



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS
CONGÊNERES

PARECER REFERENCIAL n. 00015/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.039749/2020-20

INTERESSADOS: COORDENAÇÃO-GERAL DE AQUISIÇÕES DE INSUMOS ESTRATÉGICOS PARA SAÚDE - CGIES/DLOG/SE/MS

ASSUNTOS: PREGÃO ELETRÔNICO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. PREGÃO COM OU SEM SRP. CORONAVÍRUS. ART. 4º, DA LEI Nº 13.979 DE FEVEREIRO DE 2020. Contratação de serviços sem mão de obra exclusiva destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Análise das minutas. Ressalvas e Recomendações. Urgente.

Senhor Consultor Jurídico junto ao Ministério da Saúde,

1. Submete-se ao crivo desta Consultoria Jurídica, em conformidade com o parágrafo único do art. 38 da Lei nº. 8.666/93 e nos termos da Lei Complementar nº. 73/93, art. 11, IV, b, o processo para emissão de parecer jurídico referencial para contratação de serviços sem mão de obra exclusiva destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, fundamentada na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.
2. Os autos estão instruídos no âmbito do SEI-MS com o seguinte documento:
Despacho CGIES 0014074518
3. O Despacho CGIES encaminhou os autos a esta Consultoria Jurídica com as seguintes considerações:

Tendo em vista a necessidade do enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, solicitamos que seja elaborado o **Parecer Referencial para utilização nos processos contratação de serviços, por meio do SRP, fundamentado no art. 4º da Lei nº 13.979/2020.**

4. Eis o relatório.

1. DA FIGURA DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

5. O procedimento ordinário para compras por dispensa de licitação envolve a análise prévia desta consultoria de todas as minutas e procedimentos, tendo como fundamento conferir higidez jurídica no que envolve a matéria, conforme dispõe o artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93.
6. No entanto, o elevado número de processos repetitivos versando sobre assuntos semelhantes tem, inevitavelmente, o efeito reflexo de tumultuar a atuação do órgão de assessoramento jurídico da Administração, embaraçando o desempenho de sua atribuição institucional. Em razão de situações como a narrada, a Advocacia Geral da União (AGU) publicou, no dia 23 de maio de 2014, a Orientação Normativa nº 55, possibilitando a figurada Manifestação Jurídica Referencial:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014

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 56377.000011/200912, 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

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

RETIFICAÇÃO: Na Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014, publicada no Diário Oficial da União nº 98, de 26 de maio de 2014, Seção 1, pág. 29, onde se lê: "Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014...", leia-se: "Orientação Normativa nº 55, de 23 de maio de 2014...".

7. Da leitura da Orientação Normativa em apreço, depreende-se a expressa autorização, no âmbito da AGU, para elaboração de manifestação jurídica referencial, definida como sendo aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes.

8. Dessa forma, com a manifestação jurídica referencial, os processos administrativos que veicularem consultas idênticas à enfrentada na manifestação referencial estarão dispensados de análise individualizada pelo órgão jurídico, bastando, para tanto, que as instâncias técnicas da Administração atestem, expressamente, que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação referencial adotada pela Advocacia-Geral da União.

9. A grosso modo, a manifestação jurídica referencial consiste em parecer jurídico genérico, vocacionado a balizar todos os casos concretos, cujos contornos se amoldem ao formato do caso abstratamente analisado pela CGLICI/CONJUR/MS.

10. Trata-se, portanto, de ato enunciativo perfeitamente afinado com o princípio da eficiência (art.37, *caput*, da Constituição Federal), que, seguramente, viabilizará o adequado enfrentamento de questões que, embora dotadas de baixa densidade jurídica, terminavam por tumultuar a agenda desta Consultoria Jurídica, dificultando a dedicação de tempo às verdadeiras questões jurídicas.

11. Tal medida já havia sido expressamente recomendada pelo Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, consoante se infere da leitura do excerto abaixo transcrito:

Embora a atividade consultiva não se confunda com as atividades da Entidade/Orgão Assessorado, o Órgão Consultivo possui importante papel no sentido de estimular a padronização e orientação geral a respeito de assuntos que despertaram ou possam despertar dúvidas jurídicas. Deste modo, é recomendável a elaboração de minutas padrão de documentos administrativos, treinamentos com os gestores e pareceres com orientações “in abstrato”, a fim de subsidiar a prática de atos relacionados a projetos ou políticas públicas que envolvam manifestações repetitivas ou de baixa complexidade jurídica. (Enunciado nº 34 do Manual de Boas Práticas da Advocacia-Geral da União).

12. Tal iniciativa foi analisada e aprovada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme notícia divulgada no Informativo TCU nº 218/2014:

Informativo TCU nº 218/20143. É possível a utilização, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes. Embargos de Declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), em face de determinação expedida pelo TCU à Comissão Municipal de Licitação de Manaus e à Secretaria Municipal de Educação de Manaus, alegara obscuridade na parte dispositiva da decisão e dúvida razoável quanto à interpretação a ser dada à determinação expedida. Em preliminar, após reconhecer a legitimidade da AGU para atuar nos autos, anotou o relator que o dispositivo questionado “envolve a necessidade de observância do entendimento jurisprudencial do TCU acerca da emissão de pareceres jurídicos para aprovação de editais licitatórios, aspecto que teria gerado dúvidas no âmbito da advocacia pública federal”. Segundo o relator, o cerne da questão “diz respeito à adequabilidade e à legalidade do conteúdo veiculado na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, que autoriza a emissão de ‘manifestação jurídica referencial’, a qual, diante do comando (...) poderia não ser admitida”. Nesse campo, relembrou o relator que a orientação do TCU “tem sido no sentido da impossibilidade de os referidos pareceres serem incompletos, com conteúdos genéricos, sem evidenciação da análise integral dos aspectos legais pertinentes”, posição evidenciada na Proposta de Deliberação que fundamentou a decisão recorrida. Nada obstante, e “a despeito de não pairar obscuridade sobre o acordão oraembargado”, sugeriu o relator fosse a AGU esclarecida de que esse entendimento do Tribunal não impede que o mesmo parecer jurídico seja utilizado em procedimentos licitatórios diversos, desde que trate da mesma matéria e aborde todas as questões jurídicas pertinentes. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta do relator, negando provimento aos embargos e informando à AGU que “o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma”. Acórdão 2674/2014 Plenário, TCU 004.757/20149, relator Ministro Substituto André Luís de Carvalho, 8/10/2014.

13. Do acima exposto, pode-se concluir que:

- A manifestação jurídica referencial uniformiza a atuação do órgão jurídico relativamente às consultas repetitivas;
- A adoção de manifestação jurídica referencial torna desnecessária a análise individualizada de processos que versem sobre matéria que já tenha sido objeto de análise em abstrato, sendo certo que as orientações jurídicas veiculadas através do

parecer referencial aplicar-se-ão a todo e qualquer processo com idêntica matéria.

- A elaboração de manifestação jurídica referencial depende da confluência de dois requisitos objetivos, a saber: i) a ocorrência de embarço à atividade consultiva em razão da tramitação de elevado número de processos administrativos versando sobre matéria repetitiva e ii) a singeleza da atividade desempenhada pelo órgão jurídico, que se restringe a verificar o atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos; e
- a dispensa do envio de processos ao órgão jurídico para exame individualizado fica condicionada ao pronunciamento expresso, pela área técnica interessada, no sentido de que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação jurídica referencial já elaborada sobre a questão.

14. É o que se passará, agora, a fazer.

2. DO CABIMENTO DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL NO CASO DOS AUTOS

15. Como já mencionado, a elaboração de **manifestação jurídica referencial** depende da comprovação, sob pena de invalidade, de dois requisitos: **i)** do volume de processos em matérias idênticas e recorrentes, que, de acordo com a ON nº 55, deve impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e, **ii)** da singeleza da atuação da assessoria jurídica nos casos analisados, que deve-se restringir à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da simples conferência de documentos.

16. No caso dos autos, tendo em vista a urgência do procedimento e os diversos processos já instaurados para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, esta Consultoria Jurídica emitirá o presente parecer para subsidiar a área, promovendo maior celeridade possível nas aquisições.

17. De todo modo, para que a análise individualizada dos processos reste dispensada, faz-se necessário que a área técnica interessada ateste, de forma expressa, que o caso concreto veiculado por cada processo administrativo se amolda aos termos da presente manifestação jurídica referencial.

3. FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

18. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Ela envolve, também, o exame prévio e conclusivo dos textos das minutas dos editais e seus anexos.

19. 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.

20. Importante salientar, que o exame dos autos processuais se restringe 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 (Conforme Enunciado nº 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da CGU/AGU, "A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento").

21. 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.

22. 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 competências. 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.

23. 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 correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

4. REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO

24. 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.

25. Com efeito, no que pertine especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, conforme artigo 38 da Lei nº 8.666, de 1993, 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:

26. Neste sentido a Orientação Normativa AGU nº 2, de 1º de abril de 2009 dispõe:

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.

27. É certo que tais normas devem ser adaptadas e aplicadas, naquilo que couber, ao processo eletrônico.

28. Deste modo, como se observa, todos os atos administrativos referentes a contratos e seus aditivos devem integrar o mesmo processo administrativo, físico ou eletrônico, com os eventos dispostos em ordem cronológica, conforme ON AGU n. 02/2009. É irregular a abertura de novos processos – novos NUPs (número único de protocolo) para cada ocorrência verificada na história daquela contratação, a exemplo de um novo processo para eventual aditivo quantitativo ou novo processo para a prorrogação.

5. LIMITES DE CONTRATAÇÃO PREVISTOS NO DECRETO Nº 10.193, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2019. DA COMPETÊNCIA PARA AUTORIZAR A CELEBRAÇÃO DA AVENÇA.

29. No âmbito do Poder Executivo Federal, o DECRETO Nº 10.193, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2019 estabeleceu a necessidade de autorização para a celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação de contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio, donde se destaca a previsão contida em se artigo 3º.

