



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

PARECER n. 00058/2018/IFC/PFSC/PFIFCATARINENSE/PGE/AGU

NUP: 23476.000196/2018-89

INTERESSADO: IFC - CAMPUS SÃO FRANCISCO DO SUL

ASSUNTO: PEDIDO DE COMPRA/CONTRATAÇÃO

EMENTA:

DIREITO ADMINISTRATIVO E LICITAÇÃO. EVENTUAL CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO (ALARME MONITORADO E CIRCUITO FECHADO DE TELEVISÃO - CFTV E ATENDIMENTO TÁTICO, COMPREENDENDO MONITORAMENTO DE IMAGENS E DE ALARMES, INSTALAÇÃO COM FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS EM COMODATO PARA ATENDER AO INSTITUTO FEDERAL CATARINENSE - CAMPUS SÃO FRANCISCO DO SUL. DILIGÊNCIAS NECESSÁRIAS. MINUTAS DA AGU UTILIZADAS. ATENDIMENTO, A PRINCÍPIO, DA LEI Nº 8.666/93, ARTIGO 38, § ÚNICO.

I. RELATÓRIO

1. Este processo administrativo, oriundo do *campus São Francisco do Sul*, trata de licitação, na modalidade pregão, forma eletrônica, para registro de preços, para eventual contratação de empresa especializada para execução de Serviços de Monitoramento Eletrônico (Alarme Monitorado e Circuito Fechado de Televisão - CFTV e Atendimento Tático, compreendendo Monitoramento de imagens e de alarmes, instalação com fornecimento de equipamentos em comodato para atender ao Instituto Federal Catarinense - Campus São Francisco do Sul.

2. **Os autos são eletrônicos, sem numeração, juntados em único arquivo, de seq. 01.** Os autos apresentam numeração de páginas, mas **os autos físicos**, que foram digitalizados e tombados como autos eletrônicos no SIPAC (sistema adotado pelo IFC), **não foram encaminhados a esta Procuradoria**, portanto, o exame é somente dos autos eletrônicos, copiados para o SAPIENS (sistema adotado pela AGU e uso obrigatório pela Procuradoria).

3. Com vistas à instrução do processo administrativo, foram anexados aos autos eletrônicos, em resumo, os seguintes documentos:

- a) Pedido de contratação;
- b) Estudo preliminar da Contratação;
- c) Autorização para abertura de licitação da autoridade competente;
- d) Anexo I - Termo de referência;
- e) Pesquisa de preços;
- f) Declaração de objeto comum;
- g) Declaração de recurso orçamentário;
- h) Declaração de objeto comum;
- i) Portaria nº 02 CSFS/IFC/2018, de 03 de janeiro de 2018 - Designa Pregoeiro;
- j) Certificado de habilitação e formação de pregoeiro;
- k) Minuta de edital;
- l) Anexo II – Minuta de ATA de Registro de Preços;

- m) Anexo III - Termo De Contrato;
- n) Anexo IV - Modelo de proposta de preços;
- o) Anexo V - Modelo de Termo de Vistoria/não Vistoria;;
- p) Anexo VI - Índice de medição de resultado;
- q) Anexo VII - Modelo de formulário de manutenções e/ou correções dos serviços;
- r) Check-list;
- s) Declaração de adequação do edital;
- t) Remessa à Procuradoria Federal.

Esse é o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

4. Considerando a minutas a serem analisadas sob o aspecto jurídico-formal e o objeto da licitação, conclui-se que se trata de prestação de serviços sem alocação exclusiva de mão-de-obra. Essa é uma das hipóteses de aplicabilidade do PARECER REFERENCIAL n. 00002/2017/IFC/PFSC/PFIFCATARINENSE/PGF/AGU, ferramenta destinada a dar celeridade aos procedimentos licitatórios do IFC e impedir que a demanda da Procuradoria em temas recorrentes, sem alterações qualitativas nos objetos, provoque a congestionamento das rotinas desta Procuradoria, que, a saber, consta com somente um Procurador Federal em exercício para todos os 15 *campi* do Instituto, enquanto a Auditoria tem um quadro de 12 Auditores, 10 em exercício. Assim, à guisa de fundamentação, colacionamos o inteiro teor do parecer referencial citado e, após, abordamos o ajustamento a este caso concreto:

PARECER REFERENCIAL n. 00002/2017/IFC/PFSC/PFIFCATARINENSE/PGF/AGU

NUP: 00818.000003/2016-12

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

ASSUNTOS: PARECER REFERENCIAL - PREGÃO - SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

EMENTA:

I. Direito Administrativo e Licitação;

II. Pregão para serviços terceirizados;

III. Leis 10.520/02 e 8.666/93; Lei Complementar 123/06 c/c Decreto 5450/05, IN nº 05/2017 e demais normas aplicáveis à espécie;

IV. Manifestação Jurídica Referencial;

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

VI. Dispensa da remessa a este órgão jurídico dos processos que, enquadrados nos limites doravante expostos, estão a envolver matérias idênticas e recorrentes, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, a conformidade jurídica aos termos deste parecer referencial;

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

VIII. Orientações e recomendações.

I. RELATÓRIO

Cumprе assinalar que o escopo desta manifestação jurídica referencial é orientar o Gestor Público quanto às exigências legais para a prática do ato administrativo sob o aspecto jurídico-formal. Isso porque foge à competência legal desta Procuradoria examinar aspectos técnicos, orçamentários e de mérito, inclusive a veracidade das declarações/documentos carreados aos autos aos quais este parecer referencial será juntado (se for pertinente, a juízo do Gestor); portanto, cabe ao Gestor decidir se os elementos encartados nos autos atendem ao interesse público e aos princípios constitucionais da Administração Pública, pois como afirmava Seabra Fagundes “administrar é aplicar a lei de ofício”. Portanto, até prova em contrário, reputam-se

verazes os documentos carreados aos autos, cabendo ao Gestor diligenciar sobre a confiabilidade dessa documentação. Nessa linha, em aplicação extensiva (precedente doutrinário: Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª Edição, atualizada, páginas 44-45 – “A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar texto de norma administrativa a espécie não prevista, mas compreendida no seu espírito;”), a Orientação Normativa nº 016/2009 da AGU:

"Aplicação extensiva Orientação Normativa nº 016/2009 da AGU, in verbis: "COMPETE À ADMINISTRAÇÃO AVERIGUAR A VERACIDADE DO ATESTADO DE EXCLUSIVIDADE APRESENTADO NOS TERMOS DO ART. 25, INC. I, DA LEI Nº 8.666, DE 1993."

O exame deve se ater somente aos aspectos formais, pois os elementos encartados nos autos, aos quais poderá ser aplicado e juntado este parecer referencial, decorrem de atos administrativos, os quais gozam de presunção de legalidade e veracidade, assim, neles somos obrigados a acreditar até prova em contrário – presunção iuris tantum – precedente: “(...) Os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e veracidade. Só prova em contrário poderá afetar a eficácia. (...)” STJ: ROMS 8628/MG. Sexta Turma Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julg. 18/08/1998. DJU21/09/1998. Pág. 232. Ademais, a Procuradoria não dispõe de efetivo humano, estrutura administrativa ou competência legal para realizar diligências investigatórias, dependendo, sempre, de provocação para conhecer de questões jurídicas afetas à economia da entidade assessorada, forte no princípio da legalidade e no da segregação de funções. Nessa linha, também, a Lei 9.784/99:

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

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

"Boa Prática Consultiva – BPC nº 05

a) Enunciado

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

Boa Prática Consultiva – BPC nº 07

a) Enunciado

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

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

Não obstante a discricionariedade administrativa, devemos lembrar a Lei nº 9.784/99 Art. 50:

"Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: ... (...) ... § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das

decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3o A motivação das decisões o de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito."

Sem embargo, persistindo dúvida jurídica, deve ser suscitada a esta Procuradoria. Sendo a dúvida de outra natureza (quanto a aspectos de gestão, conveniência e oportunidade, questões orçamentárias, científicas, veracidade de documentos), deve o Gestor utilizar dos outros meios de que dispõe, inclusive, comissões de experts para emitir laudos técnico-científicos que forem pertinentes, uma vez que não é competência legal desta realizar diligências ou agir de ofício, por falta de competência legal (falta, inclusive, de meios, eis que a AGU não disponibiliza apoio especializado como sói acontecer em outras carreiras jurídicas, inclusive da própria AGU).

O escopo deste opinativo jurídico é de servir como parecer jurídico referencial, sem necessidade de remessa dos autos administrativos à Procuradoria Federal junto ao IFC, a critério do Gestor, agilizando o procedimento administrativo cujo objeto é recorrente e idêntico (do ponto de vista qualitativo, admitindo-se meras variações quantitativas que, de resto, não impactam uma avaliação jurídica formal). A matéria de que se trata aqui é a delimitada ao tema de pregão para serviços terceirizados.

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

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

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

O fundamento da utilização da manifestação jurídica referencial, como diretriz normativa interna da AGU, é a Orientação Normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014.

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

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

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

- a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e*
- b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.*

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

(grifo nosso)

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

Tendo isso em vista, considerando os fundamentos abaixo, a Procuradoria Federal junto ao Instituto Federal Catarinense formula a presente manifestação jurídica referencial para os casos que tratam unicamente sobre o tema de pregão para serviços terceirizados.

Do atendimento aos requisitos para adoção do parecer referencial

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

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

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

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

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

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

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

(grifo nosso)

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

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

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

Alerta-se, porém, que a admissão do cabimento de aplicação de parecer é, numa última análise, juízo do Gestor, cabendo à área técnica do órgão assessorado atestar expressamente, com respaldo em elementos objetivos demonstrados nos autos de cada processo administrativo: (1º) se o caso concreto se amolda aos termos da manifestação referencial; e (2º) se contribui para a celeridade dos serviços administrativos (Itens I e II, letra b, da Orientação Normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014). Outrossim, o órgão deverá atestar o uso da "LISTA DE VERIFICAÇÃO"

(checklist), conforme modelo disponibilizado pela AGU, sempre na versão mais atualizada, disponível em <http://www.agu.gov.br> - aba modelos de licitações e contratos.

A proposta de utilização, pelo órgão assessorado, desta manifestação jurídica referencial está no âmbito da escolha livre, consciente e criteriosa do Gestor, porquanto identificamos a possibilidade de se adotar manifestação jurídica referencial para as situações de realização de pregão para serviços terceirizados.

O IFC, além da Reitoria, como já dito, conta com 15 campi (em quinze municípios catarinenses), cujos Gestores são Ordenadores de Despesas e, portanto, realizam licitações e firmam contratos, gerando demanda crescente à Procuradoria Federal junto ao IFC, em cujo quadro milita somente um Procurador Federal. Ademais, a Procuradoria realiza a intermediação entre os órgãos de representação judicial do IFC (as Seccionais Federais de abrangência dos municípios sede dos campi) e o próprio IFC quanto ao fornecimento de subsídios para a defesa em juízo do Instituto.

