



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

PARECER Nº 979 /2012//PF-FNDE/PGF/AGU

PROCESSO Nº 23034.007211/2012-23

INTERESSADO: Diretoria de Administração – DIRAD.

ASSUNTO: Minuta de edital de pregão eletrônico para registro de preços objetivando o fornecimento de equipamentos de cozinha e refeitórios escolares

I. Licitação. Pregão Eletrônico. Registro de preços. Valor superior a R\$ 500.000,00. Análise jurídica prévia do edital e seus anexos. Requisitos da Lei nº 8.666/93, do Decreto nº 5.450/2005 e do Decreto nº 3.931/2001.

II. Aquisição de equipamentos para cozinhas e refeitórios escolares, em atendimento ao Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE. Critério de julgamento menor preço por grupo/item. Aprovação da minuta de edital, e anexos, condicionada ao atendimento das recomendações da Procuradoria Federal.

Senhor Subprocurador,

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de análise jurídica de minuta de edital de licitação e anexos, na modalidade pregão eletrônico para registro de preços, com critério de julgamento menor preço por grupo/item, cujo objeto é o registro de preços, consignado em ata para eventual aquisição de equipamentos para cozinhas e refeitórios escolares, visando reequipar/modernizar as escolas de educação básica, bem como as unidades do Programa Proinfância das redes públicas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, em atendimento ao Programa Nacional de Alimentação Escolar.

2. O processo foi inaugurado pelo Memorando nº 3/2012 – DGREP/CGARC/DIRAD/FNDE, assinado pela Chefe da Divisão de Gerenciamento de Registro de Preços, a qual solicita a abertura de processo para a realização de audiência pública para subsidiar a definição de especificações técnicas de equipamentos e utensílios de cozinha para as escolas das redes públicas (fl. 02).

3. Para instruir os autos, foram juntados os seguintes documentos:



- a) Documentação referente à Audiência Pública (fls. 03-79);
- b) Ofício nº 1037/2012 – GABIN/SESAN/MDS, através do qual o Ministério de Desenvolvimento Social e Combate a Fome manifesta interesse em aderir a ata de registro de preços (fls. 83-84);
- c) Carta consulta nº 05/2012 – DIMEN/CECOM/CGCOM/DIRAD/FNDE/MEC, encaminhada às empresas interessadas em participar do procedimento licitatório, na qual a DMEN solicita o envio de proposta de preços (fls. 85-122);
- d) Cotações de preços (fls. 125-279);
- e) Termo de Referência e especificações técnicas (às fls. 281-330);
- f) Extrato de consulta realizada junto ao Sistema SIASG/CATMAT/ITEM/CONITEMMAT (fls. 332-347) e mapa de apuração de preço médio (fl.349);
- g) Cópia da portaria de designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio (fl. 348);
- h) Minuta de edital do pregão eletrônico, acompanhada de termo de referência, ata de registro de preços, contrato e outros anexos (fls. 350-374);
- i) Aprovação do Termo de Referência e a Autorização para a realização do certame licitatório, feitas pelo Presidente do FNDE (fl. 376).

4. Em seguida, e por força do disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 e do art. 30, inciso IX, do Decreto nº 5.450/2005, vieram os autos a esta Procuradoria, para análise da minuta de edital, ata de registro de preços e do contrato.

II. FUNDAMENTAÇÃO

5. Cumpre registrar, preliminarmente, que a análise empreendida circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos no procedimento em exame, não cabendo a esta unidade jurídica adentrar nos aspectos técnicos e econômicos, nem no juízo de oportunidade e conveniência da contratação pretendida.

II.1) INÍCIO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONSIDERAÇÕES GERAIS

6. De acordo com o art. 38 da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 30, V, do Decreto nº 5.450/05, o procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva da autoridade competente. Além do atendimento dos requisitos de autuação, protocolo e numeração, verifica-se, também, a presença da autorização do Presidente do FNDE (fl. 153).

7. Alerta-se que o processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas e todos os atos processuais devem ser produzidos por escrito, com data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável (art. 22, § 1º e



§ 4º, da Lei nº 9.874/1999). Quanto aos documentos juntados em cópia, a sua autenticação poderá ser feita pelo órgão administrativo, mediante carimbo e assinatura. Demais orientações processuais devem ser verificadas na Portaria Normativa SLTI/MPOG nº 5/2002.