30. **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, 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.**

31. **Ademais, recomenda-se à área técnica (considerando-se os últimos pacotes fiscais anunciados pelo poder público) verificar a eventual existência de Decretos ou outros normativos relativos a "limites", "contingenciamento orçamentário" ou a "restrição ao empenho de verbas", com efeitos aplicáveis ao caso concreto.**

32. Lembra-se, ainda, que a PORTARIA Nº 179, DE 22 DE ABRIL DE 2019 do Ministério da Economia determinou a suspensão e vedação de contratações na forma abaixo transcrita:

Art. 1º Fica suspensa, a partir da publicação desta Portaria, a realização de novas contratações relacionadas:

I - a aquisição de imóveis;

II - a locação de imóveis;

III - a aquisição de veículos de representação e de serviços comuns, conforme disposto nos arts. 3º e 4º do Decreto nº 9.287, de 15 de fevereiro de 2018;

IV - a locação de veículos;

V - a locação de máquinas e equipamentos;

VI - ao fornecimento de jornais e revistas em meio impresso; e

VII - aos serviços de ascensorista.

§ 1º Não se aplica a suspensão prevista no caput quando se tratar de:

I - imóveis destinados à reforma agrária e aqueles administrados pelo Ministério da Defesa ou pelos Comandos da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica;

II - prorrogação contratual e/ou substituição contratual, em relação aos incisos II, IV e V do caput; e

III - despesas relacionadas a censo demográfico ou agropecuário e a ações de defesa civil.

§ 2º Considerando os aspectos de relevância e urgência, excepcionalidades pontuais, quanto às suspensões previstas nos incisos IV e V do caput, poderão ser autorizadas por ato fundamentado da autoridade máxima do órgão, permitida a subdelegação.

Art. 2º Os órgãos e entidades, excepcionalmente, poderão solicitar autorização específica para realizarem a aquisição ou locação de imóveis e a aquisição de veículos, sem prejuízo do disposto no §1º do art. 1º.

§ 1º As solicitações deverão ser encaminhadas pela Secretaria-Executiva do respectivo Ministério interessado à Secretaria-Executiva do Ministério da Economia para análise, acompanhadas de justificativas fundamentadas quanto à projeção de gasto até o término do exercício e dos aspectos de economicidade, relevância e urgência, até o dia 30 de novembro de cada ano.

§ 2º Com vistas a subsidiar a análise, o Ministério da Economia poderá solicitar informações complementares aos órgãos requerentes.

§ 3º Os pleitos que envolverem dúvidas de natureza jurídica deverão ser acompanhados de manifestação da unidade de assessoramento jurídico do órgão ou entidade solicitante.

§ 4º Caberá ao Ministro de Estado da Economia autorizar as contratações de que trata o caput.

Art. 3º Fica vedada a realização de despesa para contratação, prorrogação contratual e/ou substituição contratual relativas a sistemas informatizados de controle e movimentação de processos administrativos eletrônicos diferente daquele disponibilizado pelo Ministério da Economia.

Art. 4º Fica revogada a Portaria nº 17, de 7 de fevereiro de 2018.

Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

33. Caso trate-se de pregão para o registro de preços, deverá ser anexada a respectiva autorização ou documento equivalente, **anteriormente a cada contratação**.

34. Por outro lado, sabe-se que a Lei Complementar nº 101/2000, estabeleceu, como regra geral, a necessidade de observância pelo gestor públicos das limitações de empenho fixadas para o escopo do alcance dos resultados fiscais estabelecidos pela legislação orçamentária:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

§ 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

§ 3º Nas referências:

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:

a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;

b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes;

II - a Estados entende-se considerado o Distrito Federal;

III - a Tribunais de Contas estão incluídos: Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado e, quando houver, Tribunal de Contas dos Municípios e Tribunal de Contas do Município.

(...)

Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º No caso de restabelecimento da receita prevista, ainda que parcial, a recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados dar-se-á de forma proporcional às reduções efetivadas.

§ 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

§ 3º No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no caput, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. (Vide ADIN 2.238-5)

§ 4º Até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública na comissão referida no § 1º do art. 166 da Constituição ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais.

§ 5º No prazo de noventa dias após o encerramento de cada semestre, o Banco Central do Brasil apresentará, em reunião conjunta das comissões temáticas pertinentes do Congresso Nacional, avaliação do cumprimento dos objetivos e metas das políticas monetária,

creditícia e cambial, evidenciando o impacto e o custo fiscal de suas operações e os resultados demonstrados nos balanços.

(...)

35. Entretanto, a mesma Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 65, dispensou o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho previstas no seu art. 9º no caso de ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional: "(...) Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação: (...) II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º (...)".

36. No caso em comento, em que está sob a análise as contratações de aquisição de bens e insumos de saúde para a finalidade de combate à emergência decorrente da chegada ao Brasil da pandemia do coronavírus - covid 19, deve ser registrado que o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo nº 6 de 2020, o qual dispôs em seu art. 1º:

Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

37. Dessa maneira, cumpre alertar ao gestor público que, diante do reconhecimento do estado de calamidade pública procedido pelo Congresso Nacional, está dispensada a necessidade de atingimento das metas de resultados fiscais, bem como limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Portanto, recomenda-se que a área técnica competente observe os preceitos normativos indicados no presente tópico no momento de cada contratação de medicamentos e insumos estratégicos para saúde, observando o caso concreto.

6. AVALIAÇÃO DE CONFORMIDADE LEGAL

38. Nos termos do que dispõe o artigo 36 da IN 05, de 25 de maio de 2017 - MPDG, antes do envio do processo para análise jurídica, deve ser realizada uma avaliação de conformidade legal do procedimento de contratação preferencialmente com base nas disposições previstas no Anexo I da ON SEGES nº 02, de 2016, a qual prevê em seu artigo 1º que *"Os pregoeiros e as equipes de apoio deverão adotar nos processos de aquisição de materiais e serviços as listas de verificação constantes dos Anexos I e II, visando o aperfeiçoamento dos procedimentos realizados nos pregões eletrônicos"*.

39. A Advocacia-Geral da União também dispõe de *Check-Lists* previamente elaborados para os diversos tipos de contratações, de preenchimento facultativo, encontrando-se dispostas no site http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244390, servindo de excelente instrumento de apoio para que seja aferida a correção da instrução, sem prejuízo da adoção da ON SEGES nº 02, de 2016.

40. **Tal lista deverá ser preenchida em todos os casos de aplicação da presente manifestação jurídica referencial. S.m.j., a situação de emergencialidade não é prejudicada por tal formalidade, de forma que entendo temerária que a mesma seja dispensada por em razão da urgência da contratação.**

7. CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS HIPÓTESES DE VEDAÇÃO À TERCEIRIZAÇÃO

41. Não há que se falar em hipóteses de vedação à terceirização no caso, tendo em vista, tratar-se de serviços continuado sem mão de obra exclusiva.

42. Conforme estabelecido no artigo 2º do DECRETO Nº 9.507, DE 21 DE SETEMBRO DE 2018, algumas atividades serão, preferencialmente, objeto de execução indireta mediante contratação^[11]. Da mesma forma, a IN nº 05 de 26/05/2017 do MPDG esclarece em seu art. 7º, que serão objeto de execução indireta as atividades previstas no Decreto que regulamenta a matéria.

DO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

43. A IN Nº 05, de 2017, trouxe a necessidade de que o órgão administrativo, na contratação de cada serviço, obedeça a um rol de etapas com a finalidade de melhor definir, justificar e estabelecer as necessidades da Administração.

44. Logo de início, o artigo 1º, estabelece:

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.

45. Nesse sentido, o artigo 20 da citada IN Nº 05, de 2017, esclarece que o planejamento de cada contratação deve atender às seguintes etapas:

- Estudos Preliminares;
- Gerenciamento de Riscos; e
- Termo de Referência ou Projeto Básico.

46. À exceção das hipóteses enquadradas no artigo 20, § 2º da IN 05/2017, é indispensável que o órgão cumpra as referidas etapas, de forma a que o planejamento da contratação seja elaborado nos estritos termos da necessidade da Administração.

47. Os procedimentos iniciais para elaboração do planejamento da contratação encontram-se disciplinados nos artigos 21 a 23 e o Anexo II da IN Nº 05, de 2017, traz o modelo a ser seguido pelo setor requisitante - documento de formalização da demanda.

48. Os estudos preliminares estão estabelecidos no artigo 24 e seus parágrafos e o Anexo III traz as diretrizes para elaboração dos estudos preliminares.

49. Já o gerenciamento de riscos tratado nos artigos 25 a 27, será materializado pelo Mapa de Riscos, cujo modelo se encontra no Anexo IV da IN Nº 05, de 2017.

50. Estas diretrizes são direcionadas ao órgão assistido e trazem um passo a passo na elaboração dos documentos que assegurem uma contratação perfeita.

51. Frise-se também o disposto na IN SEGES ME nº 1/2019, que revogou a IN SEGES MPDG nº 1/2018, e que trata do Plano Anual de Contratações de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e comunicações, no âmbito da Administração Direta e Indireta e sobre o "Sistema de Planejamento de Gerenciamento de Contratações" - PGC. Cabe ao órgão atentar para o cumprimento daquelas disposições.

52. Apesar disto, as hipóteses de aplicabilidade da presente MJR estão abarcadas pelas disposições da LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020, que dispõe sobre "as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019."

53. De tal forma, abro subtítulo específico para tratar das alterações promovidas pela Medida Provisória nº 926, de 2020.

7.1 Dos impactos da Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 no planejamento da contratação.

54. A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, conforme já afirmado, dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública relacionada ao coronavírus. Em seu artigo 1º determina o seguinte:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

§ 1º As medidas estabelecidas nesta Lei objetivam a proteção da coletividade.

55. Para disciplinar aspectos específicos para o correto enfrentamento desse estado de emergência no âmbito das contratações públicas, foi emitida a Medida Provisória 926/2020, que alterou a Lei em questão inserindo diversos dispositivos, que transcrevo no que pertinente à fase de planejamento da contratação:

Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns.

56. Em um primeiro momento, tratando acerca dos Estudos Preliminares da Contratação, a novel lei dispensa sua elaboração para "as contratações de bens, serviços e insumos de saúde necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei", quando se tratar de bens e serviços comuns.

57. No âmbito de aplicabilidade do presente parecer, as contratações serão realizadas na modalidade Pregão, de forma que pressupõe-se que os serviços são de natureza comum.

58. Ressalte-se que a lei estabelece uma faculdade, de forma que se o órgão entender que é necessária a realização de tal documento, o mesmo poderá ser elaborado.

59. Em sequencia, a lei dispõe da seguinte forma:

Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato.

60. Neste ponto, por analogia, entendo pertinente a aplicação do artigo 20, §2, da Instrução Normativa n. 5/2017, conforme segue:

Art. 20. O Planejamento da Contratação, para cada serviço a ser contratado, consistirá nas seguintes etapas:

- I - Estudos Preliminares;
- II - Gerenciamento de Riscos; e
- III - Termo de Referência ou Projeto Básico.