Já tendo sido adotada a sistemática de parecer referencial para pregão para serviços terceirizados, por meio do PARECER n. 00060/2016/IFC/PFSC/PFIFCATARINENSE/PGF/AGU, desde janeiro de 2016, agora, estando os órgãos assessorados (são 15 campi, mais a Reitoria) familiarizados com a sistemática do parecer referencial, é possível, sempre a juízo do Gestor, avançar na padronização do procedimento de prorrogação, inclusive, considerando que a Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único, prevê a obrigatoriedade de parecer jurídico para aprovação ou não de minutas, somente, não prevendo uma atividade fiscalizatória de todos os atos administrativos. Vejamos:

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

A rigor, não há previsão legal de exercício da função fiscalizatória dos atos administrativos pela assessoria jurídica - exceto quanto ao exame das minutas de instrumentos jurídicos em geral e no âmbito da Lei nº8.666/93. Tal competência legal, a de fiscalização, é dos órgãos de controle, interno e externos, e do próprio Gestor, cujo ônus nessa função é, como já dito, na lição do saudoso Seabra Fagundes, "administrar é aplicar a lei de ofício". Nessa linha,vejamos as boas práticas consultivas abaixo:

"BCP nº 5

Enunciado

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

Fonte

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

BPC nº 35

Enunciado

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

Quando em processos submetidos a seu exame o Advogado Público Federal firma rubrica nas minutas de edital, contrato, convênio ou congêneres, visando a assinalar os documentos que

efetivamente tenham sido objeto de sua análise, tal prática não implica responsabilidade administrativa ou negocial pela contratação, pois essa rubrica, meramente sinalizadora de documento já examinado, não se confunde com a que é aposta a título de chancela à prática do ato administrativo. O Advogado Público Federal, na sua função finalística, não desempenha atividade de gestão, nem ao gestor se equipara. Não gerencia contratações nem lhes fiscaliza a execução."

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

"BPC nº 6

Enunciado

A atuação consultiva na análise de processos de contratação pública deve fomentar a utilização das listas de verificação documental (check lists), do Guia Nacional de Licitações Sustentáveis e das minutas de editais, contratos, convênios e congêneres, disponibilizadas nos sítios eletrônicos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. No intuito de padronização nacional, incumbe aos Órgãos Consultivos recomendar a utilização das minutas disponibilizadas pelos Órgãos de Direção Superior da AGU, cujas atualizações devem ser informadas aos assessorados. Convém ainda que os Órgãos Consultivos articulem-se com os assessorados, de modo a que edições de texto por estes produzidas em concreto a partir das minutas-padrão sejam destacadas, visando a agilizar o exame jurídico posterior pela instância consultiva da AGU.

Fonte

A Consultoria-Geral da União e a Procuradoria-Geral Federal 6 têm envidado esforços para disponibilizar minutas-padrão de editais e de contratos para servirem de modelos aos assessorados, o que, além de agilizar as atividades de exame e aprovação previstas no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, colabora para a redução dos riscos de ocorrência de procedimentos licitatórios e contratuais em descompasso com a legislação vigente. Esses documentos consolidam experiências de diversos Órgãos Consultivos da AGU, tendo a finalidade de orientação, uniformização de entendimento e padronização de procedimentos. Assim, uma vez que constituem material auxiliar relevante, mostra-se recomendável a sua utilização pela Administração, de forma a favorecer a regularidade dos procedimentos administrativos, conferir maior segurança, celeridade, precisão e homogeneidade na análise jurídica. Ademais, a Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011 (art. 4º), que trata do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), prestigia a padronização de minutas de editais. Por sua vez, o Guia Nacional de Licitações Sustentáveis da AGU apresenta a legislação e normas socioambientais e de acessibilidade incidentes em contratações públicas

BPC nº 33

Enunciado

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

Fonte

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

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

Assim, o uso das minutas da AGU de instrumentos jurídicos previstos na Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único atenderá esse comando legal, eis que previamente aprovadas as minutas em si.

A atividade jurídica exercida pela Procuradoria Federal junto ao Instituto Federal Catarinense, no que se refere ao tema de pregão para serviços terceirizados, se restringe ao atendimento das exigências legais, mediante simples análise dos documentos constantes nos autos, mais especificamente, cuida-se de verificar: a apresentação de documentação necessária. Em suma, verifica-se se houve ou não instrução suficiente do procedimento. Ora, estando as minutas de edital e de contrato aprovadas, por terem sido utilizados os modelos da AGU, o restante dos autos é exercício de ofício dos ocupantes dos cargos e funções públicos, fiscalizável pelos órgão de controle, interno e externo, não sendo competência legal do Advogado Público revisar cada ato administrativo, eis que os aspectos técnicos, contábeis, orçamentários e de mérito administrativo lhe escapam em razão falta de competência legal, como já dito, mais, por ser impossível a um único Advogado Público realizar tal tarefa numa instituição com 16 ordenadores de despesas, em quinze municípios.

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

Ou seja, no âmbito do escopo deste parecer opinativo referencial, a matéria é idêntica, porque sempre trata da temática licitações e contratos administrativos, especificamente sobre o tema de pregão para serviços terceirizados, e recorrente.

A elaboração da referida manifestação vai impactar diretamente na qualidade e quantidade das manifestações jurídicas do órgão consultivo, com redução da demanda de pareceres (em matéria idêntica e recorrente), promovendo a canalização do esforço do Procurador em questões jurídicas de maior complexidade, ainda mais porque o titular da unidade se apresenta de modo unipessoal.

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

Feita essa explanação, passa-se ao registro das orientações da Procuradoria Federal junto ao Instituto Federal Catarinense nos casos do tipo.

Finalidade e abrangência do Parecer Jurídico

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

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

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.

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

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

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

Regularidade da formação do processo

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

Art. 22 da Lei nº 9.784/99:

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

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

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

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

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.

Art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993:

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

[...]

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

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

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

[...]

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

II. FUNDAMENTAÇÃO

Limites de contratação previstos no Decreto nº 7.689/2012

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

Art. 2º A celebração de novos contratos administrativos ou a prorrogação dos contratos em vigor relativos a atividades de custeio devem ser autorizadas expressamente pelo respectivo ministro de Estado.

§ 1º Para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) é vedada a delegação de competência.

§ 2º Para os contratos com valores inferiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada ou subdelegada, exclusivamente:

I - ao secretário-executivo, ou autoridade equivalente, aos dirigentes máximos das unidades diretamente subordinados aos respectivos ministros de Estado e aos dirigentes máximos das entidades vinculadas, ficando vedada a subdelegação para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

II - aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou autoridade equivalente, vedada a subdelegação, para os contratos com valores inferiores a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), e iguais ou superiores a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); e

III - aos coordenadores ou chefes das unidades administrativas dos respectivos órgãos ou entidades para os contratos com valores inferiores a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).§ 3º O Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá alterar ou atualizar, a qualquer tempo, os valores estabelecidos nos §§ 1º e 2º.

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, tais como:

I - fornecimento de combustíveis, energia elétrica, água, esgoto e serviços de telecomunicação;

II - as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, conforme disposto no Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997;

III - realizações de congressos e eventos, serviços de publicidade, serviços gráficos e editoriais;

IV - aquisição, locação e reformas de imóveis; e

V - aquisição, manutenção e locação de veículos, máquinas e equipamentos. Parágrafo único. O enquadramento do objeto da contratação como atividade de custeio deve considerar a natureza das atividades contratadas, conforme disposto neste artigo, e não a classificação orçamentária da despesa.

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.

Outrossim, deve o órgão ter atenção para a eventual necessidade de observância dos limites estabelecidos pelo Decreto nº 8.540, de 09 de outubro de 2015 que “estabelece, 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 na utilização de telefones celulares corporativos e outros dispositivos”, Decreto nº 8.961, de 2017, que “Dispõe sobre a programação orçamentária e financeira, estabelece o cronograma mensal de desembolso do Poder Executivo para o exercício de 2017 e dá outras providências” (e alterações subsequentes); bem como, das Leis nº13.408, de 26/12/2016 (LDO 2017) e 13.414, de 10/01/2017 (Lei Orçamentária Anual).

Da modalidade licitatória pregão na forma eletrônica

O Pregão é disciplinado pela Lei nº 10.520/2002 destinando-se à aquisição de bens e serviços comuns. Como é sabido, consideram-se bens comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser de maneira concisa e objetiva definidos no edital, ou seja: para serem considerados comuns os bens devem estar em conformidade com as especificações usuais praticadas no mercado.

No âmbito federal, é obrigatória a adoção da modalidade pregão na forma eletrônica, conforme preconiza o art. 4º do Decreto nº 5.450/2005, isto é, o Chefe do Poder Executivo retirou qualquer margem de discricionariedade dos gestores públicos para optarem por outra modalidade licitatória quando se tratar de aquisição de bem ou serviço comum.

Da modalidade eleita

No caso, pretende-se, por pregão licitar serviços terceirizados, que conforme se verifica na definição da IN 05/2017:

"IN 05/2017

Art. 15. Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional."

Desde que declarada a natureza comum do serviço pretendido, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520, de 2002, julga-se adequada a opção do órgão pela contratação mediante pregão.

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.

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

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

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

Por fim, os incisos artigo 3º do Decreto nº 7.892, de 2013 enumera nos incisos I a IV, as situações nas quais deverá ser adotado, preferencialmente, o Sistema de Registro de Preços. Tais hipóteses não são exaustivas, dependendo a utilização de referido sistema mais do atendimento ao interesse público do que do enquadramento preciso em uma delas, consoante PARECER Nº 125/2010/DECOR/CGU/AGU, aplicável à espécie, embora pretérito ao Decreto, que entendeu cabível a utilização do sistema sob o fundamento de contingenciamento orçamentário, por exemplo.

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

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

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

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

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

Desta forma, é necessário indicar a hipótese em que se enquadra o pretendido registro de preços, ou esclarecer se existe motivação distinta a ensejar sua adoção.

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

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

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

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

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

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

§ 2º No caso de compra nacional, o órgão gerenciador promoverá a divulgação da ação, a pesquisa de mercado e a consolidação da demanda dos órgãos e entidades da administração

direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

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

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

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

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

O modelo padrão de ata disponibilizado pela AGU atende os requisitos mínimos que lhe são próprios, estando disponível em www.agu.gov.br, constituindo-se sua utilização em requisito para adoção deste parecer referencial para o efeito de dispensar o trânsito do procedimento relativo ao pregão para serviços terceirizados.

Contudo, a utilização do Sistema de Registro de Preços para contratação de serviços continuados e em decorrência lógica a sua prorrogação, tem se apresentado controvertida e impõe cautelas, haja vista que a Advocacia-Geral da União vem emitindo pareceres normativos, de observância obrigatória não só por suas unidades jurídicas, mas por toda a Administração Federal, sempre no sentido da taxatividade do rol de hipóteses de aplicabilidade do SRP.

Nesse sentido, a Consultoria-Geral da União emitiu o Parecer nº 109/2013/DECOR/CGU/AGU, no qual restou assentado que é taxativo o rol de hipóteses de cabimento do SRP previsto no artigo 3º do Decreto nº 7.892/2013, ou seja, a utilização do Sistema de Registro de Preços depende da adequação da situação fática (objeto contratual) a uma das estritas hipóteses do artigo 3º do Decreto nº 7.892/2013, e nesses casos a adoção do Sistema de Registro Preços é obrigatória, a não ser que justificada a sua não utilização. Assim, se a contratação não se enquadrar nos requisitos legais, veda-se a utilização do SRP.