8. Ainda quanto à instrução processual, destaca-se a Orientação Normativa AGU nº 02/2009, a qual deverá ser seguida durante todo o processo:

Orientação Normativa AGU nº 02/2009

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.

II.2) FASE PREPARATÓRIA DO PREGÃO

9. O presente exame jurídico recairá sobre a fase preparatória/interna do processo licitatório, incluindo a minuta do edital, da ata de registro de preços e do contrato, nos termos do art. 38, § único, da Lei nº 8.666/93 e do art. 9º e 30, IX, do Decreto nº 5.450/2005.

10. A fase interna destina-se a: "a) verificar a necessidade e a conveniência da contratação de terceiros; b) determinar a presença dos pressupostos legais para contratação (inclusive a disponibilidade de recursos orçamentários); c) determinar a prática dos atos prévios indispensáveis à licitação (quantificação das necessidades administrativas, avaliação de bens, elaboração de projetos básicos etc); d) definir o objeto do contrato e as condições básicas da contratação; e) verificar a presença dos pressupostos da licitação, definir a modalidade e elaborar o ato convocatório da licitação".¹

11. Consoante o art. 9º do citado decreto, a fase preparatória deve incluir os procedimentos abaixo:

- Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:
 - I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;
 - II - aprovação do termo de referência pela autoridade competente;
 - III - apresentação de justificativa da necessidade da contratação;
 - IV - elaboração do edital, estabelecendo critérios de aceitação das propostas;
 - V - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, inclusive no que se refere aos prazos e às condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração; e
 - VI - designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

§ 1º A autoridade competente motivará os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração.

12. Examinando os autos, verifica-se que foram acostados os seguintes documentos: termo de referência (fls. 281-289), justificativa da necessidade da contratação (fls. 287-288), edital (fls. 350-359) e designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio (fl. 348).

II.3) JUSTIFICATIVA DA NECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª edição. São Paulo: Dialética, 2010, p. 516-517.

13. A justificativa da necessidade da contratação revela-se como requisito essencial em qualquer procedimento licitatório. A descrição do objeto deve ser realizada com toda a precaução, podendo-se valer a Administração de estudos técnicos, audiências públicas, entre outros meios, para definir, de maneira precisa, o que realmente contempla o interesse público.

14. No presente processo, a área técnica acostou as justificativas devidas às fls. fls. 287-288. Vale registrar também que a elaboração do termo de referência foi precedida de audiência pública, conforme os documentos juntados às fls. 03-79.

II.4) TERMO DE REFERÊNCIA

15. Verifica-se, também, a juntada do termo de referência às fls. 281-289, conforme exige o art. 9º, I, do Decreto nº 5.450/2005.

16. Consoante o art. 9º, § 2º, do Decreto nº 5.450/05, o termo de referência é “o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva”.

17. O art. 9º, § 2º, do citado decreto, exige que a aprovação do TR pela autoridade competente seja motivada, “indicando os elementos técnicos fundamentais que o apoiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso”. Há, nos autos, a devida aprovação do TR pelo Presidente do FNDE (fl. 98).

18. Ademais, considerando que não há previsão no TR, nem no edital, de aquisição dos produtos por parte do FNDE, deve a área técnica justificar a necessidade de sua participação na condução da referida licitação, inclusive quanto à eventual adequação do objeto a ser contratado com a sua finalidade institucional, já que, a rigor, qualquer licitação, inclusive a realizada mediante o sistema de registro de preços, pressupõe uma determinada necessidade de contratação por parte da entidade que conduz o certame licitatório.

II.5) REQUISITOS APLICÁVEIS ÀS COMPRAS

19. Relativamente às compras feitas pela Administração Pública, a Lei nº 8.666/93 determina algumas regras específicas, que podem ser aplicadas ao caso:

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

(...)

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem (...)

II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

III - (...)

20. Analisando os autos, verifica-se que consta no termo de referência a especificação completa dos produtos a serem adquiridos, bem como a estimativa das quantidades.