§ 1º As situações que ensejam a dispensa ou inexigibilidade da licitação exigem o cumprimento das etapas do Planejamento da Contratação, no que couber.

§ 2º Salvo o Gerenciamento de Riscos relacionado à fase de Gestão do Contrato, as etapas I e II do **caput** ficam dispensadas quando se tratar de:

a) contratações de serviços cujos valores se enquadram nos limites dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993; ou

b) contratações previstas nos incisos IV e XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993.

61. Desta forma, nos mesmos moldes dos Estudos Preliminares, a dispensa do Gerenciamento

de Riscos (exceto da na fase de gestão do contrato) é uma faculdade autorizada pela novel legislação.

62. Já em relação à elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico, a Lei 13.979/2020 estabelece a possibilidade de elaboração de um documento simplificado, nos seguintes termos:

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterá:

I - declaração do objeto;

II - fundamentação simplificada da contratação;

III - descrição resumida da solução apresentada;

IV - requisitos da contratação;

V - critérios de medição e pagamento;

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:

a) Portal de Compras do Governo Federal;

b) pesquisa publicada em mídia especializada;

c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;

d) contratações similares de outros entes públicos; ou

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e

VII - adequação orçamentária.

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput.

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos.

63. Desta forma, nos casos em que a autoridade competente julgue necessária, a fase de planejamento da contratação poderá ser simplificada, nos termos da Lei n. 13.979/2020, de forma que haja o enfrentamento da situação de emergência.

8. DO PARCELAMENTO DO OBJETO

64. Via de regra, as contratações de compras, serviços e obras da Administração Pública devem ser divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, em conformidade com o art. 23, §1º da Lei nº 8.666, de 1993.

65. Neste sentido é também a Instrução Normativa MPDG nº 05/2017, a qual esclarece em seu Anexo VIII, que “*o parcelamento da solução é a regra devendo a licitação ser realizada por item, sempre que o objeto for divisível, desde que se verifique não haver prejuízo para o conjunto da solução ou perda de economia de escala, visando propiciar a ampla participação dos licitantes, que embora não disponham de capacidade para a execução da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas*

” (item 3.8, “a”).

66. De outro lado, a própria Instrução Normativa MPDG nº 05/2017 é clara ao estabelecer a necessidade de que a autoridade, no planejamento da contratação (estudos preliminares), justifique o parcelamento ou não da solução (artigo 24, VIII).

67. O método utilizado na avaliação da divisibilidade será documentado nos estudos preliminares (quando elaborado), e deverá levar em consideração o mercado fornecedor, a viabilidade técnica e econômica do parcelamento, a inexistência de perda de escala e o melhor aproveitamento do mercado e ampliação da competitividade (item 3.8, “b” do Anexo III da IN MPDG nº 05/2017).

68. Portanto, caso haja viabilidade técnica e econômica, qualquer contratação deve ser dividida em contratações menores, de forma a possibilitar maior competitividade e melhor aproveitamento das oportunidades do mercado, decorrendo daí, ao menos presumivelmente, mais vantagem para a Administração.

69. Sobre o tema, o mestre Marçal bem aborda a questão (in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 17ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 440):

“Mas a adoção do fracionamento dependa da presença de requisitos de ordem técnica e econômica.

4.1.3) O requisito de natureza técnica

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

4.1.4.) O requisito de natureza econômica

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

Administração fracionar as contratações se isso acarretar o aumento de seus custos.

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

70. Sublinhe-se, ainda, que o Tribunal de Contas da União, por meio da Súmula nº 247, pacificou o seguinte entendimento:

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 disponha 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.

71. Nesta mesma linha de raciocínio, o dever de parcelamento também implica que, caso o serviço abranja o fornecimento de materiais e equipamentos que representem percentual expressivo do custo total, sejam realizadas contratações distintas, salvo justificativa técnica ou econômica que afaste esta exigência.

72. Diante dessas considerações, forçoso concluir que, sendo divisível o objeto, a contratação conjunta somente restará autorizada se a Administração demonstrar que tem por fundamento a inviabilidade técnica ou econômica do parcelamento, pois, caso contrário, deverá proceder-se à divisão do objeto.

73. Com relação a esse tópico, convém esclarecer que a decisão acerca do critério de julgamento é do gestor, cumprindo, contudo, a esta Consultoria Jurídica orientar para que seja devidamente observado o art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993:

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

74. Ressalte-se que, no caso de inviabilidade de parcelamento, a justificativa deverá conter elementos suficientes que **realmente comprovem** a inviabilidade ou mesmo eventual impossibilidade de adoção da divisão em tantas parcelas quantas se mostrarem possíveis, nos moldes do art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

75. Desta forma, caso não seja elaborado os Estudos Preliminares, conforme permissivo da Lei 13.979/2020, deve-se justificar nos autos o parcelamento ou não da solução.

PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DO CERTAME ÀS ME, EPP

76. Nos termos do inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014, a administração pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00.

77. Da mesma forma, o art. 6º do Decreto 8.538, de 2015, estabelece que as licitações para contratações públicas de bens, serviços e obras, cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00, deverão ser destinadas exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte.

78. No que tange a incidência do valor limite da licitação exclusiva por item de contratação, independentemente do valor global do certame, o artigo 48 da LC 123/2006 é claro ao informar que a licitação exclusiva deverá ser realizada nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

79. No mesmo sentido a Orientação Normativa AGU nº 47/2014:

"EM LICITAÇÃO DIVIDIDA EM ITENS OU LOTES/GRUPOS, DEVERÁ SER ADOTADA A PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE OU SOCIEDADE COOPERATIVA (ART. 34 DA LEI Nº 11.488, DE 2007) EM RELAÇÃO AOS ITENS OU LOTES/GRUPOS CUJO VALOR SEJA IGUAL OU INFERIOR A R\$ 80.000,00 (OITENTA MIL REAIS), DESDE QUE NÃO HAJA A SUBSUNÇÃO A QUAISQUER DAS SITUAÇÕES PREVISTAS PELO ART. 9º DO DECRETO Nº 6.204, DE 2007."

80. Note-se, entretanto, que não se aplica a exclusividade nas hipóteses expressamente elencadas nos incisos I a IV, do art. 10 do Decreto 8.538/2015 e art. 49 da LC 123/2006 (com a redação dada pela LC 147, de 2014), situação que deverá ser justificada:

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.

81. **Recomendamos que o órgão certifique-se quanto à incidência dos incisos I a IV, do art. 10 do Decreto 8.538, de 2015 e art. 49 da LC 123, de 2006**[\[21\]](#)

9. ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ELEITA

82. Conforme dispõe a Orientação Normativa nº 54, de 2014, do Advogado-Geral da União:

COMPETE AO AGENTE OU SETOR TÉCNICO DA ADMINISTRAÇÃO DECLARAR QUE O OBJETO LICITATÓRIO É DE NATUREZA COMUM PARA EFEITO DE UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO E DEFINIR SE O OBJETO CORRESPONDE A OBRA OU SERVIÇO DE ENGENHARIA, SENDO ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO JURÍDICO ANALISAR O DEVIDO ENQUADRAMENTO DA MODALIDADE LICITATÓRIA APLICÁVEL.

83. 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).

84. Igualmente, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520, de 2002:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

85. Ademais, segundo o art. 1º do novel Decreto n.10.024 de 2019, a modalidade de pregão na forma eletrônica é obrigatória para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia. Vejamos:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a licitação, na modalidade de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

§ 1º A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória.

[...]

§ 4º Será admitida, excepcionalmente, mediante prévia justificativa da autoridade competente, a utilização da forma de pregão presencial nas licitações de que trata o **caput** ou a não adoção do sistema de dispensa eletrônica, desde que fique comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração na realização da forma eletrônica.

86. **Desta forma, deve-se atestar no Termo de Referência/Projeto Básico, em cada caso, o enquadramento do objeto da licitação como serviços comuns.**

9.1 Sistema de Registro de Preços (quando aplicável)

87. Por tratar-se de Manifestação Jurídica Referencial, passo a analisar as questões específicas do SRP, que deverão ser aplicadas conforme o caso. Ponto a ponto, quando for o caso, os itens aplicáveis, ou inaplicáveis, quando da adoção do SRP serão indicados.

88. No que concerne especificamente ao Sistema de Registro de Preços - SRP, que, 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.

89. Importante ressaltar que o Decreto nº 7.892, de 2013, que regulamenta o SRP, em seu art. 7º, **caput**, fez previsão no mesmo sentido, de maneira que se pode concluir que a utilização do pregão para registro de preços de serviços comuns é a modalidade licitatória compatível com a legislação pertinente.

90. Por fim, o 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. Lembramos que as hipóteses de cabimento do SRP são **TAXATIVAS**, nos termos do Parecer nº 109/2013/DECOR/CGU/AGU, devidamente aprovado pelo Consultor-Geral da União, em 18/11/2014, restando ultrapassado, em decorrência, o entendimento anterior contido no atualmente superado Parecer nº 125/2010/DECOR/CGU/AGU, que admitia a utilização do registro de preços em casos de “contingenciamento orçamentário”.

91. Segue as hipóteses de aplicabilidade do SRP:

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.

92. Desta forma, é necessário indicar expressamente a hipótese em que se enquadra o pretendido registro de preços, devendo o servidor competente indicar o correto enquadramento da situação fática em uma das hipóteses previstas no normativo,

10. DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

93. Tendo por fundamento os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os artigos 3º e 225, da Constituição Federal e legislação, há um poder-dever do gestor público na realização de licitações sustentáveis, considerando aspectos ambientais, sociais, econômicos e de acessibilidade. Assim, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é diretriz a ser observada na licitação (artigo 3º, “caput”, Lei 8666/93), ao lado da garantia de observância do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

94. O Decreto nº 7.746, de 2012 regulamentou o artigo 3º, da Lei nº 8.666, de 1993 e, na efetivação do desenvolvimento nacional sustentável pelas licitações, o órgão assessorado deve atentar-se na contratação incidem critérios e práticas de sustentabilidade. (artigos 2º a 5º).

95. Os critérios e práticas de sustentabilidade devem constar como “especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial, de acordo com o disposto no inciso IV do caput do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993.” (artigo 3º). Em subsídio:

1.10. Dar ciência à (...) sobre as seguintes impropriedades:

1.10.2. falta de aplicação de critérios e práticas de sustentabilidade, que contribuem para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, em suas contratações, o que afronta o art. 3º da Lei 8666/1993.