Desse modo, caso a contratação pretendida não se ajuste efetivamente a alguma das hipóteses do artigo 3º do Decreto nº 7.892/2013, ou dela derive uma única contratação – contrato único pelo Órgão Assessorado, referente ao total da ata de registro de preços e pelo prazo máximo permitido para o tipo de contratação -, não caberá a utilização do Sistema de Registro de Preços.

Por isso, em tese, também não caberia a utilização do SRP para serviços contínuos, muito menos no caso de contingenciamento orçamentário, ou qualquer outra hipótese que não as relacionadas estritamente naquele artigo 3º.

O anterior Parecer nº 125/2010/DECOR/CGU/AGU entendia ser possível a utilização do Sistema de Registro de Preços para contratação de serviços contínuos, consoante se extrai da sua ementa:

"PARECER Nº 125/2010/DECOR/CGU/AGU - DESPACHO Nº 0052/2011

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS POR MEIO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS SOB A JUSTIFICATIVA DE CONTINGENCIAMENTO ORÇAMENTÁRIO.

POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º, 2º e 4º DO DECRETO 3.931/01.

I – Uma vez que o Decreto 3.931/01, ao prever a utilização do Sistema de Registro de Preços para a contratação de serviços, não fez qualquer ressalva quanto aos serviços de natureza continuada, não há o intérprete que fazer distinção em relação aos mesmos, sendo possível, em tese, sua contratação via referido sistema.

II – A utilização do Sistema de Registro de Preços sob o fundamento de contingenciamento orçamentário não representa afronta a normas de Direito Administrativo ou Financeiro,

dependendo a utilização de referido sistema mais do atendimento ao interesse público do que do enquadramento preciso em uma das hipóteses constantes do art. 2º do Decreto 3.931/01."

Assim, em função do entendimento inaugurado no PARECER nº 109/2013/DECOR/CGU/AGU, de 28 de junho de 2013, segundo o qual restou ultrapassado, no ponto, o entendimento constante do Parecer nº 125/2010/DECOR/CGU/AGU, em razão da evolução legislativa referente à revogação do Decreto nº 3.931/01, não seria possível a utilização do Sistema de Registro de Preços para contratação de serviços contínuos.

Cumprе acrescentar o que preceitua o artigo 3º do Decreto 7.892, de 23/01/2013, o qual "Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no artigo 15 da Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993":

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

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

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

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

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

Já a NOTA nº 108/2014/DECOR/CGU/AGU, de 08 de dezembro de 2014, aprovada pelos DESPACHOS nº 246/2014/CGOR/DECOR/CGU/AGU, de 17 de dezembro de 2014 e nº 069/2015/SFT/CGU/AGU, de 11 de março de 2015, exarada pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos – DECOR/CGU/AGU, que, com o escopo de dirimir eventuais dúvidas que ainda pairassem sobre a interpretação do alcance do PARECER nº 109/2013/DECOR/CGU/AGU, esclareceu, dentre outros, os seguintes pontos:

"HIPÓTESES DE CABIMENTO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. TAXATIVIDADE DO ROL CONSTANTE DO ART. 3º DO DECRETO Nº 7.893/13. JURISPRUDÊNCIA DO TCU.

I- Conforme entendimento do Tribunal de Contas da União, é taxativo o rol de hipóteses de cabimento do SRP previsto no art. 3º do Decreto nº 7.893/13.

II- A utilização do SRP nas hipóteses previstas no art. 3º do Decreto nº 7.892/13 deve ser plenamente justificada, não sendo cabível albergar isoladamente a contratação de serviços contínuos, ainda que sob a argumentação de contingenciamento orçamentário".

[...]

a. É possível a utilização de Sistema de Registro de Preços para contratação de serviços continuados? Exemplo: contratação de serviço continuado de vigilância ou telefonia.

7. A contratação de serviços continuados via Sistema de Registro de Preços é viável, desde que haja o efetivo enquadramento da situação pretendida em uma das hipóteses previstas no art. 3º do Decreto, pois sendo o rol taxativo não se admite a ampliação de seu espectro a fim de abranger hipóteses não previstas em norma. O Tribunal de Contas da União já havia se manifestado quanto a taxatividade do rol na vigência do revogado Decreto nº 3.931/2001 e já na vigência do Decreto nº 7.892/2013 reafirmou seu posicionamento quando da prolação do Acórdão nº 1.233/2013 Plenário.

b) Em caso positivo na resposta do item anterior, esta utilização somente é possível mediante o enquadramento dos incisos II e III do art. 3º do decreto nº 7.892/2013?

8. Como dito alhures, somente é possível a utilização do SRP para contratar serviços continuados diante do enquadramento em uma das hipóteses normativas, uma vez que a aceitação isolada instituiria, por via oblíqua, nova situação legitimadora extra lege.

c) É possível a utilização do SRP para contratação de serviços continuados sob a justificativa de contingenciamento orçamentário?

9. A utilização do SRP sob a alegação de contingenciamento orçamentário não desborda do paradigma interpretativo estabelecido no âmbito da Consultoria Geral da União, ou seja, por si só não enseja a utilização do SRP, devendo necessariamente haver o enquadramento em uma das hipóteses do Decreto.

d) As hipóteses do artigo 3º do decreto nº 7.892/2013 devem ser consideradas numerus clausus ou numerus apertus?

10. O questionamento da letra “d” foi respondido ainda nas primeiras linhas dessa manifestação pelo que não há dúvida quanto à taxatividade dos incisos do art. 3º do decreto nº 7.892/2013. A título de reforço a esse ponto destacamos excerto do Parecer nº 109/2013/DECOR/CGU/AGU:

‘20. Importante mencionar, ademais, que, conforme bem ressaltado pela CJU/MG, a retirada do art. 3º do decreto nº 7.892/2013, do vocábulo preferencialmente, bem como da expressão “quando foi mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, que constavam do art. 2º do Decreto nº 3.931/01, indicam o fechamento da lista constante daquele dispositivo regulamentar”.

Nesse ponto, cumpre registrar o entendimento deste órgão consultivo de que a NOTA nº 108/2014 /DECOR/CGU/AGU inovou ao passar a admitir a contratação de serviços continuados pelo Sistema de Registro de Preços, desde que haja o efetivo enquadramento da situação pretendia em uma das hipóteses previstas no art. 3º do Decreto.

Em recente informativo (Jurisprudência - Informativo de Licitações e Contratos nº 328 - Sessões de 25 e 26 de julho, 1 e 2 agosto de 2017), o e. TCU assentou que a utilização do sistema de registro de preços para contratação imediata de serviços continuados e específicos, com quantitativos certos e determinados, sem que haja parcelamento de entregas do objeto, viola o art. 3º do Decreto 7.892/2013. Vejamos:

"Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na Prefeitura Municipal de Natal/RN, relacionadas ao Pregão Eletrônico 20.062/2016, que tinha por objeto o registro de preços para contratação de pessoa jurídica especializada na prestação de serviços de apoio operacional e administrativo, de natureza contínua, visando suprir necessidades da Secretaria Municipal de Saúde referentes ao Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (Samu). Quanto à irregularidade consistente na “utilização indevida do Sistema de Registro de Preços”, ao apreciar a alegação do Secretário Municipal de Saúde de que “o motivo da escolha pelo SRP teria sido o atendimento de demandas futuras e imprevisíveis”, a unidade técnica ponderou que o simples fato de haver possibilidade de aumento futuro da demanda pelos serviços “não justifica a constituição de uma ata de registro de preços”. Segundo a unidade instrutiva, o termo de referência do pregão “demonstra claramente a quantidade de mão de obra a ser contratada para cada serviço a ser prestado pela empresa contratada”, e o art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 “faculta ao administrador público alterar unilateralmente o contrato celebrado para acrescer ou suprimir em até 25% os serviços contratados, o que representa uma margem razoável”. E se houvesse necessidade de um aumento superior a 25% dos serviços previstos inicialmente no termo de referência, “mostrar-se-ia mais coerente realizar uma nova licitação, aumentando a competitividade e possibilitando a contratação de outras empresas interessadas”. A unidade técnica concluiu então que se tratava da “contratação imediata de serviços continuados e específicos, com quantitativos certos e determinados, não havendo parcelamento de entregas do objeto”, restando, portanto, indevida a utilização do sistema de registro de preços. Em seu voto, o relator acompanhou, no essencial, o entendimento da unidade instrutiva, acrescentando a jurisprudência do TCU no sentido de que “a ata de registro de preços se encerra ou com o término da sua vigência ou com a contratação da totalidade do objeto nela registrado”, invocando, para tanto, o Acórdão 113/2012 Plenário. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar parcialmente procedente a representação, expedindo determinação à Prefeitura Municipal de Natal/RN que “se abstenha de praticar quaisquer atos tendentes a novas contratações da empresa vencedora dos lotes licitados, bem como de autorizar adesões à ata de registro de preços por outros entes públicos, preservada tão somente a execução do Contrato 182/2016”, sem prejuízo de dar-lhe ciência de que a “utilização do sistema de registro de preços para contratação imediata de serviços continuados e específicos, com quantitativos certos e determinados, não havendo parcelamento de entregas do objeto”, viola o art. 3º do Decreto 7.892/2013. Acórdão 1604/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo."

Desse modo, pode-se concluir que é possível o uso do SRP nos casos de serviços continuados, desde que haja subsunção fática a um dos incisos do regulamento e de que não se

trata de contratação imediata de serviços continuados e específicos, com quantitativos certos e determinados, não havendo parcelamento de entregas do objeto.

Da terceirização no âmbito da Administração Pública Federal

Faz-se necessário, à vista da presente manifestação, tecer breves comentários acerca da terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública, com base na legislação correlata, nos ajustes celebrados com a União e o Ministério Público do Trabalho e na vasta jurisprudência firmada no âmbito do Tribunal de Contas da União e demais disposições pertinentes.

Na decisão para a terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública Federal, em preliminar, devem ser observados os seguintes dispositivos e marcos legais:

a) Constituição da República Federativa do Brasil – art. 37, inc. II

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

b) Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

[...]

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

c) Instrução Normativa/SLTI/MP nº 2, de 30 de abril de 2008, que disciplina a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG, especialmente quanto ao seguinte:

[...]

Art. 6º Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97.

§ 1º A prestação de serviços de que trata esta Instrução Normativa não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a Administração, vedando-se qualquer relação entre estes que caracterize pessoalidade e subordinação direta. (Renumerado pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

§ 2º O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato, exclusivamente como prestação de serviços, sendo vedada a utilização da contratação de serviços para a contratação de mão de obra, conforme dispõe o art. 37, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

§ 3º A contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho, aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, e conterá, no mínimo: (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009.)

I - justificativa da necessidade dos serviços; (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009.)

II - relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada; (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009.)

III - demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009.)

Art.7º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, cópiagem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 1º Na contratação das atividades descritas no caput, não se admite a previsão de funções que lhes sejam incompatíveis ou impertinentes.

§ 2º A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632/98.

§ 3º As funções elencadas nas contratações de prestação de serviços deverão observar a nomenclatura estabelecida no Código Brasileiro de Ocupações – CBO, do Ministério do Trabalho e Emprego. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009.)

Art. 8º Poderá ser admitida a alocação da função de apoio administrativo, desde que todas as tarefas a serem executadas estejam previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, admitindo-se pela administração, em relação à pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas previamente definidas.

Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;

II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e

III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como:

a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas;

b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;

c) atos de inscrição, registro ou certificação; e

d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

d) Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, em decorrência da Ação Civil Pública nº 00810-2006-017-10-00-7 onde esta se comprometeu a contratar serviços terceirizados apenas e exclusivamente nas hipóteses autorizadas pelo Decreto nº 2.271, de 7 de junho de 1997, observado o disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, nos termos do documento que ora providenciamos a juntada para que seja atentamente observado pela Administração.

e) Acórdãos do Tribunal de Contas da União (ex. Acórdão nº 2303/2012-P e 1706/2012-P), verbis:

Acórdão nº 2303/2012 – Plenário

9.4.1. a terceirização de atividades finalísticas e/ou de funções contempladas nos planos de cargos configura ato ilegítimo e não encontra amparo no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, cuja interpretação deve se amoldar à disciplina do art. 37, inciso II, da Constituição Federal; (...)9.7. alertar o Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST), visando a que, no exercício de suas competências previstas no art. 6º, II, g, e XI, do Anexo I do Decreto nº 7675/2012, aquele órgão subordinado oriente os gestores públicos das estatais federais de que não será considerada de boa-fé por este Tribunal a terceirização de serviços que envolvam a contratação de profissionais existentes no Plano de Cargos e Salários do órgão/entidade por contrariar o art. 37, II, da Constituição Federal e, ainda, poder implicar futuros prejuízos ao Erário, decorrentes do possível acolhimento pela Justiça do Trabalho de pleitos dos terceirizados, garantindo-lhes o direito ao recebimento das mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, na esteira da Orientação Jurisprudencial nº 383 SDI-1 do TST

Acórdão 1706/2012 – Plenário

9.2. alertar a Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras/MME sobre o item 9.3 do Acórdão nº 576/2012-Plenário, cujo teor é o seguinte, verbis:"9.3. alertar o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, visando a que, no exercício de suas competências previstas no art. 1º, VIII e IX, do Decreto nº 7675/2012, aquele órgão oriente os gestores públicos de que não será considerada de boa-fé por este Tribunal a terceirização de serviços que envolvam a contratação de profissionais existentes no Plano de Cargos e Salários do órgão/entidade por contrariar o art. 37, II, da

Constituição Federal e, ainda, poder implicar futuros prejuízos ao Erário, decorrentes do possível acolhimento pela Justiça do Trabalho de pleitos dos terceirizados, garantindo-lhes o direito ao recebimento das mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, na esteira da Orientação Jurisprudencial nº 383 SDI-1 do TST;"

O Decreto nº 2.271, de 1997, que regulamenta a contratação de serviços pela Administração Pública, estabelece parâmetros para a identificação dos serviços passíveis de terceirização e no Art. 1º dispõe que, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. Assim, as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

Contudo, o citado Decreto excetua as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Ademais, importante registrar que a lista de atividades previstas no § 1º do Decreto nº 2.271, de 1997, acima transcrita, é meramente exemplificativa, não sendo, portanto, exaustiva, conforme registra o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 975/2005 – 2ª Câmara.

Fazendo uma interpretação sistêmica do tema, partimos da premissa constitucional no sentido de que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, assim, o desenvolvimento das atividades próprias desses cargos ou empregos somente podem ser exercidas por servidores públicos.

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União vem reiteradamente alertando à Administração para a ilegalidade da contratação de serviços que se circunscrevem no desempenho de atividades inerentes aos cargos ou empregos dos órgãos ou entidades da Administração Pública. Sendo essa prática, verdadeira burla ao concurso público e mesmo infração a ordem constitucional, conforme aqui mencionado.

Nesse sentido, vejamos alguns julgados daquela Corte de Contas:

Acórdão nº 256/2005 – Plenário

22. A utilização de terceirizados em atividades próprias de servidores públicos constitui modalidade de burla à exigência constitucional de prévio concurso público para a admissão de pessoal e tem sido reiteradamente rechaçada por este Tribunal.

23. Não se pode, porém, criar um estigma contra o processo de terceirização que, devidamente, manejado, pode ser eficiente meio de modernização da estrutura estatal, juntamente com a privatização, a parceria público-privada, a flexibilização, a desregulamentação, a permissão e a concessão. Todas medidas que visam um modelo de Estado menos executor e mais fiscalizador. Assim, cada caso deve ser examinado particularmente, evitando-se a presunção equivocada de que qualquer atividade que destoe daquelas consagradamente aceitas como passíveis de terceirização (segurança, limpeza, copeiragem, etc.) esteja impossibilitada de ser executada de forma indireta.

24. A principal dificuldade na utilização da terceirização de mão-de-obra parece residir na capacidade de identificação das atividades que se amoldam a este tipo de execução indireta e as que legalmente encontram-se proibidas de submeter-se a esse regime. O art. 1º do Decreto nº 2.271/97, que regula a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional estabelece que devem ser executados preferencialmente de forma indireta os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações. Já o § 2º da mesma norma prevê que não poderão ser objeto de terceirização atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Acórdão 1815, Ata 47/2003 - Plenário:

9.3. determinar à Caixa Econômica Federal que:

9.3.1. nos futuros editais de licitação, defina a forma como os serviços serão prestados, nos seguintes moldes:(...)

9.3.1.2. se houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o tomador de serviços, bem assim de pessoalidade e habitualidade, a terceirização será ilícita, tornando-se imperativa a realização de concurso público, ainda que não se trate de atividade-fim da contratante;’(...)

24. A principal dificuldade na utilização da terceirização de mão-de-obra parece residir na capacidade de identificação das atividades que se amoldam a este tipo de execução indireta e as que legalmente encontram-se proibidas de submeter-se a esse regime. O art. 1º do Decreto nº 2.271/97, que regula a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional estabelece que devem ser executados preferencialmente de forma indireta os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações. Já o § 2º da mesma norma prevê que não poderão ser objeto de terceirização atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

Dessa forma, podemos concluir que, em princípio, no âmbito da Administração Pública apenas se admite a terceirização quando o objeto da prestação dos serviços não se relacionar com a atividade-fim do órgão ou entidade. Somente se admite a terceirização nos casos em que não envolverem os serviços essenciais/finalísticos ao cumprimento da missão institucional da Administração, que compõem área de competência legal do órgão/entidade.

No caso de o objeto da prestação dos serviços se referir às atividades-meio, verifica-se a possibilidade, em princípio, de sua terceirização. Entretanto, estas também somente serão lícitas quando não envolverem serviços inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão/entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro de pessoal. Assim, não pode haver coincidência ou identificação entre as atribuições de cargos exercidos pelos servidores e as incumbências transferidas à empresa a ser contratada para execução dos serviços, admitindo a terceirização nesses casos, somente em duas hipóteses, quais sejam: i) se houver expressa disposição legal que autorize; ou ii) quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal do órgão/entidade.

Para finalizar a discussão sobre o tema, extraímos os seguintes julgados do E. TCU da publicação do Tribunal de Contas da União, Licitações & Contratos - Orientações Básicas, 3ª Edição, Revista, Atualizada e Ampliada:

[...] Com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal e no art. 45 da Lei n.º 8.443, de 1992, exclua do Contrato de prestação de serviços as atividades que detenham correlação com as atribuições dos cargos previstos no Quadro de Pessoal ou configurem terceirização de atividades não passíveis de execução indireta, observando o estabelecido no art. 37, inciso II, da Constituição Federal e art. 1º, § 2º do Decreto n.º 2.271, de 1997. (Acórdão 975/2005 Segunda Câmara).”

Observe a regra constitucional do concurso público nas admissões de pessoal, abstendo-se de contratar mão-de-obra terceirizada para o desempenho de atividades inerentes ao seu quadro de pessoal. (Acórdão 838/2004 Plenário).

Ressalte-se que a regularidade das terceirizações é objeto de contínua apuração pelo Tribunal de Contas da União que, ordinariamente, determina a substituição dos terceirizados por contratados ou concursados, inclusive com o estabelecimento de cronogramas ou, em outros casos, expedie determinação de anulação ou correção de procedimentos licitatórios.

Diante disso, como condição preliminar à contratação, cabe ao órgão certificar-se de que, em face dos dispositivos legais citados e a jurisprudência do TCU sobre o tema, o objeto a ser contratado não incorrerá em irregular terceirização, devendo ser certificado pelo órgão de pessoal da Autarquia a existência ou não de quadro próprio na hipótese que se busca terceirizar, como alhures referido.

Adoção de critérios de sustentabilidade ambiental

É de extrema relevância que a autoridade assessorada sempre observe as diretrizes de sustentabilidade ambiental.

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

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

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

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

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.

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.

Por pertinente, registre-se que o art. 6º da IN/SLT/MP nº 1, de 2010, estabelece alguns dos critérios de sustentabilidade ambiental que devem ser exigidos na contratação de serviços, quando couber, e devem constar dos respectivos editais. Sugere-se que a Administração avalie, dentre os critérios elencados abaixo, aqueles que guardam relação com o objeto da contratação, a fim de que passem a constar do edital:

- a) que sejam usados produtos de limpeza e conservação de superfícies e objetos inanimados que obedeçam às classificações e especificações determinadas pela ANVISA;*
- b) que sejam adotadas medidas para evitar o desperdício de água tratada, conforme previsão do Decreto nº 48.138, de 8 de outubro de 2003;*
- c) que seja observada a Resolução CONAMA nº 20, de 7 de dezembro de 1994, quanto aos equipamentos de limpeza que gerem ruído no seu funcionamento;*
- d) que sejam fornecidos aos empregados os equipamentos de segurança que se fizerem necessários para a execução dos serviços;*

e) que seja realizado um programa interno de treinamento dos empregados da contratada, nos três primeiros meses de execução contratual, para redução de consumo de energia elétrica, de consumo de água e redução de produção de resíduos sólidos, observadas as normas ambientais vigentes;

f) que seja feita a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, na fonte geradora e a sua destinação às associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis, que será procedida pela coleta seletiva do papel para reciclagem, quando couber, nos termos do Decreto nº 5.940, de 25 de outubro de 2006;

g) que sejam respeitadas as Normas Brasileiras – NBR publicadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas sobre resíduos sólidos; e

h) que seja prevista a destinação ambiental adequada das pilhas e baterias usadas ou inservíveis, segundo disposto na Resolução CONAMA nº 257, de 30 de junho de 1999.

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

Justificativa da contratação

Quanto à justificativa da contratação, não cabe ao órgão jurídico adentrar o mérito (oportunidade e conveniência) das opções do Administrador, exceto em caso de afronta a preceitos legais. O papel do órgão jurídico é recomendar que tal justificativa seja a mais completa possível, orientando o órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para futuros questionamentos, por exemplo, quanto à pertinência ou necessidade da contratação, ou dos quantitativos estimados, contemplando os requisitos mínimos estabelecidos na Instrução Normativa nº 5, de 2017:

"Art. 1º As contratações de serviços para a realização de tarefas executivas sob o regime de execução indireta, por órgãos ou entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, observarão, no que couber:

I - as fases de Planejamento da Contratação, Seleção do Fornecedor e Gestão do Contrato;

II - os critérios e práticas de sustentabilidade; e

III - o alinhamento com o Planejamento Estratégico do órgão ou entidade, quando houver.

