



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

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

PARECER Nº *517* /2013//PF-FNDE/PGF/AGU

PROCESSO Nº 23034.019357/2012-11

INTERESSADO: CGPAE/DIRAE/FNDE

ASSUNTO: Pregão Eletrônico para Registro de Preços. Aquisição de caminhões frigoríficos destinados ao Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE.

I. Licitação. Pregão Eletrônico. Registro de preços. Menor preço global. Análise jurídica prévia do edital e seus anexos. Aquisição de caminhões frigoríficos destinados ao Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE.

II. Requisitos da Lei nº 8.666/93, do Decreto nº 5.450/2005 e do Decreto nº 7.892/2013. Aprovação da minuta de edital, e anexos, condicionada ao atendimento das recomendações da Procuradoria Federal.

Senhor Procurador-Chefe da DICAD,

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de análise jurídica prévia de minuta de edital de licitação e respectivos anexos, na modalidade pregão eletrônico via registro de preços, tipo menor preço global, cujo objeto é a eventual aquisição de de caminhões frigoríficos destinados ao Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE.

2. O processo encontra-se instruído com os seguintes documentos:

- a) Mem. nº 04/2012-COREP/CGARC/DIRAD/FNDE (solicitação de abertura do processo administrativo) (fl. 02);
- b) Documentos referentes à Audiência Pública nº 10/2012 (fls. 03-44);
- c) Documentos relativos à pesquisa de preços (fls. 45-69) e Mapa de Apuração de Preços (fl. 101)
- d) Termo de Referência (fls. 72-81);
- e) Caderno de Informações Técnicas (fls. 82-100);
- f) Cópia da Portaria nº 94, de 26/03/2013 (nomeação dos pregoeiros e equipe de apoio) (fl. 102);

- g) Minuta do Edital, e respectivos anexos (Anexo I - Termo de Referência; Anexo II – Modelo da Proposta de Preços; Anexo III – Ata de Registro de Preços; e Anexo IV – Minuta de Contrato) (fls. 103-122);
- h) Despacho da Coordenação de Compras, contendo informações acerca da instrução processual (fls. 123/123-v);
- i) Despacho da Coordenação Geral de Mercado, Qualidade e Compras, encaminhando os autos à Diretora de Administração (fl. 124);
- j) Aprovação e autorização da Diretora de Administração e do Presidente do FNDE (fl. 125).

3. Em seguida, 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 exame e parecer.

II. FUNDAMENTAÇÃO

4. Preliminarmente, importante lembrar que a análise a seguir empreendida circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos no procedimento em exame, notadamente naqueles previstos na Lei nº 8.666/93, no Decretos nº 5.450/2005 e, especialmente, no recente Decreto nº 7.892/2013, o qual passou a regulamentar o Sistema de Registro de Preços, revogando os anteriores Decretos nºs 3.931/2001 e Decreto nº 4.342/2009, que até então dispunham sobre a matéria (art. 29), 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

5. 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 da Diretora de Administração e do Presidente do FNDE (fl. 125).

6. Alerta-se que o processo deverá ter suas páginas numeradas seqüencialmente 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.

7. 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

8. 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.

9. 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

10. 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.

11. Examinando os autos, verifica-se o atendimento dos seguintes requisitos:

- a) Termo de Referência com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, definição dos métodos, critérios de aceitação do objeto e o prazo de execução. Consta do Termo de Referência também a justificativa para a contratação.
- b) Aprovação do Termo de Referência e Autorização para abertura do certame licitatório, feitos pela autoridade competente (Presidente do FNDE);

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

- c) Minuta de edital, contrato e anexos, com critérios de aceitação de propostas;
- d) Definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, dos prazos e condições de execução do contrato;
- e) Indicação do pregoeiro e de sua equipe de apoio; e

II.3) JUSTIFICATIVA DA NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO

12. 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.