ACÓRDÃO Nº 32/2015 - TCU - 2ª Câmara . Processo TC-034.526/2011-0 (PRESTAÇÃO DE CONTAS - Exercício: 2010) relator Raimundo Carreiro

(...) as chamadas licitações sustentáveis constituem importante instrumento a ser adotado pelas entidades públicas para, utilizando seu significativo poder de compra, induzir o setor produtivo a adotar processos de produção ambientalmente mais sustentáveis.

(Acórdão 0691-04/13-2 - 2ª. Câmara)

96. Uma licitação é sustentável nas diversas fases da contratação:

- a) previamente no planejamento do que (especificação do objeto) e como contratar (obrigação da contratada),
- b) na observância da legislação de sustentabilidade e acessibilidade incidente,
- c) na execução contratual e
- d) no gerenciamento socioambiental adequado das embalagens e resíduos decorrentes da contratação.

97. Assim, nas contratações de serviços, a Administração Pública não se exime da obrigação de prever e verificar a incidência de critérios, diretrizes e práticas de sustentabilidade e tampouco da fiscalização durante a execução dos serviços.

98. Neste ponto, peço vénia para transcrever o **PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU:**

Além desses, houve a remoção de item sobre a obrigatoriedade de checagem do guia de licitações sustentáveis. Sobre isso cabe fazer alguns esclarecimentos.

Considerou-se que a busca por requisitos ambientais específicos nas licitações e contratações urgentes envolvendo o enfrentamento dessa crise, eventualmente sobressalentes ao atendimento da necessidade em si, poderia vir a comprometer justamente o objetivo principal os procedimentos diferenciados de contratação de privilegiar a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, razão pela qual optou-se por não inserir tal ordem de indagações nessas demandas, ao menos como uma exigência jurídica.

Nesse sentido, importante considerar que o Art. 4º-C da Lei 13.979, de 2020, dispensou a elaboração de estudos preliminares quando se trata de bens comuns, onde se analisaria mais detidamente os critérios de sustentabilidade. O mesmo se diga em relação à permissão de apresentação de Termo de Referência e Projeto Básicos simplificados.

Assim, tudo indica que parece incidir a ressalva constante do trecho final do **PARECER Nº00026/2016/DECOR/ CGU/AGU**, que uniformizou a exigência de alguns aspectos ambientais no âmbito da Consultoria Geral da União:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS. EXIGÊNCIA DE CRITÉRIOS E PRÁTICAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. CADASTRO TÉCNICO FEDERAL DO IBAMA. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO E REGULARIDADE. DESTINATÁRIOS. FABRICANTES E FORNECEDORES.

1. A dimensão objetiva do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na Constituição Federal (art. 225, **caput**) e em tratados internacionais, bem como a natureza **propter rem** das relações jurídico-ambientais atinentes à transferência de titularidade de coisas, permitem concluir que a Administração tem o dever constitucional de exigir os critérios de sustentabilidade socioambiental nas contratações públicas, entre eles o registro no Cadastro Técnico Federal, acompanhado do respectivo Certificado de Regularidade, nos termos da Lei nº 6.938/81 e da Instrução Normativa nº 6/2013, do IBAMA.

5. Os argumentos contrários a exigências dessa natureza em face **não** só de fabricantes, mas igualmente dos **licitantes**, devem ser submetidos ao crivo do princípio da proibição do retrocesso ambiental, à luz do caso concreto, porquanto a mitigação da proteção ambiental induz presunção de inconstitucionalidade, salvante as justificativas técnicas e jurídicas que se coadunem com os discursos constitucional e internacional, observado o postulado normativo da proporcionalidade e, eventualmente, a concordância prática.

(negritos do original, sublinhados meus)

Como se vê do trecho acima, os argumentos contrários a exigências dessa natureza devem ser submetidos primeiramente ao crivo do princípio da proibição do retrocesso ambiental, o que realmente não é o caso nas contratações no âmbito do enfrentamento da pandemia, porque se busca justamente preservar a vida e a saúde.

Assim, diante da necessidade de atuação urgente da Administração, optou-se por seguir a diretriz normativa de se diminuir o *iter* procedural até se chegar à contratação almejada, deixando se de inserir exigências de caráter ambiental, para não correr o risco de, com isso, aumentar a perda de vidas humanas.

Entretanto, isso não impede que o gestor adote tais medidas nos processos de sua competência, caso reúna as condições de fazê-lo.

99. Desta forma, deverá o gestor avaliar a aplicação, ou não, das disposições relativas às exigências de caráter ambiental, nos termos do parecer supracitado.

10.1 NA FASE DE PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

100. Deve-se indicar no Termo de Referência/Projeto Básico, os critérios de Desenvolvimento Nacional Sustentável, quando aplicáveis.

10.2 OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO E NORMAS INCIDENTES

101. O Guia Nacional de Licitações Sustentáveis contém compilado de leis e normas de conteúdo geral e obrigatório, a serem inseridas nas minutas de acordo com o objeto a ser contratado.

102. Anote-se que o Guia não é exauriente e não afasta a necessidade de o órgão assessorado verificar a atualidade e eventuais alterações das normas, bem como a observância de legislação estadual e municipal eventualmente incidentes.

10.3 EXECUÇÃO CONTRATUAL E DESTINAÇÃO DE EMBALAGENS E RESÍDUOS

103. Uma contratação pública sustentável de serviços não se exaure com a inserção de cláusulas ou de leis e normas pertinentes na minuta de edital e anexos. Há outros aspectos relevantes da sustentabilidade a serem observados na fase de execução contratual e na adequada destinação dos resíduos eventualmente decorrentes da efetivação do serviço. Aqui destacamos também a atenção do órgão assessorado para a fiscalização contratual nos aspectos sociais de sustentabilidade.

104. Em subsídio, recomendamos consulta ao Programa Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P) do Ministério do Meio Ambiente

11. DISPONIBILIZAÇÃO EM SÍTIO OFICIAL ESPECÍFICO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET)

105. A Lei nº 13.979 de 2020, em seu art. 4º, §2º, estatui a necessidade de ampla divulgação dos processos de compra ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus - covid 19, vejamos:

[...]

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

106. Embora não se descuide que o referido parágrafo está situado em artigo cujo *caput* estabeleça hipótese de contratação direta por dispensa de licitação, fato é que a Medida Provisória nº 926/2020 trouxe modificações supervenientes ao texto da Lei nº 13.979/2020, as quais estabeleceram procedimentos específicos para as contratações precedidas de licitação realizadas com a finalidade de combate à situação de emergência de saúde causada pela pandemia do coronavírus - covid19.

107. Logo, em tendo o § 2º do art. 4º, da Lei nº 13.979/2020, disposto que a obrigação de divulgação na *internet* são aplicáveis a "todas as contratações ou aquisições realizadas" com fulcro naquele diploma normativo, a interpretação estrita de tal disposição parece ser a mais correta, no sentido de que tal obrigação aplica-se a todas as contratações fundamentadas naquela lei, independentemente de serem realizadas de forma direta ou através da prévia realização de procedimento licitatório.

108. **Dessa forma, toda e qualquer contratação fundamentada na Lei nº 13.979, de 2020 deverá ser disponibilizada na internet, contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição, conforme determina a lei.**

12. ANÁLISE DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO

109. A seguir, passa-se à verificação do atendimento dos requisitos previstos no Decreto nº 10.024, de 2019, Decreto nº 7.892, de 2013, conjugados com as regras da Lei nº 10.520, de 2002 e da Lei nº 8.666, de 1993, Lei nº. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, Resolução CNS nº 453, de 10 de maio de 2012 e Decreto nº 9.463, de 8 de agosto de 2018 , necessários à instrução da fase preparatória do pregão, sendo certo que cabe ao Administrador observar as demais exigências concernentes à fase externa do procedimento em momento oportuno, posterior a presente manifestação jurídica.

110. Reitera-se, conforme já apontado no tópico sobre a "Avaliação de Conformidade Legal", a imprescindibilidade da Lista de Verificação para Pregão.

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

12.1 Justificativa da contratação

112. Quanto à justificativa da contratação, não cabe ao órgão jurídico adentrar o mérito (oportunidade e conveniência) das opções do Administrador, exceto na hipótese 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 5, de 2017, especialmente em seu art. 24, o qual arrola os principais elementos que deverão ser previstos na elaboração dos Estudos Preliminares a serem realizados pelo órgão como etapa indispensável do Planejamento da Contratação de Serviços (ressalvados os casos em que tais elementos do planejamento da contratação sejam dispensados, nos termos da Lei 13.979/2020).

113. Na descrição do serviço, o gestor deverá tomar as cautelas necessárias para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais, sem as quais, não poderão ser atendidas as necessidades da Administração evitando, por outro lado, detalhes considerados irrelevantes ou impertinentes, que possam limitar a competição indevidamente (art. 3º, inc. II da Lei nº 10.520, de 2002).

114. Chamamos atenção também para o que dispõe a Instrução Normativa MPDG nº 05 de 25/05/2017, a qual traz importantes regramentos a respeito da necessidade de planejamento da contratação.

115. Sendo assim, o artigo 24 da IN-MPDG nº 05/2017 ao tratar dos estudos preliminares a serem apresentados como parte do planejamento da contratação, aponta para a necessidade de que o documento traga, dentre outros, a justificativa da necessidade da contratação (art. 24, §1º, inciso I da IN MPDG 05/2017) e o levantamento do mercado com a justificativa da escolha da solução a contratar (art. 24, §1º, V da citada IN 05/2017).

116. Nos termos da Lei 13.979/2020, conforme já citado, se os estudos preliminares forem dispensados, a necessidade da contratação deverá estar prevista no Termo de Referência/Projeto Básico (conforme disposto no artigo Art. 4º-E, § 1º, II), bem como a justificativa da escolha da solução (conforme disposto no artigo Art. 4º-E, § 1º, III da Lei 13.979/2020), no que aplicável.

117. Importante ressaltar, ademais, que o art. 7º, § 4º da Lei nº 8.666, de 1993, veda a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades. Em atenção ao preceito legal retro mencionado, impõe-se que sejam apresentados os quantitativos estimados para a licitação, de forma justificada, mesmo que sucintamente, considerando-se ainda que de tal estimativa dependerá o valor contratual.