(...)

Art. 3º O objeto da licitação será definido como prestação de serviços, sendo vedada a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra.

(...)

Art. 7º Nos termos da legislação, serão objeto de execução indireta as atividades previstas em Decreto que regulamenta a matéria.

§ 1º A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632, de 7 de maio de 1998.

(...)

Art. 9º Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - as atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Parágrafo único. As atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às funções e atividades definidas nos incisos do caput podem ser executadas de forma indireta, sendo vedada a

transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

(...)

Dos Serviços Prestados de Forma Contínua e Não Contínua

Art. 15. Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

Parágrafo único. A contratação de serviços prestados de forma contínua deverá observar os prazos previstos no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

Dos Serviços com Regime de Dedicção Exclusiva de Mão de Obra

Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que:

I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços;

II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e

III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

(...)

Art. 18. Para as contratações de que trata o art. 17, o procedimento sobre Gerenciamento de Riscos, conforme especificado nos arts. 25 e 26, obrigatoriamente contemplará o risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada.

§ 1º Para o tratamento dos riscos previstos no caput, poderão ser adotados os seguintes controles internos:

I - Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; ou

II - Pagamento pelo Fato Gerador, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

§ 2º A adoção de um dos critérios previstos nos incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser justificada com base na avaliação da relação custo-benefício.

§ 3º Só será admitida a adoção do Pagamento pelo Fato Gerador após a publicação do Caderno de Logística a que faz referência o inciso II do § 1º deste artigo.

§ 4º Os procedimentos de que tratam os incisos do § 1º deste artigo estão disciplinados no item I do Anexo VII-B."

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

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.

Nesse sentido, o art. 3º, inc. II da Lei nº 10.520, de 2002 impõe:

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

[...]

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

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.

Autorização para abertura da licitação

A autorização para abertura da licitação devidamente assinada pela autoridade competente decorre da exigência do art. 30, inc. V do Decreto nº 5.450, de 2005, devendo a unidade assessorada adotar as providências necessárias para dar o devido andamento da aquisição.

Termo de referência, com a aprovação da autoridade competente

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

Especificamente quanto ao tema de serviços terceirizados, é pertinente recomendar a observância da Instrução Normativa 05/2017, a saber:

"Art. 15. Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

Parágrafo único. A contratação de serviços prestados de forma contínua deverá observar os prazos previstos no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993."

(...)

Dos Serviços com Regime de Dedicção Exclusiva de Mão de Obra

Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que:

I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços;

II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e

III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

(...)

Art. 18. Para as contratações de que trata o art. 17, o procedimento sobre Gerenciamento de Riscos, conforme especificado nos arts. 25 e 26, obrigatoriamente contemplará o risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada.

§ 1º Para o tratamento dos riscos previstos no caput, poderão ser adotados os seguintes controles internos:

I - Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; ou

II - Pagamento pelo Fato Gerador, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

§ 2º A adoção de um dos critérios previstos nos incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser justificada com base na avaliação da relação custo-benefício.

§ 3º Só será admitida a adoção do Pagamento pelo Fato Gerador após a publicação do Caderno de Logística a que faz referência o inciso II do § 1º deste artigo.

§ 4º Os procedimentos de que tratam os incisos do § 1º deste artigo estão disciplinados no item I do Anexo VII-B.

Art. 19. As contratações de serviços de que tratam esta Instrução Normativa serão realizadas observando-se as seguintes fases:

I - Planejamento da Contratação;

II - Seleção do Fornecedor; e

III - Gestão do Contrato. Parágrafo único. O nível de detalhamento de informações necessárias para instruir cada fase da contratação deverá considerar a análise de risco do objeto contratado.

Como se vê, a Instrução Normativa nº 05/2017 apresenta um roteiro exaustivo a ser cumprido pelo órgão assessorado, com descrição de todas as etapas e documentos a serem juntados. Por óbvio, não há necessidade de repisar o detalhamento da instrução normativa, percorrendo tautologia, pois a natureza de uma instrução normativa é simplificar, padronizar e informar (instrução) as etapas do procedimento. Não há, salvo melhor juízo dos que melhor entenderem, a matéria jurídica a ser explorada, mas, tão somente, um roteiro a ser cumprido. Assim, salvo uma ou outra questão crucial, no toca à Instrução Normativa nº 05/2017, a orientação cabível, dado o detalhamento do lá contido, é orientar o estrito cumprimento das rotinas e produção dos documentos previstos nessa norma instrumental.

Prosseguindo na orientação jurídica propriamente dita, na descrição dos serviços, salienta-se, é preciso que o gestor adote as cautelas necessárias para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração, evitando detalhes irrelevantes ou impertinentes, que, de alguma forma, possam limitar a competição. Previsão nesse sentido se encontra disposta no art. 3º, inc. II da Lei nº 10.520, de 2002.

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

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

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

Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pelo Comando Logístico do Exército (Colog), tendo por objeto o registro de preços para a aquisição de materiais de intendência (fardamento, coturno, gorro, espora e cobertor). Em síntese, alegara a representante ter sido irregularmente desclassificada para o item 3 do certame (coturno), após a fase de lances, “mesmo tendo ofertado o menor preço, em razão de a sua proposta ter se mostrado superior ao valor estimado para a contratação”. Ademais, destacara que “teria solicitado ao pregoeiro a informação quanto ao preço de referência, mas que ela lhe foi negada sob o argumento de que a publicidade do preço de referência consistiria em mera faculdade da administração”. O relator, após a realização das oitivas regimentais, anotou que a controvérsia derivava de “intelecções distintas sobre o alcance do Acórdão 392/2011-TCU-Plenário, que pugnara pela obrigatoriedade da divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando esse preço for utilizado como critério de aceitabilidade de preços”. A propósito, transcreveu excerto do voto condutor do aludido julgado, no qual se lê: “É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve

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

Pesquisa de mercado

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

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

Desta forma, o órgão deverá proceder à consulta dos preços praticados no mercado, sendo necessária a obtenção de, ao menos, orçamentos de três fontes (Acórdãos nº 980/2005, nº 3.219/2010, ambos do Plenário, e nº 7.821/2010-1ª Câmara do TCU), devendo a pesquisa ser juntada nos autos do processo de licitação. Nesse sentido, dispõem os Acórdãos nº 663/2009 e nº 3.219/2010 do Plenário do TCU). É importante que se atente para que tal consulta se dê nos moldes do Termo de Referência, considerando exatamente as especificações do objeto, a fim de preservar a fidelidade dos preços pesquisados em relação à aquisição almejada. Nessa linha, vejamos a IN nº 05/2017:

"Art. 30. O Termo de Referência ou Projeto Básico deve conter, no mínimo, o seguinte conteúdo:

- I - declaração do objeto;*
- II - fundamentação da contratação;*
- III - descrição da solução como um todo;*
- IV - requisitos da contratação;*
- V - modelo de execução do objeto;*
- VI - modelo de gestão do contrato;*
- VII - critérios de medição e pagamento;*
- VIII - forma de seleção do fornecedor;*
- IX - critérios de seleção do fornecedor;*

X - estimativas detalhadas dos preços, com ampla pesquisa de mercado nos termos da Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014; e

XI - adequação orçamentária.

ANEXO V DIRETRIZES PARA ELABORAÇÃO DO PROJETO BÁSICO (PB) OU TERMO DE REFERÊNCIA (TR)

b.2. por meio de fundamentada pesquisa dos preços praticados no mercado em contratações similares; ou ainda por meio da adoção de valores constantes de indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes, se for o caso; e"

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

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

Recomenda-se observar, ainda, os termos da Instrução Normativa 05/14 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, cuja redação textual segue:

"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://paineldepresos.planejamento.gov.br>; (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

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

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

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

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

§2º Serão utilizados, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

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

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

Por fim, é aconselhável que a Unidade licitante verifique se não existe Ata de Registro de Preços cadastrada nos sistemas eletrônicos, e ainda em vigor, em condições de atender às suas necessidades, para fins de composição da pesquisa de preços, ainda com intuito de refletir os preços praticados atualmente no âmbito da Administração, bem como aos padrões fixados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, especialmente quanto aos limites de valores para contratação de serviços terceirizados.

Previsão de recursos orçamentários

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

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

Atente-se para a necessidade de absoluta observância do tema em questão sob pena de incorrer em improbidade o gestor.

Designação do pregoeiro e equipe de apoio

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

Declaração de compatibilidade de preços e de bem comum

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

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

Verificações Preliminares

Atenta à necessidade de uniformização dos procedimentos licitatórios e de sua adequação à legalidade, a Advocacia-Geral da União instituiu, em 2010, Grupo de Trabalho incumbido de propor orientações em matéria de licitações e contratos administrativos, daí decorrendo modelos de editais e também "check-lists", que vem sendo periodicamente atualizados.

Assim, para a adequada aferição dos aspectos relacionados às fases interna e externa da licitação, indica-se a adoção do check-list cabível (disponibilizado no sítio da Advocacia-Geral da União: "http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/159171"), a partir do qual poderá ser identificada a presença dos documentos e informações necessários.

Participação Exclusiva do certame e/ou de itens/grupos/lotes às ME, EPP e equivalentes

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

O art. 6º do referido diploma estabelece que as licitações para contratações cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00, nos itens ou lotes de licitação, deverão ser destinadas exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte. Bem como reservar cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível, consoante art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006. Todavia, cabe ressaltar que não se aplica a restrição nos casos expressamente previstos no art. 10, situação que requer a devida justificativa:

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

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

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

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

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

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

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

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

Com efeito, deve ser observada a Orientação Normativa nº 10 da Advocacia Geral da União, recentemente alterada:

"PARA FINS DE ESCOLHA DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS CONVENCIONAIS (CONCORRÊNCIA, TOMADA DE PREÇOS E CONVITE), BEM COMO DE ENQUADRAMENTO DAS CONTRATAÇÕES PREVISTAS NO ART. 24, INCISOS I e II, DA LEI Nº 8.666/1993, A DEFINIÇÃO DO VALOR DA CONTRATAÇÃO LEVARÁ EM CONTA O PERÍODO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL E AS POSSÍVEIS PRORROGAÇÕES. NAS LICITAÇÕES EXCLUSIVAS PARA MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS, O VALOR DE R\$ 80.000,00 (OITENTA MIL REAIS) REFERE-SE AO PERÍODO DE UM ANO, OBSERVADA A RESPECTIVA PROPORCIONALIDADE EM CASOS DE PERÍODOS DISTINTOS."

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

A Instrução Normativa nº 05/2017 traz disposições específicas sobre a contratação de cooperativas, cuja transcrição é suficiente, dado o detalhamento a que chega:

Dos Serviços Prestados por Cooperativas e Instituições Sem Fins Lucrativos

Art. 10. A contratação de sociedades cooperativas somente poderá ocorrer quando, pela sua natureza, o serviço a ser contratado evidenciar:

I - a possibilidade de ser executado com autonomia pelos cooperados, de modo a não demandar relação de subordinação entre a cooperativa e os cooperados, nem entre a Administração e os

cooperados; e

II - que a gestão operacional do serviço seja executada de forma compartilhada ou em rodízio, em que as atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços e as de preposto, conforme determina o art. 68 da Lei nº 8.666, de 1993, sejam realizadas pelos cooperados de forma alternada ou aleatória, para que tantos quanto possíveis venham a assumir tal atribuição.