13. No presente caso, a justificativa da necessidade de contratação consta do Termo de Referência (item 13). Em suma, do que se infere da argumentação apresentada, a contratação em tela decore da constatação, por parte do FNDE, de que o transporte dos alimentos adquiridos no âmbito do PNAE não são transportados adequadamente pelos entes beneficiários dos recursos. Assim, pretende-se, com a licitação em tela, o desenvolvimento de modelo de caminhão frigorífico adequado, a ser eventual adquirido pelos entes para tal fim.

14. Do ponto de vista jurídico, vale notar que, embora tais veículos venham a ser adquiridos pelos entes interessados através de recursos próprios, a participação do FNDE como órgão gerenciador do certame justifica-se enquanto órgão executor do PNAE, sendo de sua competência, dentre outras, *“prestar orientações técnicas gerais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o bom desempenho do PNAE”* (art. 16, V, da Lei nº 11.497/09).

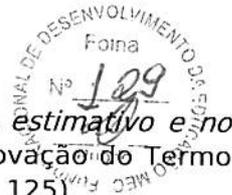
II.4) TERMO DE REFERÊNCIA

15. O Termo de Referência encontra-se acostado às fls. 72-81, conforme exige o art. 9º, inciso I, do Decreto nº 5.450/2005.

16. Observamos que o Termo de Referência é documento de cunho eminentemente técnico, pelo que nos absteremos de fazer maiores considerações acerca do seu conteúdo, limitando-nos ao exame dos aspectos jurídico-formais da minuta encaminhada, conforme adiante detalhado.

17. Consoante o art. 9º, § 2º, do referido 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”*.

18. Registre-se que o art. 9º, §1º, do citado decreto exige que a aprovação do TR pela autoridade competente seja motivada, *“indicando os elementos técnicos fundamentais*



que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso". Há, nos autos, a devida aprovação do Termo de Referência pela Diretora de Administração e pelo Presidente do FNDE (fl. 125).

19. De se ver, ademais, que o Termo de Referência constante do Edital como Anexo I deve refletir aquele devidamente assinado pela área competente, pelo que eventuais sugestões e/ou modificações que venham a ser incorporadas sejam também refletida versão anexa ao edital.

II.5) REQUISITOS APLICÁVEIS ÀS COMPRAS

20. 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 - (...)

21. No caso em apreço, consta do termo de referência (caderno de informações técnicas) a especificação completa dos produtos a serem adquiridos, bem como a estimativa das quantidades. A esse respeito (estimativa de quantidades), algumas considerações merecem registro, conforme adiante realizado, quando do exame da minuta do edital propriamente dito.

II.6) ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ESCOLHIDA: PREGÃO ELETRÔNICO

22. Verifica-se dos autos que o FNDE pretende realizar licitação na modalidade pregão eletrônico, para registro de preços.

23. 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"*.

24. Diante de tal definição, observa-se que bem ou serviço comum revela-se como conceito jurídico indeterminado. O professor MARÇAL JUSTEN FILHO oferece-nos alguns parâmetros hermenêuticos: para que o bem ou o serviço seja qualificado como comum, mister que possua disponibilidade no mercado próprio, padronização, bem como fungibilidade.²

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

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 2ª edição revista e atualizada de acordo com a Lei Federal n.º 10.520/2002. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 27-30.

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.

OK 26. É de se ver, contudo, que não consta dos autos o enquadramento técnico do objeto como bens ou serviços comuns, o que deve ser providenciado.

27. Quanto à escolha da forma eletrônica do pregão, observa-se que não existe qualquer vedação para tanto, sendo, aliás, preferencial, conforme preceitua o art. 4º, caput, do Decreto nº 5.450/2005:

Art. 4º. Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

II.7) POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

28. Conforme exposto no edital, pretende a Administração a formação de ata de registro de preços. Essa opção encontra amparo no *nove*/ Decreto nº 7.892/2013, o qual passou a regulamentar o Sistema de Registro de Preço, revogando, por conseguinte, os Decretos nº 3.931/2001 e 4.342/2002.