II.6) PESQUISA DE PREÇOS

21. Com base no art. 3º, III, da Lei nº 1.520/2002 c/c o art. 9º, § 2º, do Decreto nº 5.450/2005, faz-se necessária a devida pesquisa de preços. A Administração, antes de qualquer contratação, deverá conhecer o total da despesa que, por estimativa, será necessário despender com o objeto contratado. Para tanto, é adequado que a pesquisa seja a mais ampla possível, envolvendo orçamentos praticados por diferentes fornecedores, exame de valores em outras contratações do Poder Público com objeto semelhante, preços constantes em SRP, dentre outros meios. Nesse ponto, cumpre citar orientação do Acórdão TCU nº 2.170/2007 – Plenário:

1. A aferição de preços nas aquisições e contratações de produtos e serviços (...), no âmbito da Administração Pública federal, na fase de estimativa de preços, no momento de adjudicação do objeto do certame licitatório, na contratação e alterações posteriores, deve se basear em valores aceitáveis, que se encontrem dentro da faixa usualmente praticada pelo mercado em determinada época, obtida por meio de pesquisa a partir de fontes diversas, como orçamentos de fornecedores, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos - inclusive aqueles constantes no Comprasnet -, valores registrados em atas de Sistema de Registro de Preços, entre outras, a exemplo de compras/contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública.
2. Preço aceitável, a ser considerado na faixa de preços referida no item precedente, é aquele que não representa claro viés em relação ao contexto do mercado, ou seja, abaixo do limite inferior ou acima do maior valor constante da faixa identificada para o produto ou serviço.
3. A utilização de fontes que não sejam capazes de representar o mercado de tecnologia da informação para produtos com certa complexidade ou serviços fornecidos para o setor público - como sites na Internet, inclusive internacionais - pode servir apenas como mero indicativo de preço, sem que sirvam os valores encontrados, por si sós, para caracterização de sobrepreço ou superfaturamento.

22. No caso em comento, foi realizada pesquisa de preços, junto a fornecedores (fls. 126-128 e 136-137), atas de registro de preços de licitações anteriores de órgãos oficiais (fls. 145-251), no site Comprasnet (fls. 252-261) e em sites de empresas fabricantes dos equipamentos a serem adquiridos (fls. 262-279). Foi feita também pesquisa do código do serviço no Sistema SIASG (fls. 331-347). O resultado da pesquisa foi consolidado na planilha encartada à fl. 349. Com base nisso, a Administração concluiu que o valor estimado para a contratação é de R\$ 729.565.964,96 (setecentos e vinte e nove milhões, quinhentos e sessenta cinco mil, novecentos e sessenta e quatro reais e noventa e seis centavos).

II.7) ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ESCOLHIDA: PREGÃO ELETRÔNICO

23. Verifica-se dos autos que o FNDE pretende realizar licitação na modalidade pregão eletrônico, utilizando o procedimento de registro de preços, para eventual aquisição e fornecimento de equipamentos para cozinhas e refeitórios escolares.

24. Nos termos da Lei nº 10.520/2002, o pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, sendo aqueles "cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado". Por sua vez, o art. 4º do Decreto nº 5.450/2005 determina que "nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão", e o seu parágrafo primeiro impõe a utilização da modalidade eletrônica, "salvo nos casos de comprovada inviabilidade". O critério de julgamento na modalidade pregão é o menor preço, nos termos do art. 2º do referido decreto.

25. Feitas estas considerações, e considerando que o órgão jurídico não possui o conhecimento técnico necessário para atestar se os serviços a serem contratados podem ou não ser objetivamente definidos no edital e ostentar a qualidade de serviços comuns, a decisão por escolher tal modalidade licitatória é inteiramente da área técnica. **No presente caso, insta ressaltar que não consta dos autos informação quanto à natureza comum do objeto da futura contratação, sendo esta imprescindível para a abertura do certame.**

II.8) POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

26. Conforme exposto no edital, a Administração pretende efetuar o registro de preços para eventual aquisição de equipamentos para cozinhas e refeitórios escolares. Essa opção encontra amparo no Decreto nº 3.931/2001. Em síntese, o sistema de registro de preços (SRP) é um procedimento a ser adotado, preferencialmente, nas hipóteses previstas no art. 2º do citado regulamento, vejamos:

Art. 2º Será adotado, preferencialmente, o SRP nas seguintes hipóteses:

- I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações freqüentes;
- II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;
- 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; e
- IV - quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

27. Seguindo orientação do recente Acórdão TCU nº 1.233/2012, recomenda-se à Administração que fundamente formalmente a criação da ata de registro de preços por um dos incisos acima.