§ 1º Quando admitida a participação de cooperativas, estas deverão apresentar um modelo de gestão operacional que contemple as diretrizes estabelecidas neste artigo, o qual servirá como condição de aceitabilidade da proposta.

§ 2º O serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos cooperados, vedada qualquer intermediação ou subcontratação.

Art. 11. Na contratação de sociedades cooperativas, o órgão ou entidade deverá verificar seus atos constitutivos, analisando sua regularidade formal e as regras internas de funcionamento, para evitar eventual desvirtuação ou fraude.

Art. 12. Quando da contratação de instituição sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição. Parágrafo único. Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.

Art. 13. Não será admitida a contratação de cooperativa ou de instituição sem fins lucrativos cujo estatuto e objetos sociais não prevejam ou não estejam de acordo com o objeto contratado.

Minuta de edital e anexos

No tocante às minutas do Edital e anexos, impõe-se que atendam às minutas-padrão disponibilizadas por esta Procuradoria Federal no sítio da Advocacia-Geral da União - AGU e, por remissão, na página da Procuradoria no sítio do Instituto Federal Catarinense. Deverão ser observados os preceitos legais aplicáveis à espécie e vigentes à época do certame, em especial a Lei n. 8.666/93, a Lei n. 10.520/2002, os Decretos n. 8.250/2014, 7.892/2013, 5.450/2005, 3.931/2001 e 3.555/2000 e a Lei Complementar n. 123/2006. Nessa linha, dispõe a IN nº 05/2017:

"Art. 29. Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de Termos de Referência e Projetos Básicos da Advocacia-Geral União, observadas as diretrizes dispostas no Anexo V, bem como os Cadernos de Logística expedidos pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber.

§ 1º Quando o órgão ou entidade não utilizar os modelos de que trata o caput, ou utilizá-los com alterações, deverá apresentar as devidas justificativas, anexando-as aos autos.

§ 2º Cumpre ao setor requisitante a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico, a quem caberá avaliar a pertinência de modificar ou não os Estudos Preliminares e o Gerenciamento de Risco, a depender da temporalidade da contratação, observado o disposto no art. 23.

(...)

ANEXO V

DIRETRIZES PARA ELABORAÇÃO DO PROJETO BÁSICO (PB) OU TERMO DE REFERÊNCIA (TR)

Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de Termos de Referência e Projetos Básicos da Advocacia-Geral União, observadas as diretrizes dispostas neste anexo."

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

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

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

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

III - sanções para o caso de inadimplemento;

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

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

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

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

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

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

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

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

XII - (Vetado).

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

XIV - condições de pagamento, prevendo:

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

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

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

Art. 40 [...] § 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraíndo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.

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

I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

Todo e qualquer edital deverá, ademais, definir o critério de julgamento das propostas (devendo ser adotado, em regra, o critério de menor preço, muito embora também possam ser excepcionalmente adotados os critérios de maior desconto, melhor técnica, melhor técnica e preço, conforme o caso e com exaustiva justificativa), a realização do pregão para julgamento por item ou por lote, as condições de habilitação das licitantes, a existência ou não de preferência em

razão do porte das empresas participantes do certame ou em razão da natureza dos produtos a serem adquiridos.

No tocante à realização do certame para julgamento por lote, especificamente, há de se considerar a orientação da Lei n. 8.666/1993. Nesse sentido, é certo que a aquisição por lotes embute risco de frustração à competitividade, razão pela qual não deve ser adotada, salvo se houver justificativas técnicas consistentes e razoáveis, demonstrando que o agrupamento em lote seria a melhor via sob os aspectos técnico e econômico.

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

3. Em licitações para registro de preços, é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas. A adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de ser incompatível com a aquisição futura por itens. Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Farroupilha (IFFarroupilha), destinado ao registro de preços de mobiliário para escritório, mediante adjudicação por lotes de itens. Em síntese, fora questionada a rejeição sumária da intenção de recurso de uma das licitantes e a ausência de justificativa detalhada para o quantitativo de itens licitados. Analisando o último aspecto, após a suspensão cautelar do certame e a realização das oitavas regimentais, o relator assentiu às conclusões da unidade instrutiva no sentido de considerar regular os quantitativos previstos no edital, tendo em vista sua similaridade com os itens requeridos pelas unidades do instituto. Sobre o assunto, ressaltou que “em processos de controle externo envolvendo pregões para registro de preços devem ser sempre avaliados os aspectos relativos ao planejamento, como o procedimento de IRP [intenção de registro de preços], aplicável a partir da vigência do Decreto 7.892/2013, e à estimativa das quantidades a serem adquiridas, devidamente justificada e baseada em estudos técnicos preliminares e elementos objetivos - Acórdãos 1.100/2008, 392/2011 e 3.137/2014, do Plenário, 612/2004 e 559/2009, da 1ª Câmara, e 1.720 e 4.411/2010, da 2ª Câmara -, haja vista a possibilidade de alimentação indevida, por vezes até mesmo despropositada, do pernicioso ‘mercado de atas’”. Além disso, prosseguiu, deve o controle externo aferir sistematicamente a aplicação de outros dispositivos legais e regulamentadores do sistema de registro de preços, como, por exemplo, a adoção em regra da adjudicação por item (adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada), e explicitação das hipóteses autorizadoras para a adoção do sistema de registro de preços (inclusive quanto ao atendimento a vários órgãos). Nesse passo, acolhendo a proposta do relator, o Plenário julgou parcialmente procedente a Representação, revogando a cautelar concedida – haja vista que o jurisdicionado desconstituiu o ato irregular (rejeição sumária da intenção de recurso) e reabriu prazo para registro dos recursos – e expediu determinação à Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU para que oriente suas unidades sobre a necessidade de avaliar, em processos envolvendo pregões para registro de preços, dentre outros aspectos, a “obrigatoriedade da adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas, sendo a adjudicação por preço global medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de incompatível com a aquisição futura por itens”. Acórdão 757/2015-Plenário, TC 021.893/2014-4, relator Ministro Bruno Dantas, 8.4.2015.

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

"Representação formulada por licitante a respeito de possíveis irregularidades cometidas pelo Comando da 8ª Região Militar na condução de pregão eletrônico destinado a registro de preços para contratação de solução de infraestrutura de servidores de rede, contemplando o fornecimento de gabinetes (chassis), de servidores de rede em lâminas (blade) e de softwares de virtualização. Foram apresentadas pela representante cinco alegações de irregularidades que, após análise de oitavas pela unidade técnica, mostraram-se inexistentes ou sem suporte

documental para fundamentá-las. No entanto, do exame da ata do pregão questionado, a unidade instrutiva constatou que a licitante vencedora, embora tenha oferecido o melhor preço global, ofertou preço unitário mais vantajoso em somente 11 (34,35%) dos 32 itens da licitação: nove dos dezessete itens do Lote 1 (revogado pelo órgão licitante antes mesmo do atendimento das oitavas) e dois dos quinze itens que compunham o Lote 2. Tal fato, consignou a unidade técnica, contraria a jurisprudência do TCU, a qual considera que a adjudicação por lote é, em regra, incompatível com a aquisição futura por itens, tendo em vista que alguns itens podem ser ofertados pelo vencedor do lote a preços superiores aos propostos por outros competidores (Acórdão 2695/2013-Plenário) e que nas licitações por lote para registro de preços, mediante adjudicação por menor preço global do lote, deve-se vedar a possibilidade de aquisição individual de itens registrados para os quais a licitante vencedora não apresentou o menor preço (Acórdão 343/2014-Plenário). Por se tratar de registro de preços, a unidade técnica propôs restringir adesões à ata de registro de preços do Comando da 8ª Região Militar, uma vez que a permissão integral pode levar a que outros órgãos da administração equivocadamente adquiram produtos para os quais a detentora da ata não ofertou preço mais vantajoso na fase de lances. No mérito, o Relator anuiu às conclusões da unidade instrutiva e colacionou julgado no sentido de se adotar preferencialmente o critério de adjudicação por item, admitindo-se o julgamento de menor preço por lote aos casos de comprovada inviabilidade do primeiro e evidenciada vantagem econômica, haja vista que na licitação por menor preço global do lote, a vantajosidade para a Administração somente se concretiza na medida em que for adquirido do licitante o lote integral dos itens, pois o preço é resultante da multiplicação de preços dos bens licitados pelas quantidades estimadas, configurando dano ao erário a compra de itens cujos preços registrados não sejam os menores ofertados na disputa (Acórdão 4.205/2014 - 1ª Câmara). Destacou, também, precedente do TCU com determinação ao Comando da 9ª Região Militar para que se abstenha, em licitação para registro de preços, de adotar como critério de adjudicação o de menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, sem demonstração da vantagem econômica dessa modelagem de certame (Acórdão 2.977/2012 – Plenário). O Tribunal, seguindo o voto do relator, decidiu determinar ao Comando da 8ª Região Militar que não adquira, individualmente, os itens do Lote 2 não adjudicados pelo melhor lance e se abstenha de autorizar adesão a quaisquer dos referidos itens, dando ciência ao referido Comando de que o critério de julgamento de menor preço por lote, como o verificado no Pregão Eletrônico 28/2014, somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item e evidenciadas fortes razões que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas. Acórdão 1680/2015-Plenário, TC 030.513/2014-6, relator Ministro Marcos Bemquerer Costa, 8.7.2015."

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

Veja-se a ementa, no que interessa:

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

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

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

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

[...]

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

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 49, DE 25 DE ABRIL DE 2014

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

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

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

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

Minuta de contrato

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.

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."

Em síntese, e com base no art. 62, caput e § 4º, da Lei nº 8.666/93, tem-se que a confecção prévia da minuta de contrato, para posterior assinatura, é obrigatória para contratação de serviços terceirizados, ainda mais por considerar o plexo de obrigações para as partes.

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

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

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

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

I - o objeto e seus elementos característicos;

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

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

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

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

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

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

VIII - os casos de rescisão;

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

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

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

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

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

Devem ser utilizadas as minutas e listas de verificação disponibilizada no sítio da AGU. Registro também por oportuno que deverá o órgão assessorado observar com absoluta atenção as diretrizes do Ofício-Circular 4/2015 da Secretaria Executiva do Ministério da Educação, no que tange a vedação ao nepotismo, inclusive nas contratações de terceirizados. Nesse sentido, o Decreto nº 7.203/2010:

"(...)

Art. 3º No âmbito de cada órgão e de cada entidade, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento, para:

I - cargo em comissão ou função de confiança;

II - atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público, salvo quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo; e

III - estágio, salvo se a contratação for precedida de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.

§ 1º Aplicam-se as vedações deste Decreto também quando existirem circunstâncias caracterizadoras de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da administração pública federal.

§ 2º As vedações deste artigo estendem-se aos familiares do Presidente e do Vice-Presidente da República e, nesta hipótese, abrangem todo o Poder Executivo Federal.

§ 3º É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade.

"(...)

Art. 6º Serão objeto de apuração específica os casos em que haja indícios de influência dos agentes públicos referidos no art. 3º:

I - na nomeação, designação ou contratação de familiares em hipóteses não previstas neste Decreto;

II - na contratação de familiares por empresa prestadora de serviço terceirizado ou entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal.

