros perecíveis e alimentação preparada.

1.4. Os bens poderão ser rejeitados, no todo ou em parte, quando em desacordo com as especificações constantes neste Termo de Referência e na proposta, devendo ser substituídos no prazo de(....) dias, a contar da notificação da contratada, às suas custas, sem prejuízo da aplicação das penalidades.

1.5. Os bens serão recebidos definitivamente no prazo de(.....) dias, contados do recebimento provisório, após a verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação mediante termo circunstanciado. 1.5.1. Na hipótese de a verificação a que se refere o subitem anterior não ser procedida dentro do prazo fixado, reputar-se-á como realizada, consumando-se o recebimento definitivo no dia do esgotamento do prazo.

1.6. O recebimento provisório ou definitivo do objeto não exclui a responsabilidade da contratada pelos prejuízos resultantes da incorreta execução do contrato.

Recomenda-se aprimorar a justificativa da aquisição, constante do item 2, à luz das diretrizes já expostas no parágrafo 47 supra.

Edital

90. Os requisitos e elementos a serem observados na minuta do edital são aqueles previstos no art. 9º, incs. IV e V do Decreto nº 5.450, art. 11, art. 9º do Decreto nº 7.892, de 2013 e art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993.

91. Deve-se ter atenção a algumas informações mínimas necessárias ao edital, como a estimativa de quantidade de itens a ser adquirida por órgãos não participantes, observando o disposto no § 4º do art. 22 do Decreto nº 7.892, de 2013, no caso do órgão gerenciador admitir adesões.

92. Outra informação que o edital deve prever é a realização periódica de pesquisa de mercado, com o escopo de comprovar a vantajosidade do preço licitado à Administração.

93. Ressalta-se que com o advento do Decreto nº 7.892, de 2013, com o objetivo de assegurar o cumprimento integral da obrigação licitada, finda a etapa competitiva, é facultado aos licitantes reduzir seus preços ao valor da proposta mais bem classificada, não havendo com isso nenhum prejuízo ao licitante mais bem classificado. Dessa forma, imprescindível que esta informação faça parte do instrumento convocatório, a fim de tornar pública a referida hipótese.

94. Ainda à luz do Decreto nº 7.892, de 2013, desde que garantidos a ampla defesa e o contraditório, competirá ao órgão gerenciador a aplicação das penalidades decorrentes de infrações no procedimento licitatório, bem como as sanções relativas ao descumprimento do que foi pactuado na ata de registro de preços e nas obrigações contratuais, com fulcro no art. 5º, incisos IX e X do aludido dispositivo legal.

95. Caberá ao órgão participante, também assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório, a aplicação das penalidades advindas do descumprimento do que foi pactuado na ata de registro de preços e nas obrigações contratuais, em relação às suas próprias contratações, devendo informar as ocorrências ao órgão gerenciador, em consonância com o § único do art. 6º do Decreto nº 7.892, de 2013.

96. O referido certame será destinado participação ampla conforme edital. Observamos o cumprimento utilização da minuta do Edital atualizada em outubro/2019 disponível no sítio www.agu.gov.br, sem indicações de alterações, mas que nos parece com pequenas adaptações no texto.

Da Ata de Registro de Preços

97. A ata de registro de preços, s.m.j., deve abordar o objeto, os preços, especificações e quantitativos, eventuais participantes, validade da referida ata, hipóteses de revisão e cancelamento de registros de preços e condições gerais, como vedação de acréscimos nos quantitativos fixados na ata, inclusive o acréscimo de que trata o § 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93, bem como as condições gerais do fornecimento, tais como os prazos para entrega e recebimento do objeto, as obrigações da Administração e do fornecedor registrado, penalidades e demais condições do ajuste, que encontram-se definidos no Termo de Referência, ANEXO AO EDITAL.

98. Cabe salientar que será incluído na ata de registro de preços, na forma de anexo (no caso, é a ata de realização da sessão pública do pregão) , o registro de todos os licitantes que concordarem em cotar os bens com preços iguais aos do licitante vencedor do certame, respeitada a sequência da classificação do certame, excluído o percentual referente à margem de preferência, quando o objeto não atender aos requisitos previstos no artigo 3º, da Lei n. 8.666/93, devendo, os preços registrados e a indicação dos respectivos fornecedores serem divulgados no Portal de Compras do Governo Federal, em consonância com o Decreto nº 7.892, de 2013, alterado pelo Decreto n. 8250/14.

99. A minuta de ata de registro de preços juntada atende as exigências legais – fls. 121/122.

100. Cabe ressaltar apenas que o termo inicial do prazo de validade da ata é a data de sua assinatura.

Termo de contrato ou instrumento substitutivo

101. No caso vertente, a autoridade assessorada irá formalizar instrumento contratual, como podemos perceber às fls. 89/90.

102. Quanto ao instrumento contratual, o mesmo deverá estar de acordo com a minuta disponibilizada no sítio da AGU/CGU.

XI – CONCLUSÃO

103. Em face do exposto, opinamos, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, pela existência de óbices legais ao prosseguimento do presente processo, os quais restarão superados desde que observados os apontamentos, colocados em negrito, deste parecer, sem prejuízo das demais recomendações efetuadas. Por fim, registre-se que qualquer eventual omissão na análise não poderá ser entendida como aceitação, devendo ser objeto de nova consulta, caso persista (m) questão(ões) não analisada(s) ou dúvida(s) jurídica(s).

104. Somente após o acatamento das recomendações emitidas ao longo do parecer, ou após seu afastamento, de forma motivada, consoante previsão do art. 50, VII, da Lei de Processo Administrativo, será possível dar-se o prosseguimento do processo, nos seus demais termos, com nova manifestação da CJU. **Outrossim, alerte-se que, como sabido, não poderá haver no certame, condições ou restrições, mesmo que técnicas (caso não justificadas e necessárias), que restrinjam a ampla competição, malfiram o caráter isonômico e a busca pelo melhor e menor preço (economicidade). Caso persistam, após, esta análise, a qual, repise-se, apenas compete verificar questões e teses jurídicas, deverão ser ajustadas ou suprimidas.**

105. Ressalta-se que a presente manifestação se limita à análise jurídica da fase interna do processo licitatório, recomendando-se, em sua fase externa, o atendimento integral ao Edital e às Leis que regem a matéria.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2019.

Letícia Botelho Gois
Advogada da União
SIAPE Nº 1212712

Rio de Janeiro, 09 de janeiro de 2020.

LETICIA BOTELHO GOIS
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 08657119600201956 e da chave de acesso be987c6e