118. A este respeito, a IN MPDG 05/2017 traz em seu artigo 24, inciso IV, a necessidade de que os estudos preliminares elaborados pelo órgão, apresentem a estimativa das quantidades acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte (quando os estudos preliminares forem dispensados, deve-se indicar tais pontos, quando aplicáveis, no TR/PB, conforme disposto no artigo Art. 4º-E, § 1º, I e II da Lei 13.979/2020).

119. Ou seja, é indispensável que a autoridade planeje a contratação com base em estudos, que demonstrem não só a necessidade do serviço, mas também a necessidade dos quantitativos propostos (observados que nos casos em que aplicável a Lei 13.979/2020, tais estudos podem ser dispensados).

120. Insta recordar que o valor contratual é determinante para fins de aplicabilidade dos termos do art. 6º do Decreto nº 8.538, de 2015 (restrição das licitações à participação exclusiva das ME e EPP, para contratações de até R\$80.000,00), daí a sua importância para evitar a limitação ou ampliação indevida da participação no certame.

121. **Ressalte-se que não cabe a esta especializada o exame do mérito da justificativa, sendo responsabilidade do gestor a sua incompletude ou inverdade.**

122. **O art. 4º-G, da Lei 13.979/2020, traz um procedimento especial de contratação apenas nos casos de bens ou serviços que sirvam ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Cabe ao Termo de Referência não só justificar a demanda da administração em si, mas também demonstrar a relação que há entre o serviço a ser contratado e o objetivo específico de enfrentar a situação de emergência tratada pela Lei.**

123. **Registre-se que o art. 4º-B da mesma Lei já presume alguns pontos que dispensam justificativas ou comprovações, quais sejam: ocorrência de situação de emergência; necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.**

12.2 Sistema de Registro de Preços (quando aplicável)

124. Outrossim, é cediço que muitas vezes, o preço do serviço pode variar em função da quantidade contratada, como ocorre na economia de escala. Desta forma, fica evidenciada a essencialidade de se fixar adequada quantidade para propiciar a apresentação de propostas/lances coerentes, visando ao êxito do certame com resultados verossímeis.

125. De fato, é nesse sentido que a doutrina e o TCU aconselham, ao recomendar a fixação no edital do SRP não apenas da quantidade máxima dos itens licitados, mas também estabelecer lotes mínimos – é dizer, quantitativo mínimo a ser fornecido a cada pedido -, para a obtenção de preços por atacado e, em decorrência, mais favoráveis à Administração (Conforme os trechos do Voto do Ministro Relator no Acórdão 4.411/2010- 2ª Câmara).

126. Necessário, pois, que a justificativa contenha esclarecimentos acerca da metodologia utilizada para a previsão idônea dos quantitativos estimados do certame – tanto o quantitativo máximo da ata, quanto o lote mínimo de cada pedido.

12.3 Autorização para abertura da Licitação

127. A autorização para abertura da licitação devidamente assinada pela autoridade competente decorre da exigência do art. 8º, inciso V do Decreto n. 10.024, de 2019 (pregão eletrônico).

12.4 Pesquisa de preço

128. 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 dos itens que servirão 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. Dispõe o artigo 43, IV da Lei nº 8.666, de 1993:

"A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
(...)

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

129. A temática do valor justo das licitações e contratações possui importância tão destacada que é tratada na IN MPDG nº 05/2017 em dois momentos distintos.

130. No que tange aos estudos preliminares, que integram o planejamento da contratação, a IN MPDG nº 05/2017 traz em seu artigo 24, § 1º, inciso VI a necessidade de que o órgão elabore tais estudos, apresentando a estimativa de preços ou preços referenciais.

131. Nos termos do Anexo III, item 3.6 da citada IN 05/2017, o método para estimativa dos preços deve ser documentado nos autos, devendo seguir as diretrizes do normativo publicado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, incluindo nos autos as memórias de cálculo e estimativas de preços com os documentos que lhes dão suporte.

132. Mais à frente, o art. 30 da IN Nº 05, de 2017, ao tratar do termo de referência/projeto básico, dispõe em seu inciso X que tal documento deve conter "estimativas detalhadas dos preços, com ampla pesquisa de mercado nos termos da Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014", (alterada, por sua vez, pelas IN/SLTI/MPOG Nº 07, de 2014, e IN/SLTI/MPOG Nº 03, de 2017). O detalhamento de tal dispositivo é feito no item 2.9 do Anexo V da IN 05/2017.

133. **Especificamente para os casos de Registro de Preços**, a Lei 8.666, de 1993, determina o seguinte:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...)
II - ser processadas através de sistema de registro de preços; (...)
§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado. (grifo nosso)

134. Considerando nosso papel de proporcionar à Autoridade o máximo de segurança possível para a prática do ato, não podemos deixar de alertar a necessidade de fixar o valor de referência de uma contratação com embasamento técnico suficiente que permita constatar, pelo menos aproximadamente, o valor justo a ser pago.

135. Ademais, registramos 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 art. 6º do Decreto nº 8.538, de 2015.

136. Insta destacar que as diligências concernentes à pesquisa de preços não se resumem à simples anexação de orçamentos das empresas nos autos, cabendo ao responsável a análise detida de cada proposta, não apenas sob seu aspecto formal (identificação da empresa, idoneidade, compatibilidade da sua finalidade social com o objeto da licitação, etc.), como do seu teor. 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.

137. Salientamos que é de inteira responsabilidade da autoridade contratante a verificação quanto à plausibilidade dos valores apresentados. Como sempre repetimos, os membros desta CONJUR-MS não detêm competência legal, conhecimento especializado ou mesmo ferramentas para avaliar a adequação das avaliações de preços realizadas nos processos submetidos à análise jurídica. A responsabilidade pela idoneidade e lisura de tais atos recai integralmente sobre os agentes do órgão promotor da licitação, conforme bem ressaltado pela doutrina de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

"A aceitação de proposta com sobrepreço pelo pregoeiro ou comissão de licitação, seguida da homologação do procedimento licitatório pela autoridade competente, sujeita-os a responsabilidade, solidariamente com o agente que realizou a pesquisa de preços. O mesmo pode ocorrer com a autoridade superior competente pela ratificação dos atos do processo da contratação direta e o responsável pela pesquisa de preços.

A aceitação de oferta inexequível, de que resulte a inexecução do objeto em razão da impossibilidade de o contratado cobrir os custos da contratação, também atrai a responsabilidade desses agentes (o que realizou a pesquisa de preços, o pregoeiro, os integrantes da comissão de licitação e a autoridade que homologou o procedimento ou ratificou os atos praticados no processo da contratação direta). Em ambas as hipóteses - inexequibilidade ou sobrepreço -, será necessário aquilatar a conduta de cada um desses agentes e as circunstâncias em que atuaram, para o efeito de imputar-lhes responsabilidade." ("Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações e contratações diretas", Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 10, n. 116, ago. 2011).

138. Outrossim, o inciso V do artigo 10 da Lei nº 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) estatui a respeito:

"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

(...)

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação do bem ou serviço por preço superior ao de mercado;"

139. No que tange à pesquisa de preços propriamente dita, o art. 30, X, da IN 05/2017, como dito, determina observar a Instrução Normativa nº 5, de 27/06/2014 (alterada, por sua vez, pelas IN/SLTI/MPOG Nº 07, de 2014, e IN/SLTI/MPOG Nº 03, de 2017), que estabeleceu "parâmetros" específicos, a serem observados conforme disciplinado no art. 2º, e seguintes, daquela IN nº 05, de 2014:

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://paineldeprecos.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 inexistentes e os excessivamente elevados. **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**

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

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

§5º Para desconsideração dos preços inexistentes ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo. **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**

§6º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores." **(Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)**

Art. 3º Quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, estes deverão receber solicitação formal para apresentação de cotação.

Parágrafo único. Deverá ser conferido aos fornecedores prazo de resposta compatível com a complexidade do objeto a ser licitado, o qual não será inferior a cinco dias úteis.

Art. 4º Não serão admitidas estimativas de preços obtidas em sítios de leilão ou de intermediação de vendas.

140. Observe-se que o órgão deve priorizar a consulta ao Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico <http://paineledeprecos.planejamento.gov.br> e a contratações públicas recentes.

141. Também nesse sentido é o seguinte julgado do TCU, mediante o qual se estabeleceu que a consulta ao site, bem como a contratações da Administração, é preferencial em relação aos demais métodos de orçamento:

"Para fim de orçamentação nas licitações de bens e serviços, devem ser priorizados os parâmetros previstos nos incisos I e III do art. 2º da referida IN, quais sejam, 'Portal de Compras Governamentais' e 'contratações similares de outros entes públicos', em detrimento dos parâmetros contidos nos incisos II e IV daquele mesmo art. 2º, isto é, 'pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo' e 'pesquisa com os fornecedores' ". O Tribunal, acompanhando o voto do relator, decidiu, dentre outras deliberações, dar ciência ao MJ de que: i) "(...) na elaboração de orçamento na fase de planejamento da contratação de bens e serviços, bem como quando da demonstração da vantajosidade de eventual prorrogação de contrato de serviço contínuo, devem ser utilizadas fontes diversificadas, a fim de dar maior segurança no que diz respeito aos valores a serem adjudicados"; ii) "para fim de orçamentação nas licitações de bens e serviços, devem ser priorizados os parâmetros previstos nos incisos I e III do art. 2º da IN SLT/MPOG 5/2014, quais sejam, 'Portal de Compras Governamentais' e 'contratações similares de outros entes públicos', em detrimento dos parâmetros contidos nos incisos II e IV daquele mesmo art. 2º, isto é, 'pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo' e 'pesquisa com os fornecedores', cuja adoção deve ser vista como prática subsidiária, suplementar". Acórdão 1445/2015-Plenário, TC 034.635/2014-9, relator Ministro Vital do Rêgo, 10.6.2015.

142. Reitera-se que as diligências concernentes à pesquisa de preços não se resumem à simples anexação de orçamentos das empresas nos autos, cabendo ao responsável a análise detida de cada proposta, não apenas sob seu aspecto formal (identificação da empresa, idoneidade, compatibilidade da sua finalidade social com o objeto da licitação, etc.), como do seu teor. É de bom alvitre alertar ao órgão para a importância da congruência entre os preços das propostas, considerando que eventuais valores desarrazoados ou evidentemente inexistentes 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.

143. Dessa forma, enfatizo que a realização da pesquisa de preços condizente com o objeto licitado, deve observar a Instrução Normativa 05, de 27/06/2014, com as alterações introduzidas pela Instrução Normativa nº 03, de 20 de abril de 2017, para a qual deverá ser **obrigatoriamente** constar nos autos a **análise crítica dos preços coletados**, em atendimento ao estabelecido no § 4º do art. 2º dessa normativa, o que deverá ser suprido pela área competente.