29. Nessa esteira, convém transcrever as seguintes disposições, *in verbis*:

Art. 1º As contratações de serviços e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços - SRP, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto;

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

I - Sistema de Registro de Preços - conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras;
II - ata de registro de preços - documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, em que se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;

30. O sistema de registro de preços (SRP) é um procedimento a ser adotado, preferencialmente, nas hipóteses previstas no art. 3º do citado regulamento, vejamos:

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.

OK 31. 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.



II.8) INTENÇÃO DE REGISTRO DE PREÇOS

32. Dentre as novidades previstas na nova regulamentação, o Decreto n.º 7.892/2013, em seu art. 4º, instituiu o chamado procedimento de “Intenção de Registro de Preços – IRP”, nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 4º Fica instituído o procedimento de Intenção de Registro de Preços – IRP, a ser operacionalizado por módulo do Sistema de Administração e Serviços Gerais – SIASG, que deverá ser utilizado pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG, para registro e divulgação dos itens a serem licitados e para a realização dos atos previstos nos incisos II e V do *caput* do art. 5º e dos atos previstos no inciso II e *caput* do art. 6º.

§1º A divulgação da intenção de registro de preços poderá ser dispensada nos casos de sua inviabilidade, de forma justificada.

§2º O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editará norma complementar para regulamentar o disposto neste artigo.

33. Ainda não se tem notícia da edição da norma complementar referida no art. 4º, § 2º, do Decreto em questão. De toda sorte, esta Procuradoria tem recomendado à Administração que, na impossibilidade de divulgar a sua intenção de registro de preços, faça constar dos autos a competente dispensa, de forma justificada, em atendimento à disposição do art. 4º, § 1º, retro transcrito. Nesse ponto, consta do item 13 do Termo de Referência a seguinte informação:

“Cumpra aqui destacar, ainda, que em atendimento ao §1º do Art. 4º do Decreto nº 7.892 de 23 de janeiro de 2013, justifica-se a inviabilidade de divulgação da intenção de registro de preços para o presente objeto, tendo em vista que trata-se de aquisição de caminhão frigorífico, fabricado com características específicas para atendimento ao Programa Nacional de Alimentação Escolar, de responsabilidade exclusiva dos Governos Federal, Estaduais, Municipais e do Distrito Federal no âmbito da educação”.

34. Embora a inserção de tal trecho no Termo de Referência tenha sido – como expressamente declarado – a de justificar a não divulgação da Intenção de Registro de Preços, em atendimento ao disposto no art. 4º, §1º, do Decreto nº 7.892/13, as informações ali constantes não se prestam a tal fim. A partir de uma leitura sistemática dos dispositivos regulamentares aplicáveis, notadamente o art., 4º, *caput*, e arts. 5º, II e IV, e 6º, constata-se que a divulgação da Intenção do Registro de Preços tem por escopo precípua o planejamento do certame, notadamente quanto aos quantitativos previstos e os órgãos interessados, e não as características do objeto a ser contratado. Dessa forma, a eventual justificativa deve se fundamentar na desnecessidade da divulgação para tal fim, não bastando, para tanto, as características específicas do bem individualizado.

II.9) ADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO ESCOLHIDO

35. 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.

36. Por sua vez, o novel Decreto nº 7.892/2013, 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. 8º. O órgão gerenciador poderá dividir a quantidade total do item em lotes, quando técnica e economicamente viável, para possibilitar maior competitividade, observada a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.

§ 1º No caso de serviços, a divisão se dará em função da unidade de medida adotada para aferição dos produtos e resultados, e será observada a demanda específica de cada órgão ou entidade participante do certame.

§ 2º Na situação prevista no § 1º, deverá ser evitada a contratação, em um mesmo órgão ou entidade, de mais de uma empresa para a execução de um mesmo serviço, em uma mesma localidade, para assegurar a responsabilidade contratual e o princípio da padronização.

37. 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 dispondendo 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

38. 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).