28. No SRP afigura-se um órgão gerenciador, responsável pela condução do certame licitatório para registro de preços e monitoramento da Ata de Registro de Preços dele decorrente, e pode também contar com um ou mais órgãos participantes, que tomam parte dos procedimentos iniciais e integram a Ata de Registro de Preços (art. 1º, Parágrafo Único, incisos III e IV, do Decreto nº 3.931/2001).

29. No caso em questão, pelo que se depreende da minuta do edital, o FNDE figura como órgão gerenciador não se prevendo a possibilidade de outros entes figurarem como participantes. Nesse ponto, cabe à área técnica justificar o enquadramento da presente licitação nas alternativas autorizadas pelo TCU no Acórdão nº 1.717/2012 – Plenário:

3. Registro de preços para aquisição de bens e serviços com recursos de convênios

3.1. A imposição pelo concedente de condição que obrigue entidades públicas convenientes a utilizarem, sempre que houver, atas de registro de preços gerenciadas por órgãos ou entidades federais afronta o ordenamento jurídico, por falta de amparo constitucional e legal

Consulta formulada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), na qualidade de órgão concedente responsável pela transferência de recursos financeiros destinados à execução do objeto de convênios, indagou sobre a legalidade da inclusão de cláusula, nos respectivos termos de convênio, exigindo dos convenientes que utilizem atas de registro de preços gerenciadas por órgãos ou entidades federais, para a aquisição de bens ou serviços custeados com recursos dessa avença. O relator, em linha de consonância



quantitativos máximos necessários a seu atendimento, consoante orientado no Acórdão 1.233/2012-Plenário; 9.3.1.2. estabelecer que, caso o ente público conveniente decida pela realização de procedimento licitatório próprio em detrimento à recomendação referida no item 9.3.1.1 retro, fica obrigado a demonstrar ao Ministério a vantajosidade das propostas assim obtidas quanto ao preço e à qualidade em relação àqueles constantes da ata vinculada ao programa e, na hipótese de verificadas condições iguais ou desvantajosas em qualquer desses fatores, deverá aderir à ata vinculada ao programa concedendo preferência ao beneficiário do registro para fins de padronização ou adotar providências para obter novas propostas em conformidade com os padrões estabelecidos pelo Ministério; 9.3.1.3. no caso de as normas locais vigentes obstarem a adesão nos moldes recomendados no convênio conforme referido no item 9.3.1.1 retro, estabelecer que as condições propostas para a contratação sejam previamente submetidas pelo ente público conveniente à apreciação do MCTI, o qual somente autorizará que a contratação seja custeada pelos recursos federais do convênio se verificadas condições de preço e qualidade iguais ou mais vantajosas do que as constantes da ata vinculada ao programa executado”.

3.3. É possível a realização de licitação para registro de preços em que os entes públicos convenientes figurem como participantes do processo de planejamento da aquisição

Ainda na citada consulta formulada pelo MCTI, foi apresentada pelo relator alternativa para aprimorar a execução de seus convênios, formulada a partir de sugestões da unidade técnica e do Ministério Público/TCU. Consiste ela na promoção de licitação para registro de preços contemplando a quantidade total de bens ou serviços necessários à execução de convênios a serem celebrados com outros entes, com fundamento no art. 2º, inciso III, do Decreto 3.931/2001, que prevê a adoção preferencial do SRP nas contratações destinadas a atender a mais de um órgão ou entidade ou a programas de governo. Nessa hipótese, os entes públicos convenientes participariam do planejamento da aquisição. O Tribunal, ao endossar proposta do relator, também a título de orientação, esclareceu ao MCTI que a legislação vigente também possibilita: “9.3.2. alternativa 2: a realização de licitação pelo Ministério para registro de preços destinado a atender ao programa de governo, contemplando o quantitativo máximo de bens ou serviços necessários à execução dos convênios que serão celebrados com as demais esferas, com fundamento no art. 2º, inciso III, do Decreto 3.931/2001 e consoante orientado no Acórdão 1.233/2012-Plenário, podendo os demais entes públicos convenientes figurar como participantes devidamente incluídos no processo de planejamento da aquisição, conforme previsto no art. 3º do mencionado regulamento;”.