Art. 7º Os editais de licitação para a contratação de empresa prestadora de serviço terceirizado, assim como os convênios e instrumentos equivalentes para contratação de entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal, deverão estabelecer vedação de que familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo em comissão ou função de confiança.

(...)"

Observância da Instrução Normativa nº 05/2017, de 25/05/2017, subscrita pelo Sr. Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão

O advento da Instrução Normativa nº 05/2017 trouxe a especificação da forma como o órgão assessorado deverá cumprir as normas aplicáveis à licitação e contratação cujo objeto seja a prestação de serviços contínuos com alocação exclusiva de mão de obra - terceirização. Não cabe, em um parecer jurídico, simplesmente repetir o contido na instrução, eis que este instrumento já está em nível de detalhamento apto a constituir a própria rotina do órgão assessorado. Cuida-se, a instrução normativa, de um roteiro a ser seguido.

Sem embargo, pela importância dessa instrução normativa que prescreve como devem ser cumpridas nas normas de maior hierarquia (Constituição, leis e decretos), faremos algumas observações.

A rotina estabelecida pela IN nº 05/2017 é trifásica quanto ao procedimento licitatório:

- a) Planejamento - qualificação da necessidade e avaliação e gestão de riscos*
- b) Seleção do fornecedor - modelos e padrões, menor preço*
- c) Gestão do Contrato - controle de resultados e fiscalização trabalhista*

Assim, o Gestor deverá instruir o procedimento com os seguintes documentos preenchidos e assinados:

- a) documento de formalização de demanda - DOD - Anexo II*
- b) mapa de riscos - Anexo IV*
- c) modelo de ordem de serviço - Anexo V-A*
- d) modelo de instrumento de medição de resultado (IMR) - Anexo V - B*
- e) modelo de proposta - Anexo VII-C*
- f) modelo de planilha de custos e formação de preços - Anexo - VII - D*
- g) modelo de declaração de contratos firmados com a iniciativa privada e a Administração Pública - Anexo VII - E*
- h) modelo de termo de cooperação técnica - termo de cooperação técnica - Anexo XII - A*

A par desses documentos (modelos), a IN nº 05/2017 e seus anexos, trazem diretrizes/orientações/guias/definições a serem seguidas quanto ao procedimento e quanto a utilização/criação/preenchimento dos documentos referidos no parágrafo anterior. Destacaremos os comandos relativos aos estudos preliminares, ao gerenciamento de riscos, à fiscalização, ao pagamento e à conta vinculada.

Estudos preliminares. Elaborado pela equipe de planejamento com base no documento de formalização da demanda. As diretrizes para sua elaboração estão no Anexo III. Conforme o artigo 24, da IN nº 05/2017, seu conteúdo mínimo é:

Art. 24. Com base no documento que formaliza a demanda, a equipe de Planejamento da Contratação deve realizar os Estudos Preliminares, conforme as diretrizes constantes do Anexo III.

§ 1º O documento que materializa os Estudos Preliminares deve conter, quando couber, o seguinte conteúdo:

I - necessidade da contratação;

II - referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte;

V - levantamento de mercado e justificativa da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativas de preços ou preços referenciais;

VII - descrição da solução como um todo;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da solução, quando necessária para individualização do objeto;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;

X - providências para adequação do ambiente do órgão;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; e

XII - declaração da viabilidade ou não da contratação.

§ 2º Os Estudos Preliminares devem obrigatoriamente conter o disposto nos incisos I, IV, VI, VIII e XII do parágrafo anterior.

§ 3º O órgão ou entidade deverá apresentar justificativas no próprio documento que materializa os Estudos Preliminares, quando não contemplar quaisquer dos incisos de que trata o § 1º deste artigo;

§ 4º Nas contratações que utilizem especificações padronizadas, em atenção ao § 4º do art. 20, a equipe de Planejamento da Contratação produzirá somente os conteúdos dispostos nos incisos do § 1º deste artigo que não forem estabelecidos como padrão.

§ 5º Observado o § 2º deste artigo, nas contratações em que o órgão ou entidade for gerenciador de um Sistema de Registro de Preços (SRP), deve ser produzido um Estudo Preliminar específico para o órgão ou entidade com o conteúdo previsto nos incisos de I a XII, e outro para a formação da Ata contendo as informações dos incisos III, IV, V, VI, VII e VIII.

§ 6º Observado o § 2º deste artigo, nas contratações em que o órgão ou entidade for participante de um Sistema de Registro de Preços (SRP), a equipe de Planejamento da Contratação produzirá as informações dos incisos I, II, IV, IX, X, XI e XII, visto que as informações dos incisos III, V, VI, VII e VIII, considerando a totalidade da ata, serão produzidas pelo órgão gerenciador.

Gerenciamento de riscos. Por ele, devem ser identificados os principais riscos que possam comprometer a efetividade do planejamento da contratação, da seleção do fornecedor e da gestão contratual; esses riscos devem avaliados, receberem um tratamento, aqueles considerados inaceitáveis, por meio da definição de ações que reduzirão a probabilidades de suas ocorrências. Além disso, deverão ser definidas as ações de contingência para os riscos inaceitáveis que subsistirem. O instrumento é o Mapa de Risco, cujo modelo está no Anexo IV. A responsabilidade pelo gerenciamento de riscos é da equipe de planejamento da contratação. O mapa de riscos deve ser atualizado ao final da elaboração dos estudos preliminares, ao final da elaboração do termo de referência ou projeto básico, após a fase de seleção do fornecedor e após eventos relevantes, durante a gestão do contrato, pelos responsáveis pela fiscalização. Diz a IN nº 05/2017:

Art. 25. O Gerenciamento de Riscos é um processo que consiste nas seguintes atividades:

I - identificação dos principais riscos que possam comprometer a efetividade do Planejamento da Contratação, da Seleção do Fornecedor e da Gestão Contratual ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação;

II - avaliação dos riscos identificados, consistindo da mensuração da probabilidade de ocorrência e do impacto de cada risco;

III - tratamento dos riscos considerados inaceitáveis por meio da definição das ações para reduzir a probabilidade de ocorrência dos eventos ou suas consequências;

IV - para os riscos que persistirem inaceitáveis após o tratamento, definição das ações de contingência para o caso de os eventos correspondentes aos riscos se concretizarem; e

V - definição dos responsáveis pelas ações de tratamento dos riscos e das ações de contingência.

Parágrafo único. A responsabilidade pelo Gerenciamento de Riscos compete à equipe de Planejamento da Contratação devendo abranger as fases do procedimento da contratação previstas no art. 19.

Art. 26. O Gerenciamento de Riscos materializa-se no documento Mapa de Riscos.

§ 1º O Mapa de Riscos deve ser atualizado e juntado aos autos do processo de contratação, pelo menos:

I - ao final da elaboração dos Estudos Preliminares;

II - ao final da elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico;

III - após a fase de Seleção do Fornecedor; e

IV - após eventos relevantes, durante a gestão do contrato pelos servidores responsáveis pela fiscalização.

§ 2º Para elaboração do Mapa de Riscos poderá ser observado o modelo constante do Anexo IV.

Art. 27. Concluídas as etapas relativas aos Estudos Preliminares e ao Gerenciamento de Riscos, os setores requisitantes deverão encaminhá-los, juntamente com o documento que formaliza a demanda, à autoridade competente do setor de licitações, que estabelecerá o prazo máximo para o envio do Projeto Básico ou Termo de Referência, conforme alínea “c” do inciso I, do art. 21.

Parágrafo único. A Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá estabelecer regras e procedimentos para elaboração do Plano Anual de Contratações do órgão ou entidade, que será registrado em sistema informatizado.

Fiscalização. Diz a IN nº 05/2017:

"Das Atividades de Gestão e Fiscalização da Execução dos Contratos

Art. 39. As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual são o conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados, verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como prestar apoio à instrução processual e o encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos a repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outras, com vista a assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto.

Art. 40. O conjunto de atividades de que trata o artigo anterior compete ao gestor da execução dos contratos, auxiliado pela fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, conforme o caso, de acordo com as seguintes disposições:

(...)

Art. 41. A indicação do gestor, fiscal e seus substitutos caberá aos setores requisitantes dos serviços ou poderá ser estabelecida em normativo próprio de cada órgão ou entidade, de acordo com o funcionamento de seus processos de trabalho e sua estrutura organizacional.

Em tema de fiscalização, a instrução normativa detalhou o procedimento/rotina, não cabendo, aqui, repetir o que foi prescrito em nível de roteiro. Cabe lembrar que a IN nº 05/2017 não é norma primária, não inova a ordem jurídica, veicula, apenas, como os agentes públicos devem cumprir a Constituição, as leis e os decretos atinentes à matéria. Daí, a orientação cabível é a utilização da IN nº 05/2017 como um manual, considerando o nível de detalhamento das condutas determinadas.

Pagamento. Quanto a esse aspecto da vida contrato de serviços continuados, há um anexo à IN nº 05/2017 (Anexo XI), consubstanciando um verdadeiro passo a passo.

Conta vinculada. Segundo a IN nº 05/2017, no caso das contratações contempladas no artigo 17, o procedimento de gerenciamento de riscos, obrigatoriamente, contemplará o risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada, devendo ou ser adotado o controle mediante Conta-Depósito Vinculada ou Pagamento pelo Fato Gerador (após a publicação do Caderno de Logística pertinentes). Vejamos:

"Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que:

(...)

Art. 18. Para as contratações de que trata o art. 17, o procedimento sobre Gerenciamento de Riscos, conforme especificado nos arts. 25 e 26, obrigatoriamente contemplará o risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada.

§ 1º Para o tratamento dos riscos previstos no caput, poderão ser adotados os seguintes controles internos:

I - Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; ou

II - Pagamento pelo Fato Gerador, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

§ 2º A adoção de um dos critérios previstos nos incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser justificada com base na avaliação da relação custo-benefício.

§ 3º Só será admitida a adoção do Pagamento pelo Fato Gerador após a publicação do Caderno de Logística a que faz referência o inciso II do § 1º deste artigo.

§ 4º Os procedimentos de que tratam os incisos do § 1º deste artigo estão disciplinados no item I do Anexo VII-B."

Ou seja, até a publicação do Caderno de Logística, deverá ser adotada, obrigatoriamente, a Conta-Depósito Vinculada, observando-se o Anexo VII-B.

Quanto ao restante da IN nº 05/2017, como já afirmado alhures, o detalhamento é tal, que dispensa esclarecimentos, devendo os órgãos assessorados seguir a instrução normativa. Caso surjam dúvidas jurídicas específicas, deverão elas serem suscitadas segundo a rotina já estabelecida.

Em linha com a Instrução Normativa nº 05/2017, os órgãos assessorados deverão observar, também, a Portaria nº 409, de 21 de dezembro de 2016.

III. CONCLUSÃO

Em face do exposto, uma vez que o órgão assessorado siga as orientações acima exaradas quanto ao procedimento, é juridicamente possível dar prosseguimento ao processo, realizando o pregão para contratação de serviços terceirizados, sem submeter os autos à esta Procuradoria Federal junto ao IFC, consoante Orientação Normativa nº 55, do Advogado-Geral da União, utilizando as minutas de edital, de contrato, de termo de referência e dos demais anexos disponibilizadas pela AGU, em www.agu.gov.br, aba "modelos de licitações e contratos", as quais cumprem a Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único.