39. Após o exame do Edital e do Termo de Referência, constata-se que o critério de julgamento escolhido foi o “menor preço global”, conforme consta do item 3.2 do Termo de Referência e do item 1.2 do Edital. Não consta dos autos, contudo, a justificativa para a adoção de tal critério, o que deve constar do termo de referência. Nesse ponto, vale notar que o certame tem abrangência nacional, de forma que a referida justificativa deve especificar tanto os motivos pelos quais a aquisição não foi individualizada, como também porque não há a divisão espacial (regional).

40. Ainda no que toca ao critério de julgamento, o item 3.4 do Termo de Referência dispõe que “*após o julgamento dos preços no Pregão Eletrônico, às adesões a Ata de Registro de Preços serão realizadas por item*”, o que nos parece descabido, porquanto o critério fixado foi o de menor preço global, não fazendo sentido falar-se em critério de julgamento após o término do certame. Assim, recomenda-se a exclusão do item 3.4 do Termo de Referência, e renumeração dos subsequentes.



II.10) PESQUISA DE PREÇOS

41. Com base no art. 3º, III, da Lei nº 10.520/2002 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, preços constantes em SRP, dentre outros meios.

42. Acerca dos procedimentos a serem observados na realização da pesquisa de mercado, cumpre citar orientação do Acórdão TCU nº 2.170/2007 – Plenário:

1. A aferição de preços nas aquisições e contratações de produtos e serviços de tecnologia da informação, 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.

43. Recomenda-se, ainda, a observância à análise efetuada pela Procuradoria Geral Federal - PGF sobre a questão, objeto do Parecer nº 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, aprovado pelo Procurador-Geral Federal, em sua conclusão:

I - A Administração deve instruir todos os autos de processos administrativos voltados à contratação de bens e serviços com pesquisa de preços adequadamente parametrizada, ampla e atualizada, que reflita, efetivamente, o preço praticado no mercado.

II - Com o intuito de disciplinar a correta instrução dos autos com a pesquisa de preço adequada, é recomendável que a Administração edite ato normativo interno, disciplinando os seguintes aspectos:

- a) indicação do setor responsável pela realização da pesquisa de preços;
- b) definição de modelo de formulário de pesquisa de preços que imponha a indicação da empresa consultada, com a sua qualificação completa, ramo empresarial a que se dedique, e indicação dos seus sócios;
- c) determinação de padrão de análise das pesquisas de preços e a responsabilidade pela execução deste estudo.

III - A consulta às empresas do ramo pertinente não deve ser dispensada ou substituída pela consulta a preços públicos, mesmo que nas prorrogações ou repactuações”.

OK 44. No caso em comento, foi realizada pesquisa de preços, conforme se observa às fls. 45-69, tendo sido consolidado no Mapa de Apuração de Preços acostado às fls. 101, com base na qual definiu-se o custo total estimado de R\$ 125.600.700,00 (cento e vinte e cinco milhões, seiscentos mil e setecentos reais). Conforme informa a área técnica, foi solicitado orçamento junto a 7 (sete) empresas do ramo, sendo obtidos 5 (cinco). Nada obstante, conforme orientação do TCU e da AGU, recomenda-se que a pesquisa de preços recomenda-se que tal pesquisa seja ampliada, de forma a incluir, além das cotações de fornecedores, também outras fontes, tais como valores contratados em outros certames licitatórios, ou registrados em atas de registro de preços com objeto similares.

II.11) DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

45. 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"*.

46. Tal previsão também consta do art. 7º, §2º, do Decreto nº 7.892/2013, segundo o qual *"Na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para formalização do contrato ou outro instrumento hábil"*.