3.4. A realização pelo concedente de licitação para registro de preços destinado a atender a programa de governo com a finalidade de adquirir e distribuir os bens constantes do registro aos convenientes encontra amparo na legislação vigente

Também na citada consulta formulada pelo MCTI, o relator desenvolveu terceira rotina, a partir de sugestões da unidade técnica e do Ministério Público/TCU, para aprimorar a execução de seus convênios. Essa nova possibilidade sugere a utilização de ata de registro de preços resultante de licitação a ser promovida pelo Ministério, com a aquisição e distribuição dos bens constantes do registro aos convenientes. O Tribunal, ao endossar proposta do relator, a título de orientação, esclareceu ao MCTI que a legislação vigente também possibilita: “9.3.3. alternativa 3: a realização de licitação pelo Ministério para registro de preços destinado a atender ao programa de governo, contemplando o quantitativo máximo de bens ou serviços necessários à execução dos convênios que serão celebrados com as demais esferas, com fundamento no art. 2º, inciso III, do Decreto 3.931/2001

com pronunciamento do Ministério Público/TCU, entendeu que não há amparo legal para tal imposição. Com intuito de embasar esse entendimento, anotou que, segundo disposto no comando contido no art. 15 da Lei 8.666/93, "art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...) II - ser processadas através de sistema de registro de preços;". Acrescentou que o art. 2º do Decreto 3.931/2001 explicitou esse caráter preferencial ao estabelecer que: "art. 2º Será adotado, preferencialmente, o SRP nas seguintes hipóteses: (...)" – grifo do relator. Ressaltou, também, que "o caráter de opção preferencial do registro de preços subsiste após concluída a respectiva licitação, conforme estabelecido pelo art. 15, § 4º, da Lei 8.666/93, *in verbis*: '§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições'." Concluiu, então, que a contratação efetuada por intermédio de registro de preços não é obrigatória, nem mesmo para o ente promotor/gerenciador da respectiva licitação. Tal entendimento pode ser extraído do art. 8º do Decreto 3.931/2001, segundo o qual: "art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem." – grifo do relator. Ao final, arrematou: "... o ente federal não pode transmutar uma norma facultativa em norma cogente sem que haja lei autorizando esse proceder e, diante disso, também não pode avançar sobre os limites da autonomia administrativa atribuída pela Constituição Federal aos demais entes federados". O Tribunal, então, ao endossar proposta do relator, decidiu: "... responder ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) que não é possível exigir, como condição para celebração de convênios, que as entidades públicas (Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive suas autarquias e fundações públicas) a serem beneficiadas com verbas federais se utilizem, sempre que houver e desde que atendidas as exigências legais e regulamentares, de atas de registro de preços gerenciadas por órgãos ou entidades federais, quando da aquisição de bens ou serviços com recursos oriundos da transferência voluntária, ante a ausência de amparo nas normas constitucionais e legais vigentes".

3.2. É lícito o estabelecimento de cláusula que recomende a adesão de entes públicos convenientes a ata de registro de preços vinculada ao programa executado, resguardando-se a possibilidade de realizarem licitação própria, desde que obtenham condições mais vantajosas que as de tal ata