Por se tratar de parecer referencial, os processos que guardarem relação inequívoca e direta com a abordagem aqui realizada poderão, doravante, dispensar análise individualizada, desde que o setor competente certifique, de forma expressa, que a situação concreta se amolda aos termos desta manifestação, que foram utilizadas as minutas disponibilizadas pela AGU, DEVENDO ESTA CERTIDÃO SER JUNTADA NOS AUTOS E FIRMADA TANTO PELOS SERVIDORES DO SETOR DE LICITAÇÕES E CONTRATOS RESPONSÁVEL, COMO TAMBÉM PELO GESTOR/ORDENADOR DE DESPESAS.

A persistência de dúvida de cunho jurídico deverá resultar na remessa do processo a esta Procuradoria Federal para exame individualizado, mediante formulação dos questionamentos

jurídicos específicos, nos moldes da Ordem de Serviço Conjunta nº 01/GR/PF-IFC, de 28 de fevereiro de 2014

Por fim, a AGU/PGF divulgou parecer de observância obrigatória, aprovado de forma vinculante pelo Procurador-Geral Federal, Parecer nº 00006/2017/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU, com a seguintes ementa e conclusões acerca da eficácia da Instrução Normativa nº 05/2017:

PARECER n. 00006/2017/CPLC/PGF/AGU

NUP: 00407.000506/2017-01

INTERESSADOS: DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

ASSUNTOS: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos instituída pela Portaria nº 338/PGF/AGU, de 12 de maio de 2016.

EMENTA: O INÍCIO DA APLICAÇÃO EFETIVA DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 5, DE 2017. FORMA DE CONTAGEM DO PRAZO DE VACATIO LEGIS. LEI COMPLEMENTAR N. 95. A APLICAÇÃO DA NOVA NORMATIZAÇÃO AOS PROCESSOS INSTAURADOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA. INCIDÊNCIA NA FASE DE GESTÃO CONTRATUAL.

I. A vigência temporal de uma norma é a qualidade atinente ao tempo de sua atuação, podendo ser invocada para produzir, concretamente, efeitos (eficácia). A eficácia em sentido estrito designa a existência específica da norma em determinada época, caracterizando o preceito normativo que rege relações sociais aqui e agora (hic et nunc). A vigência equivale ao período da vida da norma, desde o início de sua obrigatoriedade até sua revogação. É, portanto, o interregno entre o início e o fim da obrigatoriedade da norma (Maria Helena Diniz).

II. Aplicando a regra do § 1º do art. 8º da Lei Complementar 95, de 1998, na contagem do prazo de vacância da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Desenvolvimento, o início de sua vigência será o dia 23 de setembro de 2017, um sábado.

III. A Instrução Normativa n. 5, de 2017, somente será efetivamente aplicada aos processos de contratações públicas no dia 25 de setembro de 2017, segunda-feira, por força do artigo 23 da Lei 9.784, de 1999 - Lei do Processo Administrativo Federal -, que determina que os atos processuais somente podem ser realizados em dias úteis.

IV. A nova normatização ressalva de sua aplicação os procedimentos autuados ou registrados antes da sua entrada em vigor. O objetivo do procedimento é a formalização da contratação. Instaurado o processo antes da entrada em vigor da nova legislação, as fases de planejamento (arts. 19 a 32) e de seleção do fornecedor (art. 33 a 38) não serão aplicadas a estes procedimentos, incidindo a antiga Instrução Normativa n. 2, de 2008, da extinta SLTI.

V. Em relação à fase de gestão do contrato, o regime jurídico será o da norma procedimental vigente quando da ocorrência do fato, e não o regime de quando foi instaurado o processo administrativo ou de quando firmado o contrato, não sendo admissível à Administração criar obrigações na fase de gestão contratual, com base na Instrução Normativa nº 05, de 2017, que não foram exigidas no momento da seleção do fornecedor, por força da aplicação da Instrução Normativa nº 02, de 2008.

[...]

CONCLUSÃO DEPCONS/PGF/AGU Nº 137/2017

I. A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 05, DE 26 DE MAIO DE 2017, DA SECRETARIA DE GESTÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E DESENVOLVIMENTO, PASSARÁ A VIGER NO DIA 23 DE SETEMBRO DE 2017, SÁBADO, CONSIDERANDO O DISPOSTO NO § 1º DO ART. 8º DA LEI COMPLEMENTAR 95, DE 1998;

II. COMO SOMENTE PODEM SER PRATICADOS ATOS PROCESSUAIS EM DIAS ÚTEIS, A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 5, DE 2017, SERÁ EFETIVAMENTE APLICADA AOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS AUTUADOS OU REGISTRADOS A PARTIR DO DIA 25 DE SETEMBRO DE 2017, SEGUNDA-FEIRA;

III. NÃO SERÁ APLICADA A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 5, DE 2017, À FASE INTERNA DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO AUTUADOS OU REGISTRADOS ANTES DO DIA 25 DE SETEMBRO DE 2017;

IV. APÓS 25 DE SETEMBRO DE 2017, SERÁ APLICÁVEL A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 5, DE 2017, AOS CONTRATOS FIRMADOS ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DO REFERIDO NORMATIVO OU DECORRENTES DE PROCESSOS INSTAURADOS SOB A VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR, REFERENTES À GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS, RENOVAÇÃO/PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA CONTRATUAL, A APLICAÇÃO DE SANÇÕES, E MOTIVOS QUE LEVEM À RESCISÃO CONTRATUAL.

V. NÃO É ADMISSÍVEL À ADMINISTRAÇÃO CRIAR OBRIGAÇÕES NA FASE DE GESTÃO CONTRATUAL, COM BASE NA INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 05, DE 2017, QUE NÃO FORAM EXIGIDAS NO MOMENTO DA SELEÇÃO DO FORNECEDOR, POR FORÇA DA APLICAÇÃO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 02, DE 2008.

Ou seja, aproveitando o ensejo, mesmo nos contratos firmados antes de 25/09/2017, a IN n° 05/2017 deverá ser aplicada quanto à gestão, à fiscalização, à renovação/prorrogação, à aplicação de sanções e aos motivos que levem à rescisão contratual.

Este parecer referencial será distribuído, por meio do Gabinete da Magnífica Reitora, caso a adoção pelos órgãos assessorados (direções dos diversos campi cujo Gestor seja ordenador de despesas) seja autorizada, via e-mail, acompanhado de material informativo elaborado pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - Secretaria de Gestão, o qual também será juntado ao NUP onde localizado este parecer referencial.

5. Estes autos eletrônicos, Seq. 1, não paginados (extraídos do sistema do IFC SIPAC) apresenta pedido de contratação, estudo preliminar da contratação, autorização para abertura de licitação da autoridade competente, termo de referência, pesquisa de preços, declaração de objeto comum, declaração de recurso orçamentário, declaração de objeto comum, portaria n° 02 CSFS/IFC/2018, de 03 de janeiro de 2018 - designado pregoeiro, certificado de habilitação e formação de pregoeiro, minuta de edital e de contrato e seus anexos, check-list da AGU e declaração de adequação do edital ao modelo da AGU. Assim, atendidos os requisitos jurídicos formais explicitados no parecer referencial acima.

6. Sem embargo, **não localizamos nos autos o cumprimento da Instrução Normativa n° 05/2017 do MPDG, artigo 26, § 1º**, segundo o qual o documento "mapa de riscos" deverá ser elaborado não somente após os estudos preliminares, também, **ao final da elaboração do termo de referência** (e, no futuro, deverá ser, também, após a fase de seleção do fornecedor e, também, após eventos relevantes, durante a gestão do contrato pelos servidores responsáveis pela fiscalização). **Recomendamos o atendimento da norma citada.**

7. No termo de referência, consta que serão dois itens os licitados: **serviços de monitoramento eletrônico e atendimento tático e instalação de alarme e equipamento de circuito fechado de televisão - CFTV**. No item 6.1.1., item VI, consta "*O tempo máximo entre a detecção do disparo do alarme pela Central de Monitoramento e a resposta da vistoria técnica de pronto atendimento deve ser de até 15 (quinze) minutos*". Ou seja, não parece que serão apenas serviços de instalação, manutenção e monitoramento, parece que haverá atuação de pessoal especializado em pronta-resposta, incidindo a Instrução Normativa n° 05/2017, Anexo VI:

9. É permitida a licitação:

a) para a contratação de serviços de instalação, manutenção ou aluguel de equipamentos de vigilância eletrônica em conjunto com serviços contínuos de vigilância armada/desarmada ou de monitoramento eletrônico, sendo vedada a comercialização autônoma de equipamentos de segurança eletrônica, sem a prestação do serviço de monitoramento correspondente; e

b) para a contratação de serviço de brigada de incêndio em conjunto com serviços de vigilância.

9.1. Os serviços de instalação e manutenção de circuito fechado de TV ou de quaisquer outros meios de vigilância eletrônica são serviços de engenharia, para os quais devem ser contratadas empresas que estejam registradas no CREA e que possuam profissional qualificado em seu corpo técnico (engenheiro), detentor de atestados técnicos compatíveis com o serviço a ser executado

8. Nesse caso, em tese, haveria a necessidade de autorização concedida pelo Departamento de Polícia Federal, conforme estabelece a Lei 7.102, de 20.06.83, Decreto n° 89.056, de 24.11.83 e Portaria n° 3.233/2012 - DPF/MJ de 10.12.2012. **Recomendamos revisar o termo de referência (atendimento tático).**

9. Por fim, não consta do termo de referência croqui informando a localização das futuras câmeras e alarmes. Isso constitui risco jurídico, pois pode ensejar conflito com a empresa vencedora. **Recomendamos que o planejamento da contratação contemple a localização** que a Administração entende, fundada em parecer técnico, mais adequados das câmeras e alarmes, garantindo na fase do planejamento a melhor solução para o interesse público.

10. De resto, a minuta de edital, de contrato e demais anexos, bem como o check-list da AGU, conforme declaração de adequação do edital ao modelo da AGU, atendem ao parecer referencial acima transcrito e, portanto, à Lei nº 8.666/93, artigo 38, § único, se não houver dúvida jurídica e as questões acima apontadas (§§ 6º ao 9º deste opinativo) forem enfrentadas e superadas.

III. CONCLUSÃO

11. Pelo exposto, **oficia-se pela realização das diligências preconizadas nos parágrafos 6º ao 9º deste opinativo**, com as consequentes adequações nas minutas de edital, de termo de referência e de contrato que se fizerem necessárias. Assim feito, não havendo dúvida jurídica, **as minutas estarão adequadas às finalidades a que se destinam**, forte na "Boa Prática Consultiva – BPC nº 05:

a) Enunciado

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

12. Este é o parecer jurídico, registrado eletronicamente no SAPIENS da AGU, exarado nos termos da Lei Complementar nº 73/93, artigo 11 c/c 18, Lei nº 10.480/02, artigo 10, § 1º, e Lei nº 13.327, artigos 37 e 38, salvo melhor juízo dos que melhor entenderem.

Blumenau, 17 de abril de 2018.

André de Oliveira
Procurador-Chefe da Procuradoria Federal Junto ao IFC

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23476000196201889 e da chave de acesso 062ad249