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

II.13) ANÁLISE PRÉVIA DAS MINUTAS DO EDITAL E ANEXOS (TERMO DE REFERÊNCIA, ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E CONTRATO)

48. O art. 40 da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 9º do novo Decreto nº 7.892/2013 estabelecem os requisitos mínimos que deverão constar do edital. Consoante o art. 9º, o edital deve conter no mínimo:

Art. 9º O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, e contemplará, no mínimo:

I - a especificação ou descrição do objeto, que explicitará 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 - estimativa de quantidades a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e órgãos participantes;

III - estimativa de quantidades a serem adquiridas por órgãos não participantes, observado o disposto no § 4º do art. 22, no caso de o órgão gerenciador admitir adesões;

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

V - condições quanto ao local, prazo de entrega, forma de pagamento, e nos casos de serviços, quando cabível, frequência, periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem utilizados, procedimentos, cuidados, deveres, disciplina e controles a serem adotados;

VI - o prazo de validade do registro de preço, observado o disposto no caput do art. 12;

VII - órgãos e entidades participantes do registro de preço;

VIII - modelos de planilhas de custo e minutas de contratos, quando cabível;



- IX - penalidades por descumprimento das condições;
- X – minuta da ata de registro de preços como anexo; e
- XI – realização periódica de pesquisa de mercado para comprovação da vantajosidade.

49. Examinando os autos, verifica-se que o edital atendeu a todos os requisitos acima. Vale notar que alguns itens (como os quantitativos estimados) encontram-se previstos somente no Termo de Referência. Contudo, tendo em vista que o Termo de Referência faz parte do Edital, como Anexo I, entendemos que tal previsão não acarreta irregularidade.

50. Imprescindível, contudo, tecer algumas observações acerca dos órgãos e entidades participantes e não participantes.

51. O anterior Decreto nº 3.831/2001 assim dispunha sobre a matéria, *verbis*:

Art. 1º. (...)

Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

I – (...)

II – (...)

III - Órgão Gerenciador - órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos do certame para registro de preços e gerenciamento da Ata de Registro de Preços dele decorrente; e

IV - Órgão Participante - órgão ou entidade que participa dos procedimentos iniciais do SRP e integra a Ata de Registro de Preços.

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.

§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da Ata de Registro de Preços, deverão manifestar seu interesse junto ao órgão gerenciador da Ata, para que este indique os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação.

§ 2º Caberá ao fornecedor beneficiário da Ata de Registro de Preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento, independentemente dos quantitativos registrados em Ata, desde que este fornecimento não prejudique as obrigações anteriormente assumidas.

§ 3º 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. (Incluído pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002)

52. Como se vê, o antigo Decreto nº 3.931/2001 previa a existência de um órgão gerenciador, responsável pela condução do certame licitatório para registro de preços e monitoramento da Ata de Registro de Preços dele decorrente, podendo contar com um ou mais órgãos participantes, que tomavam parte dos procedimentos iniciais e integravam a Ata de Registro de Preços (art. 1º, parágrafo único, incisos III e IV). Além destes, o art. 8º admitia a adesão às atas de outros órgãos ou entidades não participantes, figura que a doutrina convencionou chamar de “caronas”.

53. O novel Decreto nº 7.892/2013, por sua vez, manteve as figuras previstas pela anterior regulamentação, dando-lhes, contudo, nova sistematização e definição. No que toca à presente análise, interessa os dispositivos a seguir transcritos, *in verbis*:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

(...)

III - órgão gerenciador - órgão ou entidade da administração pública **federal** responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente;

IV - órgão participante - órgão ou entidade da administração pública **federal** que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços; e

V - órgão não participante - órgão ou entidade da administração pública que, **não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação**, atendidos os requisitos desta norma, **faz adesão à ata de registro de preços**.

54. No caso concreto, o item 1.3 do Edital assim dispõe acerca dos integrantes do processo:

“1.3. Integrantes do processo:

1.3.1. O Órgão Gerenciador será o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, responsável pela regulamentação desta aquisição e executor do Pregão Eletrônico para Registro de Preços.

1.3.2. Fornecedor: Empresas produtora/distribuidoras de mobiliário e colchonetes, de acordo com as especificações definidas neste Edital.

1.3.3. Órgãos Beneficiários: União, Governos Estaduais, Distrito Federal e Prefeituras Municipais.

1.3.4. Órgão Não Participante: órgãos ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços.