Ainda na consulta formulada pelo MCTI sobre a utilização de atas de registro de preços para aquisição de bens e serviços com recursos de convênios, o relator acrescentou que tal "consulta deixa transparecer que haveria, por parte do Ministério, preocupação em garantir a boa execução de seus convênios ...". Por esse motivo, a título de orientação, passou a formular alternativas que encontram respaldo na legislação e que atenderiam aos objetivos buscados por aquele órgão. De início, abordou a faculdade de o Ministério utilizar sua autoridade normativa sobre os convênios a serem celebrados, "para instituir cláusula não para obrigar, mas para recomendar a adesão a ata vinculada ao programa executado". O Tribunal, ao endossar proposta do relator, decidiu esclarecer ao MCTI que a legislação vigente, entre outras possibilidades, permite: "**9.3.1. alternativa 1:** com fundamento no art. 10, § 6º, do DL 200/67, no art. 15, § 4º, da Lei 8.666/93 e nos arts. 15, I, da Lei 8.666/1993 e 14 do Decreto 6.170/2007, a instituição de cláusulas no convênio para: 9.3.1.1. recomendar a adesão à ata de registro de preços vinculada ao programa de governo executado, licitada sob responsabilidade ou supervisão do Ministério com fundamento no art. 2º, inciso III, do Decreto 3.931/2001 para atender especificamente ao programa, e que contemple os



e consoante orientado no Acórdão 1.233/2012-Plenário, podendo o MCTI utilizar a ata resultante para adquirir e distribuir os bens constantes do registro aos convenientes, com fulcro na padronização prevista no art. 15 do Decreto 6.170/2007;" Acórdão nº. 1717/2012-Plenário, TC-001.956/2012-4, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, 4.7.2011.

30. Além da figura do "participante", que interage diretamente no procedimento, o citado decreto admite a possibilidade de utilização da ata de Registro de Preços por entidades não vinculadas originariamente a ela, ao que a doutrina denomina de "carona".

31. Assim, figurando o FNDE como órgão gerenciador, deve atentar para os requisitos supra, só anuindo com a utilização da Ata por órgão/entidade não participante se ficar devidamente comprovada a vantagem, levando-se em conta, inclusive, a economicidade em face das peculiaridades locais. No tocante aos limites às adesões, vale lembrar que "as aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços (art. 8º, § 3º, do Decreto nº 3.931/2001). Nesse assunto, cabe citar a advertência do TCU no Acórdão/TCU 1.233/2012:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante das razões expostas pelo Relator, em:

9.3.2.1.4. a fixação, no termo de convocação, de quantitativos (máximos) a serem contratados por meio dos contratos derivados da ata de registro de preços, previstos no Decreto nº 3.931/2001, art. 9º, inciso II, é obrigação e não faculdade do gestor (Acórdão 991/2009-TCU-Plenário, Acórdão 1.100/2007-TCU-Plenário e Acórdão 4.411/2010-TCU-2ª Câmara);

9.3.2.1.5. em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/1993, art. 3º, caput), devem gerenciar a ata de forma que a soma dos quantitativos contratados em todos os contratos derivados da ata não supere o quantitativo máximo previsto no edital.

32. Todavia, o TCU, no Acórdão nº 2.692/2012 – Plenário, entendeu que as limitações previstas no Acórdão nº 1.233/2012 só valeriam a partir de 31/12/2012.

II.9) ADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO ESCOLHIDO

33. De acordo com o art. 2º, § 2º, do Decreto nº 5.450/2005, para o julgamento das propostas deverão ser fixados critérios objetivos que permitam aferir o menor preço, devendo ser considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

34. Por sua vez, o Decreto nº 3.931/2001, que regulamenta o SRP, também adota como critério de julgamento das propostas o menor preço. Relativamente ao SRP, o citado decreto autoriza que a Administração subdivida a quantidade total do item em lotes, conforme se transcreve abaixo:

Art. 5º A Administração, quando da aquisição de bens ou contratação de serviços, poderá subdividir a quantidade total do item em lotes, sempre que comprovado técnica e economicamente viável, de forma a possibilitar maior competitividade, observado, neste caso, dentre outros, a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.

Parágrafo único. No caso de serviços, a subdivisão se dará em função da unidade de medida adotada para aferição dos produtos e resultados esperados, e será observada a demanda específica de cada órgão ou entidade participante do certame. Nestes casos, deverá ser evitada a contratação, num mesmo órgão e entidade, de mais de uma empresa para a execução de um mesmo serviço em uma mesma localidade, com vistas a assegurar a responsabilidade contratual e o princípio da padronização.