144. Diante do potencial alto valor das contratações (no âmbito de aplicabilidade da presente MJR) e da especificidade do objeto, entende-se prudente que a área técnica faça análise descritiva de cada proposta, alertando-se 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.

145. Repita-se que não basta a juntada dos orçamentos no processo, é preciso uma análise crítica sobre eles, cabendo à área competente avaliar se as pesquisas constantes nos autos obedeceram aos mesmos parâmetros, a fim de se avaliar se podem ser cotejados seus preços. Esta Consultoria não possui competência para isso.

146. Percebe-se que, de acordo com o § 1º do artigo 2º da IN nº 05/2014, acima transrito, basta a utilização de um dos parâmetros, não necessitando a Administração seguir mais de um deles:

§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)

147. No entanto, mesmo assim, considerando-se o montante estimado para a contratação, **recomenda-se, por cautela, que a pesquisa de preços seja a mais abrangente possível.**

148. Impende registrar, ainda, que deve-se verificar se os serviços contratados estão entre aqueles para os quais há um valor máximo fixado por ato regulamentar do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Ministério da Economia), sendo dever do Administrador, ou do seu setor técnico competente, apurar a adequação dos valores do presente contrato ao teto.

149. Sobre a pesquisa de preços, recomenda-se a leitura atenta do documento retirado do sítio eletrônico da AGU (https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/237805), intitulado (Orientações gerais para a contratação de serviços terceirizados na área de tecnologia da informação), na parte relativa à estimativa de preços e a pesquisa de preços (item 4.7 do documento), para que tudo ali listado seja devidamente atendido.

150. **Por outro lado, devemos observar que foi reconhecida a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, conforme a Lei 13.979/2020. Sendo assim, nos casos tratados nesta MJR, a pesquisa de preços poderá ser simplificada, conforme disposto no artigo 4º-E, conforme segue:**

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterá:

[...]

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterá:

[...]

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:

- a) Portal de Compras do Governo Federal;
- b) pesquisa publicada em mídia especializada;
- c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;
- d) contratações similares de outros entes públicos; ou
- e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e

[...]

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput.

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos.

151. Neste ponto, cito o **PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU:**

Entende-se que o primeiro impulso seria aplicar ao caso a Instrução Normativa SLTI/MP nº 5/2014. Entretanto, o entendimento ora adotado é em sentido contrário. É que a lei veio em uma conjuntura na qual já era procedimento padrão priorizar o uso de cesta de preços, tirar média e mediana e trabalhar preferencialmente com preços de contratações feitas pelo governo.

Se a intenção do legislador fosse manter essas práticas, teria silenciado, mas ele foi claro ao listar fontes de pesquisa, estabelecer a possibilidade de uso de "um desses parâmetros", possibilitar a dispensa de qualquer tipo de estimativa de preços ou ainda autorizar a contratação em valor maior do que o estimado. A lei claramente realizou uma ponderação de interesses e priorizou os valores a serem alcançados com a contratação em detrimento da economicidade.

Nesse contexto, não houve, nos modelos, a exigência de justificativa para não priorização de pesquisas de contratações governamentais, ou obrigatoriedade de utilização de 3 pesquisas (já que a estimativa como um todo é dispensável) ou algo do gênero. Optou-se simplesmente por questionar, na Lista de Verificação, se há estimativa de preços com base em um dos parâmetros previstos na lei; se a ausência de estimativa foi justificada; se a estimativa, como ato administrativo que é, foi objeto de motivação ainda que sucinta; se há

planilha de preços no caso de serviços continuados com mão-de-obra e se há justificativa para eventual contratação em preço superior ao obtido na pesquisa.

As práticas previstas na IN SLTI/MP nº 5/2014 devem ser vistas como boas práticas, que podem ser feitas se oportunas e convenientes, mas as circunstâncias dispensam que elas tenham qualquer tratamento mais vinculante ou que sua não-adoção demande maiores justificativas.

152. **Primeira, a pesquisa de preços poderá ser dispensada, nos termos do artigo 4º-E, § 2º, de maneira justificada, sempre de forma excepcional, pela autoridade competente. Quanto a este ponto, entendo que tal dispensa deverá ser deixada apenas para os casos de máxima relevância/urgência, tendo em vista que a pesquisa de preços é uma das fases mais importantes para garantir a economicidade da contratação.**

153. **Segunda, houve a permissão para que as contratações sejam realizadas por valores superiores ao preço de mercado obtido quando da pesquisa de preços, tendo em vista possíveis variações de preços, em razão da situação completamente atípica de oferta e demanda dos serviços. Reforço o texto da norma ao afirmar que deve haver a justificativa nos autos para os casos em que a contratação ocorra por valores superiores ao estimado.** [3]

12.5 Planilha de custos

154. O art. 7º, §2º, inc. II, da Lei nº 8.666, de 1993, determina a elaboração de planilha de custos e formação de preços, com o detalhamento de todos os custos envolvidos, devendo adotá-la na pesquisa de preços junto às empresas.

155. A IN Nº 05, de 2017, define a planilha como sendo o documento a ser utilizado para detalhar os componentes de custo que incidem na formação do preço dos serviços. Conforme o Anexo I de tal IN, define-se a planilha de custos da seguinte forma:

XV - PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS: documento a ser utilizado para detalhar os componentes de custo que incidem na formação do preço dos serviços, podendo ser adequado pela Administração em função das peculiaridades dos serviços a que se destina, no caso de serviços continuados.

156. Assinale-se, oportunamente, que a adoção de tal planilha é bastante recomendada, posto que, além de identificar os elementos que compõem o preço dos serviços, tornará possível a avaliação da exequibilidade das propostas na ocasião do certame, bem como será de suma importância para avaliação de eventuais desdobramentos contratuais futuros, como, por exemplo, o pedido de reequilíbrio contratual, ou de repactuação de preços, quando aplicável.

157. Assim, a não ser que a natureza do objeto da contratação torne inviável ou desnecessário o detalhamento dos custos incidentes, tal planilha deverá ser elaborada, separando os custos relativos a cinco elementos mínimos: mão-de-obra, insumos, despesas operacionais administrativas, lucro e tributos, cabendo ao órgão avaliar, de acordo com cada modalidade de serviço, quais os demais elementos porventura incidentes, incluindo-os no modelo de planilha.

12.6 Previsão de recursos orçamentários

158. A declaração de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal, conforme dispõe o artigo 10, IX, Lei 8.429, de 1992, e artigos 38 e 55 da Lei nº 8.666, de 1993.

159. Cabe também alertar para que seja anexada a declaração sobre a adequação orçamentária e financeira para fazer face às despesas, em conformidade com as normas constantes dos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal.

160. Atente-se que compete ao órgão verificar, previamente ao envio dos autos para análise do órgão de assessoramento jurídico, a aplicabilidade da Orientação Normativa n. 52. do Advogado-Geral da União, a fim de dispensar a necessidade da declaração acerca dos arts. 16 e 17 da LC 101, de 2000:

"As despesas ordinárias e rotineiras da administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, dispensam as exigências previstas nos incisos I e II do art. 16 da lei complementar nº 101, de 2000".

161. **Ressalte-se que na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil.**

12.7 Designação do pregoeiro, equipe de apoio e demais agentes que atuam no feito

162. O art. 8º, inciso VI do Decreto n.10.024 de 2019 (pregão eletrônico) exige a comprovação da legitimidade do pregoeiro e dos membros da equipe de apoio e demais agentes que atuam no feito.

12.8 Intenção de Registro de Preços (quando aplicável)

163. Nos termos do art. 5º, inciso I, do Decreto nº 7.892, de 2013, cabe ao órgão gerenciador registrar sua intenção de registro de preços no Portal de Compras do Governo Federal.

164. Outrossim, conforme art. 4º, §1º, do Decreto 7.892, de 2013 (com a redação dada pelo Decreto nº 8.250, de 2014), **o órgão poderá dispensá-la, justificadamente.**

13. COMENTÁRIOS ADICIONAIS CONSIDERANDO AS RECENTES DISPOSIÇÕES NORMATIVAS DO DECRETO Nº 10.024/2019 E DA LEI Nº 13.379/20

165. Tem sido bastante citado neste opinativo o *nove*/ Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

166. **Uma vez que se trata de regulamento bastante recente, considera-se de extrema pertinência abrir espaço específico a fim de enfatizar alguns aspectos da disciplina trazida por estas duas normas, de maneira a facilitar a aplicação harmônica pelo gestor público.**

167. Serão reiterados alguns pontos já abordados e feitas considerações complementares, inclusive sendo destacadas algumas das inovações trazidas pelas normas citadas, sem prejuízo do dever de integral observância do regulamento por parte dos setores competentes, bem como da análise das minutas a ser realizada por esta CONJUR/MS em tópico específico deste parecer.

13.1 Documentação e Orientações Gerais

168. O art. 8º do Decreto nº 10.024/2019 informa que o processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo:

Art. 8º O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo:

- I - estudo técnico preliminar, quando necessário;
 - II - termo de referência;
 - III - planilha estimativa de despesa;
 - IV - previsão dos recursos orçamentários necessários, com a indicação das rubricas, exceto na hipótese de pregão para registro de preços;
 - V - autorização de abertura da licitação;
 - VI - designação do pregoeiro e da equipe de apoio;
 - VII - edital e respectivos anexos;
 - VIII - minuta do termo do contrato, ou instrumento equivalente, ou minuta da ata de registro de preços, conforme o caso;
 - IX - parecer jurídico;
 - X - documentação exigida e apresentada para a habilitação;
 - XI- proposta de preços do licitante;
 - XII - ata da sessão pública, que conterá os seguintes registros, entre outros:
 - a) os licitantes participantes;
 - b) as propostas apresentadas;
 - c) os avisos, os esclarecimentos e as impugnações;
 - d) os lances ofertados, na ordem de classificação;
 - e) a suspensão e o reinício da sessão, se for o caso;
 - f) a aceitabilidade da proposta de preço;
 - g) a habilitação;
 - h) a decisão sobre o saneamento de erros ou falhas na proposta ou na documentação;
 - i) os recursos interpostos, as respectivas análises e as decisões; e
 - j) o resultado da licitação;
 - XIII - comprovantes das publicações:
 - a) do aviso do edital;
 - b) do extrato do contrato; e
 - c) dos demais atos cuja publicidade seja exigida; e
 - XIV - ato de homologação.
- § 1º A instrução do processo licitatório poderá ser realizada por meio de sistema eletrônico, de modo que os atos e os documentos de que trata este artigo, constantes dos arquivos e registros digitais, serão válidos para todos os efeitos legais, inclusive para comprovação e prestação de contas.
- § 2º A ata da sessão pública será disponibilizada na internet imediatamente após o seu encerramento, para acesso livre.