55. Como se vê, nos termos do Edital, o FNDE figura como órgão gerenciador (item 1.3.1), sendo previsto ainda a figura dos “fornecedores”, “beneficiários” e “órgãos não participantes”.

56. No que toca ao órgão gerenciador e fornecedores, nada há a ser observado, pelo que tanto a definição dada pelo edital e pelo termo de referência, como as obrigações previstas coadunam-se com as normas aplicáveis à espécie. Contudo, no que se refere à figura dos “órgãos não participantes” e “beneficiários”, algumas observações fazem-se necessárias, tendo em vista o disposto no Decreto nº 7.892/2013.

57. Quanto aos “órgãos não participantes”, constata-se, de plano, que a definição do edital repete, *ipsis literis*, o art. 2º, inc. V, do Decreto nº 7.892/13. Em que pese seja louvável a intenção de manter-se a proximidade com a norma regulamentar, a simples transcrição do dispositivo acaba por tornar o item de difícil compreensão. Por exemplo, o trecho “atendidos os requisitos desta norma”, quando transcrito em sua literalidade, perde o sentido inicialmente dado, já que a norma a que se refere o dispositivo regulamentar é, obviamente, o próprio Decreto nº 7.892/13, o que não fica evidente quando inserido no próprio edital. Por outro lado, o certame que ora se pretende possui algumas particularidades, notadamente em função da figura do “órgão beneficiário”.

58. Como já mencionamos em ocasiões anteriores, tal figura não possui imediata correspondência legal ou regulamentar.

59. A princípio, parece tratar-se de uma figura *sui generis*, distinta tanto dos “órgãos não participantes”, como também dos “órgãos participantes”, previstos na norma regulamentar. No que se refere aos “órgãos não participantes”, tal constatação é imediata, já que o próprio edital trata de defini-las no item 1.3.4.. Contudo, parece também não se





confundir com os chamados “órgãos participantes”, embora estes não se encontrem definidos nas minutas apresentadas.

60. Ademais, da redação do Decreto nº 7.892/2013, infere-se que os órgãos participantes devem ser conhecidos quando da realização do certame, cujo interesse deve ser manifestado previamente quanto à concordância com o objeto a ser licitado, encaminhando ao órgão gerenciador de sua estimativa de consumo, local de entrega e, quando couber, cronograma de contratação e respectivas especificações ou termo de referência (art. 6º, *caput* e inc. II, do Decreto nº 7.892/2013) o que não se coadunaria com a redação genérica adotada nas minutas apresentadas no que se refere aos beneficiários.

61. Não bastasse isso, o Decreto nº 7.892/2013 parece ter limitado a figura dos participantes à órgãos e entidades federais, conforme se observa de seu art. 2º, inc. IV, acima transcrito, que define órgão participante como “*órgão ou entidade da administração pública federal que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços*”. Vale registrar que “. Note-se que, ao definir a figura do “órgão não participante” (art. 2º, V), o novel Decreto não repete tal restrição, referindo-se genericamente à “órgão ou entidade da administração pública”, o que levaria ao entendimento de que os órgãos ou entidades não federais (Estados, Municípios e Distrito Federal) somente poderiam se utilizar da ata de registro de preços em tal qualidade, mediante adesão à mesma, obedecidos os requisitos legais e normativos, e com a consequente não vinculação dos fornecedores aos pedidos formulados nessa base.

62. Tal entendimento é reforçado ainda pelo art. 22, do mesmo Decreto, que, ao dispor acerca da utilização da ata por órgãos e entidades não participantes, prevê em seu art. 9º que “*é facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão a ata de registro de preços da Administração Pública Federal*”. Note-se que tal previsão não constava da regulamentação anterior, nem tampouco foi prevista no atual regulamento ao tratar dos participantes.

63. Assim, pela sistemática adotada pelo Decreto nº 7.892/2013, a princípio os Governos Estaduais, Municipais ou do Distrito Federal necessariamente serão tidos como “órgãos não participantes”, somente podendo se utilizar da ata de registro de preços mediante adesão, obedecidos os requisitos legais e normativos, independentemente de terem ou não quantitativos previstos no edital e/ou na própria ata de registro de preços.