35. Após o exame do processo (termo de referência e edital), constata-se que o critério de julgamento escolhido foi o menor preço por grupo/item. Para basear tal escolha, foi acostada justificativa técnica à fl. 281-v.

36. Relativamente ao critério de julgamento das propostas, o Tribunal de Contas da União já possui entendimento sumulado:

SÚMULA Nº 247

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade

37. Ainda quanto ao assunto, vale citar, também, o Acórdão TCU nº 2.410/2009 – Plenário:

Assunto: REGISTRO DE PREÇOS. D.O.U. de 16.10.2009, S. 1, p. 74. Ementa: recomendação ao Centro de Serviço de Logística Recife/PE, do Banco do Brasil S.A., para que, em licitações sob a sistemática de Registro de Preços, proceda à análise mais detida no tocante aos agrupamentos de itens em lotes, de modo a evitar a reunião em mesmo lote de produtos que poderiam ser licitados isoladamente ou compondo lote distinto, de modo a possibilitar maior competitividade no certame e obtenção de proposta mais vantajosa para a Administração, fazendo constar dos autos do procedimento o estudo que demonstre a inviabilidade técnica e/ou econômica do parcelamento (item 9.3, TC-014.020/2009-9, Acórdão nº 2.410/2009-Plenário).

II.10) DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

38. Relativamente às exigências da legislação financeiro-orçamentária, e em se tratando de pregão para registro de preços, aplica-se, ao caso, a Orientação Normativa AGU nº 20, de 1º de abril de 2009, no sentido de que “na licitação para Registro de Preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato”.

39. Por outro lado, necessário atender, se for o caso, o art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000.

II.11) ANÁLISE PRÉVIA DO EDITAL E DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

40. Quanto ao edital do certame licitatório, o art. 40 da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 9º do Decreto nº 3.931/2001 estabelecem a obrigatoriedade de algumas cláusulas. Consoante o art. 9º, o edital deve conter no mínimo:

Art. 9º O edital de licitação para registro de preços contemplará, no mínimo:

I - a especificação/descrição do objeto, explicitando o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para a caracterização do bem ou serviço, inclusive definindo as respectivas unidades de medida usualmente adotadas;

II - a estimativa de quantidades a serem adquiridas no prazo de validade do registro;

III - o preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar, por contratação, consideradas as regiões e as estimativas de quantidades a serem adquiridas;

IV - a quantidade mínima de unidades a ser cotada, por item, no caso de bens;

V - as condições quanto aos locais, prazos de entrega, forma de pagamento e, complementarmente, nos casos de serviços, quando cabíveis, a frequência, periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem fornecidos e utilizados, procedimentos a serem seguidos, cuidados, deveres, disciplina e controles a serem adotados;

VI - o prazo de validade do registro de preço;

VII - os órgãos e entidades participantes do respectivo registro de preço;

VIII - os modelos de planilhas de custo, quando cabíveis, e as respectivas minutas de contratos, no caso de prestação de serviços; e
IX - as penalidades a serem aplicadas por descumprimento das condições estabelecidas.

41. Examinando os autos, verifica-se que o edital atendeu a todos os requisitos acima, com exceção da previsão do preço máximo (inciso III) e da quantidade mínima de unidades a ser cotada (IV). Acerca do preço máximo, faz-se necessária uma explicação. Jorge Ulisses Jacoby assevera que “o Decreto nº 3.931/01 exige e a doutrina recomenda a fixação do preço máximo”.² A fixação do preço máximo deve ser feita de forma bastante cautelosa, evitando-se, com isso, problemas futuros e contratações prejudiciais à Administração Pública.

42. Não obstante a obrigatoriedade do preço máximo imposta no Decreto nº 3.931/2001, o TCU entendeu, a partir de representação oferecida contra o edital do FNDE de Pregão Eletrônico nº 28/2010, que a fixação do preço máximo seria facultativa. O entendimento acordado foi o exposto no voto do relator, ministro Benjamim Zymler:

8. No que diz respeito à alegação do item “d”, divirjo do entendimento da unidade técnica no sentido de que o edital de licitação para registro de preços deve contemplar, obrigatoriamente, o preço máximo de cada lote do certame, em observância ao art. 9º, III, do Decreto n. 3.931/2001.