169. É de bom alvitre mencionar, quanto ao estudo técnico preliminar citado no art. 8º, I, que sua definição consta do art. 3º, IV do mesmo Decreto: "IV - *estudo técnico preliminar - documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusão pela viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência*".

170. **Outrossim, ainda de modo relacionado à instrução, deve ser observado que o art. 14 do mesmo decreto dispõe acerca do planejamento do pregão, aduzindo conforme segue:**

Art. 14. No planejamento do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

- I - elaboração do estudo técnico preliminar e do termo de referência;
- II - aprovação do estudo técnico preliminar e do termo de referência pela autoridade

competente ou por quem esta delegar;

III - elaboração do edital, que estabelecerá os critérios de julgamento e a aceitação das propostas, o modo de disputa e, quando necessário, o intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta;

IV - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, dos prazos e das condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e a execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração pública; e

V - designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

171. Entretanto, nas contratações relacionadas à aquisição de bens, serviços e insumos de saúde voltadas para o combate à situação de emergência em razão da pandemia do coronavírus - covid 19, a Lei nº 13.979/20, foram flexibilizadas algumas regras de planejamento da contratação, o que foi visto no tópico específico.

13.2 Modos de disputa

172. Cabe destacar que o novo regulamento prevê modos de disputa: I - aberto; ou II - aberto e fechado. No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com prorrogações, conforme o critério de julgamento adotado no edital. Já no modo de disputa aberto e fechado, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado, conforme o critério de julgamento adotado no edital.

173. Para melhor entendimento, cabe transcrever os arts. 31 a 33 do Decreto nº 10.024/2019, que devem ser observados:

Modos de disputa

Art. 31. Serão adotados para o envio de lances no pregão eletrônico os seguintes modos de disputa:

I - aberto - os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com prorrogações, conforme o critério de julgamento adotado no edital; ou

II - aberto e fechado - os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado, conforme o critério de julgamento adotado no edital.

Parágrafo único. No modo de disputa aberto, o edital preverá intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta.

Modo de disputa aberto

Art. 32. No modo de disputa aberto, de que trata o inciso I do caput do art. 31, a etapa de envio de lances na sessão pública durará dez minutos e, após isso, será prorrogada automaticamente pelo sistema quando houver lance ofertado nos últimos dois minutos do período de duração da sessão pública.

§ 1º A prorrogação automática da etapa de envio de lances, de que trata o caput, será de dois minutos e ocorrerá sucessivamente sempre que houver lances enviados nesse período de prorrogação, inclusive quando se tratar de lances intermediários.

§ 2º Na hipótese de não haver novos lances na forma estabelecida no caput e no § 1º, a sessão pública será encerrada automaticamente.

§ 3º Encerrada a sessão pública sem prorrogação automática pelo sistema, nos termos do disposto no § 1º, o pregoeiro poderá, assessorado pela equipe de apoio, admitir o reinício da etapa de envio de lances, em prol da consecução do melhor preço disposto no parágrafo único do art. 7º, mediante justificativa.

Modo de disputa aberto e fechado

Art. 33. No modo de disputa aberto e fechado, de que trata o inciso II do caput do art. 31, a etapa de envio de lances da sessão pública terá duração de quinze minutos.

§ 1º Encerrado o prazo previsto no caput, o sistema encaminhará o aviso de fechamento iminente dos lances e, transcorrido o período de até dez minutos, aleatoriamente determinado, a recepção de lances será automaticamente encerrada.

§ 2º Encerrado o prazo de que trata o § 1º, o sistema abrirá a oportunidade para que o autor da oferta de valor mais baixo e os autores das ofertas com valores até dez por cento superiores àquela possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será

sigiloso até o encerramento deste prazo.

§ 3º Na ausência de, no mínimo, três ofertas nas condições de que trata o § 2º, os autores dos melhores lances subsequentes, na ordem de classificação, até o máximo de três, poderão oferecer um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento do prazo.

§ 4º Encerrados os prazos estabelecidos nos § 2º e § 3º, o sistema ordenará os lances em ordem crescente de vantajosidade.

§ 5º Na ausência de lance final e fechado classificado nos termos dos § 2º e § 3º, haverá o reinício da etapa fechada para que os demais licitantes, até o máximo de três, na ordem de classificação, possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo, observado, após esta etapa, o disposto no § 4º.

§ 6º Na hipótese de não haver licitante classificado na etapa de lance fechado que atenda às exigências para habilitação, o pregoeiro poderá, auxiliado pela equipe de apoio, mediante justificativa, admitir o reinício da etapa fechada, nos termos do disposto no § 5º.

13.3 Critérios de julgamento das propostas

174. Cabe enfatizar que o Decreto nº 10.024/2019 prevê, em seu art. 7º, que os critérios de julgamento empregados na seleção da proposta mais vantajosa para a administração serão os de menor preço **ou maior desconto**, conforme dispuser o edital. Observe-se:

Art. 7º Os critérios de julgamento empregados na seleção da proposta mais vantajosa para a administração serão os de menor preço ou maior desconto, conforme dispuser o edital.

Parágrafo único. Serão fixados critérios objetivos para definição do melhor preço, considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade, as diretrizes do plano de gestão de logística sustentável e as demais condições estabelecidas no edital.

13.4 Licitante

175. De acordo com o art. 10 do Decreto nº 10.024/2019, na hipótese de pregão promovido por órgão ou entidade integrante do SISG, o credenciamento do licitante e sua manutenção dependerão de registro **prévio** e atualizado no SICAF.

176. **A norma inova ao prever expressamente que o registro deve ser prévio.**

177. É explicitado no art. 11 que o credenciamento no Sicaf permite a participação dos interessados em qualquer pregão, na forma eletrônica, exceto quando o seu cadastro no Sicaf tenha sido inativado ou excluído por solicitação do credenciado ou por determinação legal.

Art. 10. Na hipótese de pregão promovido por órgão ou entidade integrante do Sisg, o credenciamento do licitante e sua manutenção dependerão de registro prévio e atualizado no Sicaf.

Art. 11. O credenciamento no Sicaf permite a participação dos interessados em qualquer pregão, na forma eletrônica, exceto quando o seu cadastro no Sicaf tenha sido inativado ou excluído por solicitação do credenciado ou por determinação legal.

13.5 Autoridade competente

178. O regulamento, no art. 13, prevê que caberá à autoridade competente, de acordo com as atribuições previstas no regimento ou no estatuto do órgão ou da entidade promotora da licitação:

- I - designar o pregoeiro e os membros da equipe de apoio;
 - II - indicar o provedor do sistema;
 - III - determinar a abertura do processo licitatório;
 - IV - decidir os recursos contra os atos do pregoeiro, quando este mantiver sua decisão;
 - V - adjudicar o objeto da licitação, quando houver recurso;
 - VI - homologar o resultado da licitação; e
 - VII - celebrar o contrato **ou assinar a ata de registro de preços.**
- (Grifo nosso)

13.6 Valor estimado ou valor máximo aceitável

179. Em consonância com o art. 15 do Decreto nº 10.024/2019, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

180. Consta no §1º que o caráter sigiloso do valor estimado ou do valor máximo aceitável para a

contratação será fundamentado no § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 , e no art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.

181. Já de acordo com o §2º, para fins do disposto no **caput** do art. 15, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do envio de lances, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas.

182. Por fim, tem-se no §3º que nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, o valor estimado, o valor máximo aceitável ou o valor de referência para aplicação do desconto constará obrigatoriamente do instrumento convocatório.

Art. 15. O valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

§ 1º O caráter sigiloso do valor estimado ou do valor máximo aceitável para a contratação será fundamentado no § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e no art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.

§ 2º Para fins do disposto no **caput**, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do envio de lances, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas.

§ 3º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, o valor estimado, o valor máximo aceitável ou o valor de referência para aplicação do desconto constará obrigatoriamente do instrumento convocatório.

183. Ainda em relação ao tema, é necessário consignar que o art. 4º - E, § 2º, da Lei nº 13.979/2020 permitiu que, mediante decisão administrativa da autoridade competente, tomada em caráter excepcional e devidamente justificada, a dispensa da exigência de estimativa de preços nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência decorrente da pandemia do coronavírus - covid 19: "(...) § 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput".

184. Além disso, também cumpre alertar que § 3º do mesmo artigo 4º-E da Lei nº 13.979/2020, possibilitou, mediante decisão devidamente justificada, a contratação pelo Poder Poder Público por valores superiores aos constantes da estimativa de preços, desde que os aumentos em questão sejam decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços: "(...) Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos (...)".

13.7 Critérios de desempate

185. Importa mencionar que o Decreto nº 10.024/2019 estabeleceu quais são os critérios de desempate a serem observados, devendo a regulamentação ser seguida. In verbis:

Art. 36. Após a etapa de envio de lances, haverá a aplicação dos critérios de desempate previstos nos art. 44 e art. 45 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, seguido da aplicação do critério estabelecido no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, se não houver licitante que atenda à primeira hipótese.

Art. 37. Os critérios de desempate serão aplicados nos termos do art. 36, caso não haja envio de lances após o início da fase competitiva.

Parágrafo único. Na hipótese de persistir o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico dentre as propostas empataadas.

14. DAS MEDIDAS PARA ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO CORONAVÍRUS RESPONSÁVEL PELO SURTO DE 2019 - NORMAS ESPECÍFICAS PARA AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

186. Com as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 926, de 2020), a Lei 13.979/2020 dispõe da seguinte forma, no que pertinente ao presente:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

[...]

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

§ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de

participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido.

Art. 4º-A A aquisição de bens e a contratação de serviços a que se refere o caput do art. 4º não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido.

[...]

Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns.

Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato.

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterá:

I - declaração do objeto;

II - fundamentação simplificada da contratação;

III - descrição resumida da solução apresentada;

IV - requisitos da contratação;

V - critérios de medição e pagamento;

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:

a) Portal de Compras do Governo Federal;

b) pesquisa publicada em mídia especializada;

c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;

d) contratações similares de outros entes públicos; ou

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e

VII - adequação orçamentária.