64. Dizemos “a princípio” porque, no que toca aos programas educacionais no âmbito do FNDE, a recente Lei nº 12.816, de 05 de junho de 2013, em vigor a partir de sua publicação (06 de junho de 2013) traz regra específica em seu art. 6º, in verbis:

Art. 6º Os registros de preços realizados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação poderão ser utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios para aquisição de bens e contratação dos serviços necessários à execução das ações e projetos educacionais, inclusive quando empregados recursos próprios.

65. Embora a lei não faça menção expressa, é de se supor que, na hipótese em tela (atas de registro de preços realizados pelo FNDE para aquisição de bens e contratação dos serviços necessários à execução das ações e projetos educacionais) os Estados, Distrito Federal e Municípios compreendidos nos quantitativos previstos no Edital, não poderão ser tidos como meros órgãos não participantes, aderentes à respectiva ata, como se dá com as atas de registro de preços em geral. Com efeito, o mencionado art. 6º outorga uma

faculdade aos entes ali discriminados, consistente em se utilizar (e não aderir) de tais atas, caso assim desejem. Cuida-se de verdadeiro direito outorgado a tais entes, e que, portanto, não pode ficar ao alvedrio da vontade dos fornecedores, como se daria acaso se tratasse de órgãos não participantes. Vale lembrar que cuida-se de norma legal, hierarquicamente superior ao Decreto nº 7.892/2013 e também especial face à própria Lei nº 8.666/1993, que as normas legais aplicáveis ao registro de preços em geral.

OK 66. Portanto, à luz do art. 6º, da Lei nº 12.816/2013, considerando que, no caso dos autos, trata-se de registro de preços envolvendo programa do FNDE para aquisição de serviços relacionados à execução de projeto educacional, parece-nos possível a previsão editalícia dos entes estaduais, municipais e do Distrito Federal, desde já registrando-se que os fornecedores cadastrados estarão vinculados ao fornecimento de pedidos realizados pelos beneficiários (tal qual ocorre com aqueles realizados pelo órgão gerenciador e participantes).

67. *In casu*, se estaria diante de uma figura *sui generis*, distinta daquelas expressamente previstas no Decreto nº 7.892/2013, decorrente diretamente da previsão contida no art. 6º, da Lei nº 12.816/2013.

68. Nada obstante, tendo em vista as particularidades do certame em exame (notadamente o fato dos quantitativos indicados corresponderem à apenas 9% dos municípios abarcados), bem como alguns equívocos constantes das minutas encaminhadas, algumas alterações fazem-se recomendáveis, como segue:

- a) Item 1.3. do Edital (item 2 do Termo de Referência). Recomenda-se a reformulação das definições de órgãos beneficiários e órgãos não participantes, haja visto que o quantitativo indicado corresponde apenas a 9% dos Municípios e não a totalidade dos Estados, DF e Municípios. Assim, quer nos parecer que os beneficiários serão apenas aqueles Estados e Municípios interessados até o limite quantitativo indicado no item 3.2 do Termo de Referência, podendo os restantes aderir à ata como não participante. Ademais, os entes (e não os seus órgãos) é que devem figurar como parte, não se justificando, ainda, a inclusão da União.

OK 1.3. (...)

OK 1.3.3. Órgãos Beneficiários. Órgãos ou entidades da administração pública estadual, municipal ou do Distrito Federal, até o limite de quantitativo registrado, previsto no item 3.2 do Termo de Referência – Anexo I.

OK 1.3.4. Órgãos não participantes. Órgãos ou entidades da administração pública não contemplados no quantitativo registrado que, nos termos do item [-] deste edital, faça a adesão à ata de registro de preços.