9. Em que pese o mencionado dispositivo regulamentador definir que o edital de licitação para registro de preços contemplará, entre outros requisitos, o preço unitário máximo por contratação que a Administração se dispõe a pagar, cabe ressaltar que a melhor interpretação dada ao artigo 40, inciso X, da Lei n. 8.666/93 é no sentido de que o referido dispositivo apenas faculta a fixação do preço máximo.

10. O Decreto n. 3.931/2001, regulamentador da Lei n. 8.666/93 quanto ao sistema de registro de preços, deve se ater às condições traçadas na lei que regulamenta, não podendo contrariar seu texto, tampouco inovar no ordenamento jurídico.

11. É claro que sendo conhecidos os preços, é recomendável fixar os tetos máximos de aceitabilidade das propostas de preços, já que não traz qualquer prejuízo à licitação e propicia a todos os interessados o conhecimento antecipado do limite máximo que a administração, em tese, pretende pagar.

12. Assim, entendo pertinente recomendar ao FNDE que, em futuras licitações, avalie a conveniência de divulgar os preços máximos estimados para o bem ou serviços adquiridos.

43. Assim, cabe à área técnica avaliar o caso concreto, de modo a fundamentar a ausência de fixação dos preços máximos, consoante determina o art. 9º, III, do Decreto nº 3.931/2001.

44. Analisando a minuta do edital, sugiro as seguintes alterações e acréscimos:

a) **Item 3.1.2** – substituir a expressão “são estrangeiras” por “sejam estrangeiras”.

b) **item 5 do edital** – atentar para a regra prevista no art. 17, § 4º, do Decreto nº 5.450/2005, no sentido de que o prazo para a apresentação das propostas não poderá ser inferior a 8 (oito) dias úteis, contados da publicação do aviso.

45. No que tange à **Ata de Registro de Preços**, entendemos que está apta a surtir os efeitos jurídicos a que se propõe. Apenas recomendamos suprimir na segunda linha do item 1 o termo “registrado”.

² JACOBY, Jorge Ulisses. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 252.

46. Registre-se, ainda, a necessidade de identificar o documento constante às fls. 359-v/365 como Termo de Referência, haja vista que o documento está identificado como Edital.

II.12) ANÁLISE PRÉVIA DA MINUTA DO CONTRATO

47. Quanto à minuta contratual, e levando-se em conta o que reza o art. 55 da Lei nº 8.666/93, recomenda-se o seguinte:

- a) Alterar a redação da Cláusula Primeira (Do Objeto) no seguinte sentido: “O presente contrato tem como objeto a aquisição de equipamento (s) para cozinhas e refeitórios escolares, visando reequipar/modernizar...”;
- b) Excluir da Cláusula Quarta o período concernente à prorrogação, por ser inaplicável nos contratos referentes à compra;
- c) Verificar nos Parágrafos Primeiro, Segundo e Terceiro da Cláusula Oitava os itens ali citados, pois tais itens não correspondem ao assunto abordado nestes parágrafos.

48. No que se refere a vigência estabelecida no contrato, vale lembrar o disposto na Orientação Normativa nº 39/2011 da Advocacia-Geral da União:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 39/2011

A VIGÊNCIA DOS CONTRATOS REGIDOS PELO ART. 57, CAPUT, DA LEI 8.666, DE 1993, PODE ULTRAPASSAR O EXERCÍCIO FINANCEIRO EM QUE CELEBRADOS, DESDE QUE AS DESPESAS A ELES REFERENTES SEJAM INTEGRALMENTE EMPENHADAS ATÉ 31 DE DEZEMBRO, PERMITINDO-SE, ASSIM, SUA INSCRIÇÃO EM RESTOS A PAGAR.

III. CONCLUSÃO

49. Diante do exposto, resguardado o poder discricionário do gestor público quanto à oportunidade e conveniência da prática do ato administrativo, opino pela aprovação da minuta do edital e seus anexos, desde que atendidas as recomendações constantes neste parecer.

50. À sua consideração.

Brasília, 08 de novembro de 2012.


ANDRÉ FARAGE DE CARVALHO
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR DE ACOMPANHAMENTO JURÍDICO
PROFE/FNDE