- OK b) Item 14.1, 14.2 e 14.6 do Edital. Recomenda-se que o item 14.2 (que dispõe sobre a inclusão na ata dos fornecedores que aceitarem cotar o preço nos mesmos termos da proposta vencedora) seja alocado após o (atual) item 14.3, de forma a melhor esclarecer o procedimento descrito nos itens mencionados. Pelo mesmo motivo, recomenda-se que o item 14.1 (que trata da adesão à ata pelos órgãos não participantes) seja alocado após o (atual) item 14.5. Sugere-se, outrossim, que o (atual) item 14.6 seja incorporado ao (atual) item 14.1., como um subitem deste (já que se trata da hipótese de adesão à ata de órgão não participante)



O Justitia Podião

c) Itens 14.9 e 14.10. Substituir tais itens por um capítulo específico denominado “Da Contratação com Fornecedores”, para o qual sugere-se a seguinte redação:

“15. DA CONTRATAÇÃO COM FORNECEDORES

15.1. A contratação com o fornecedor registrado, de acordo com a necessidade do órgão, será formalizada por intermédio de instrumento contratual, emissão de nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outro instrumento similar, conforme disposto no artigo 62 da Lei nº 8.666, de 1993, diretamente entre os interessados e os fornecedores.

15.1.1. As condições de fornecimento constam do Termo de Referência e da Ata de Registro de Preços, e poderão ser detalhadas, em cada contratação específica, no respectivo pedido de contratação.

15.2. O órgão convocará a fornecedora com preço registrado em Ata para, a cada contratação, no prazo de XX (XXXX) dias úteis [obs.: incluir um prazo], efetuar a retirada da Nota de Empenho ou instrumento equivalente, ou assinar o Contrato, se for o caso, sob pena de decair do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no Edital e na Ata de Registro de Preços.

15.2.1. Esse prazo poderá ser prorrogado, por igual período, por solicitação justificada do fornecedor e aceita pela Administração.

15.3. Antes da assinatura do Contrato ou da emissão da Nota de Empenho, a Contratante realizará consulta on line ao SICAF, para identificar possível proibição de contratar com o Poder Público e verificar a manutenção das condições de habilitação, bem como ao Cadastro Informativo de Créditos não Quitados - CADIN, cujos resultados serão anexados aos autos do processo.

15.4. Os contratos deverão ser assinados no prazo de validade da ata de registro de preços.

Ok
d) Item 8.2.2 do Termo de Referência. Reformular o item, substituindo a referência ao “quantitativo registrado” (porquanto tal quantitativo somente aplica-se à órgãos beneficiários, mas não aos não participantes) por “limites quantitativos previstos na ata”, bem como fixando termo inicial de contagem do prazo ali mencionado.

Ok
e) Excluir a expressão “beneficiários” como qualificativo (por exemplo, “fornecedores beneficiários”, constantes de alguns itens do Termo de Referência)

69. No que toca ao Termo de Referência, ressalte-se que a versão encartada no Anexo I do Edital deverá refletir aquele que foi aprovado pela autoridade competente, acostado às fls. 72-81. Ademais, o Termo de Referência deverá ser condizente com os termos do Edital e do Contrato, pelo que, dado as observações acima realizadas, seja conferida sua adequação, naquilo em que limite-se a repetir os termos do Edital. Por fim, reiteramos que, tendo em vista a natureza eminentemente técnica do Termo de Referência, a presente análise jurídica limitou-se ao exame de seus aspectos jurídico-formais e procedimentais, sem adentrar-se em seu conteúdo, salvo quando expressamente mencionado.

70. Quanto à minuta de contrato, deve a área técnica verificar a necessidade de previsão de garantia. De resto, a minuta encontra-se apta à produzir seus regulares efeitos.

III. CONCLUSÃO

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

À sua consideração.

Brasília, 06 de novembro de 2013.



ALEXANDRE MUNIA MACHADO
Procurador Federal
Mat. nº 15532232

1. Ciente e de acordo.
2. À consideração superior.

Brasília, 06 de novembro de 2013.



RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES
Procurador Federal
Chefe da Divisão de Consultoria Administrativa – FNDE