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput.

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos.

Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição.

Art. 4º-G Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade.

§ 1º Quando o prazo original de que trata o caput for número ímpar, este será arredondado para o número inteiro antecedente.

§ 2º Os recursos dos procedimentos licitatórios somente terão efeito devolutivo.

§ 3º Fica dispensada a realização de audiência pública a que se refere o art. 39 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para as licitações de que trata o caput.

Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública.

Art. 4º-I Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato.

[...]

Art. 8º Esta Lei vigorará enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, exceto quanto aos contratos de que trata o art. 4º-H, que obedecerão ao prazo de vigência neles estabelecidos.

187. Percebe-se que foram feitas alterações pontuais no regramento básico para a realização de contratações públicas. Irei, neste ponto, tratar das alterações que ainda não foram tratadas no corpo do parecer, indicando recomendações de caráter geral para que os administradores realizem as contratações de forma adequada para o atendimento da população.

188. Inicialmente, faço menção ao Artigo 4-A, que dispõe da seguinte forma:

Art. 4º-A A aquisição de bens e a contratação de serviços a que se refere o caput do art. 4º não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido.

189. Percebe-se que o equipamentos que poderão ser fornecidos quando da contratação dos serviços podem ser "usados", desta forma, caso seja admitida tal situação, a pesquisa de preços deverá ser elaborada em conformidade com tal circunstância, ou seja, quando da cotação de preços deve-se atentar a tal fato, que pode reduzir os preços orçados.

190. Em seguida, passo a comentar o artigo 4-F, neste ponto, utilizo-me da fundamentação exposta no PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU:

Tratando, então, especificamente do art. 4º-F, o edital o incluiu de duas formas, uma já tratada neste parecer e outra não.

Se a autoridade competente tiver dispensado motivadamente a apresentação de determinados requisitos de habilitação (excetuando regularidade para com a seguridade social e cumprimento do art. 7º, XXXIII da Constituição Federal), recomenda-se que haja a previsão expressa dessa dispensa no edital, de modo a não restar dúvidas. Para tanto foram incluídas as seguintes cláusulas:

9.7.1 Fica dispensado, nos termos do art. 4º-F da Lei nº 13.979, o preenchimento dos seguintes requisitos de habilitação:

- 1.....
2.
3.

Nota Explicativa: Para as contratações regidas pela Lei nº 13.979, o art. 4º-F desta lei prevê a possibilidade de a Autoridade Competente, de forma excepcional e justificada, em situação de restrição de fornecedores ou prestadores de serviços, dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição.

Caso adotada essa decisão, recomenda-se não só que conste expressamente da instrução processual, mas também do edital, para evitar erros de interpretação entre os licitantes.

Saliente-se, outrossim, a necessidade de se remover as previsões do edital que tratem dos referidos documentos dispensados, antes de haver a sua publicação.

Quanto a esse ponto, não há maiores discussões. A controvérsia se dá quanto à aplicabilidade do referido dispositivo durante o procedimento licitatório. Para tanto entende-se ser admissível a aplicação do Art. 4º-F desde que de forma isonômica, estendendo-o a todos os licitantes inabilitados.

O Art. 4º-F prevê que a restrição de fornecedores poderá gerar a dispensa de apresentação de requisitos de habilitação. Tal restrição, no nosso entender, deve ser lida somente sendo a inviabilidade de contratação sem o levantamento do requisito de habilitação. Em outras palavras, se, numa licitação, há 10 interessados e um cumpre os requisitos de habilitação e classificação, deve haver a adjudicação e homologação, não se devendo falar em dispensa de requisitos de habilitação. Apenas se todos se quedarem inabilitados é que tal providência poderia ser cogitada.

Ocorre que, pela sistemática do pregão, a inabilitação é individualizada. Só se terá a informação de que há restrição no mercado após o último licitante ser inabilitado. Ao analisar os documentos de habilitação do 2º colocado no certame, por exemplo, não se entende cabível a aplicação do art. 4º-F, sem que isso representasse uma potencial quebra de isonomia, já que o 1º colocado não teria sido agraciado com essa "liberalidade". Além disso, não se sabe se há realmente uma restrição que exija a dispensa de requisitos de habilitação até que todos estejam inabilitados, já que, se se tratasse de fato já sabido, o edital já preveria tal dispensa da forma prevista anteriormente.

O mecanismo que ora se propõe seria de, no caso de todos serem inabilitados, havendo a remessa dos autos à autoridade competente para que, alternativamente, ou dispense algum requisito de habilitação, sempre motivadamente, ou conceda prazo de 4 dias úteis, nos termos dos artigos 48, §3º da Lei nº 8.666/93 c/c Art. 4º-G da Lei nº 13.979/20. Saliente-se que a aplicabilidade subsidiária do art. 48, §3º no pregão foi admitida pelo TCU em reiterados acórdãos (Acórdão 429/2013-Plenário e ACÓRDÃO 1946/2016 - PLENÁRIO, dentre outros). Ademais, essa possibilidade permite que se dê ampla isonomia aos participantes para fazer uso da liberação do requisito.

A redação que se propõe para o Edital é o seguinte:

9.22. Caso todos os licitantes forem inabilitados, o pregoeiro encaminhará os autos à autoridade competente para que esta analise a viabilidade de aprovação da dispensa de cumprimento de requisito de habilitação de que trata o art. 4º-F da Lei nº 13.979, de 2020, ou então conceder aos licitantes prazo de quatro dias úteis para envio de nova documentação de habilitação;

9.22.1 Caso a autoridade opte por dispensar parte dos requisitos habilitatórios, deverá o pregoeiro tornar público documentos tiveram sua apresentação dispensada, passando a verificar novamente a Habilitação dos licitantes, respeitada a ordem de classificação.

9.22.2 Caso concedido o prazo adicional para apresentação de documentação de habilitação, a documentação de habilitação será entregue ao pregoeiro, como documentação complementar, em sessão virtual por ele marcada pelo menos quatro dias

úteis contados da comunicação da concessão do prazo adicional de que trata este item;
9.22.3. O pregoeiro convocará os licitantes, na ordem de classificação, para apresentação os documentos de habilitação retificados, no prazo de até uma hora, para nova análise, nos termos deste Edital, incluindo eventual dispensa aprovada pela autoridade competente.

Por fim, ainda sobre a dispensa de que trata o art. 4º-F, há uma questão técnica capaz de gerar complicações operacionais. A lei fala que não se pode dispensar a comprovação de regularidade para com a seguridade social. Ocorre que a certidão de débitos federais é unificada e abrange débitos tributários de toda natureza, inscritos em dívida ativa ou não, incluindo os previdenciários, de modo que a solicitação de certidão não resolveria o problema. A estratégia que se adotou no edital foi de recomendar, em notas explicativas, a solicitação, enquanto documento complementar, da extração de relatório pelo contribuinte/licitante que comprove que seus débitos não são relacionados com contribuições previdenciárias. Entretanto, acaso essa solução não se mostre operacional, poder-se-á haver algum problema de aplicabilidade prática da disposição supracitada em procedimentos licitatórios, no que tange à dispensa de apresentação de comprovação de regularidade para com tributos federais, o que pode vir a exigir negociação com as instâncias competentes do Ministério da Economia para retificar a questão.

191. Prosseguindo, cito o teor do artigo 4-G:

Art. 4º-G Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade.

§ 1º Quando o prazo original de que trata o caput for número ímpar, este será arredondado para o número inteiro antecedente.

§ 2º Os recursos dos procedimentos licitatórios somente terão efeito devolutivo.

§ 3º Fica dispensada a realização de audiência pública a que se refere o art. 39 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para as licitações de que trata o caput.

192. No que tange aos prazos previstos no Art. 4º-G sabe-se de entendimentos sobre a desarraoabilidade de divisão à metade de prazos de disputa, como os prazos de 10 minutos para a fase inicial de lances na fase aberta, ou o prazo de 5 minutos para apresentação de lances fechados.

193. Nesse ponto, esta Câmara optou por uma saída pragmática. Até que consolidado entendimento jurídico sobre a aplicação da norma em questão, o edital espelhará a forma como o sistema COMPRASNET está sendo configurado, já que, em regra, o sistema limita a aplicabilidade de prazos, de modo que uma divergência de prazos entre edital e sistema poderia acarretar atrasos no processo de contratação.

194. Neste momento de emergência, seria de pouca utilidade suscitar divergências com editais que não espelhem o que pode ser feito via sistema. Por essa razão, nos abstemos de nos manifestar sobre a juridicidade da aplicação da lei quanto a cada um dos prazos, limitando-nos a seguir as orientações constantes do sítio eletrônico <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/1275-novas-funcionalidades-no-comprasnet-para-apoiar-no-combate-ao-covid-19#AT1>, sem prejuízo de entendimentos ulteriores gerarem modificações nos modelos em questão.

195. Em adição à orientação acima, acrescentou-se uma observação em nota explicativa recomendando que sempre houvesse o preenchimento do prazo de validade das propostas, em razão de potencial aplicação da divisão à metade do prazo de 60 dias de sua validade. Como não é claro se tratar ou não de prazo do processo licitatório, e seguindo recomendação doutrinária, incluiu-se a seguinte advertência:

196. Considerando que a Lei nº 13.979/20, art. 4º-G, estabeleceu a redução à metade de todos os prazos dos procedimentos licitatório, há dúvida doutrinária sobre se o prazo de apresentação de propostas estaria incluído nessa previsão. Como o decreto permite a indicação de prazo diverso, recomenda-se que o edital seja sempre preenchido expressamente com o prazo de validade da proposta, ainda que seja em 60 dias.

197. Ainda quanto ao art. 4º-G, houve a inclusão expressa da previsão de inexistência de efeito suspensivo dos recursos apresentados. Sobre essa questão, não há qualquer controvérsia jurídica aprofundar, salvo melhor juízo.

198. Por fim, o gestor deve-se atentar ao permissivo do parágrafo terceiro, nas hipóteses em que seria necessária a realização de audiência pública, nos do art. 39 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, tal obrigatoriedade pode ser dispensada, de forma a evitar qualquer prejuízo ao SUS.

199. Por força do artigo 4º-H, da Lei n. 13.979/2020 restou estabelecida a possibilidade de prorrogação das contratações por sucessivos períodos enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento da situação de emergência de saúde pública. No ponto, se afasta radicalmente, diante da especialidade da norma, as discussões sobre a possibilidade ou não de prorrogação inerentes as contratações emergenciais disciplinadas pelo artigo 24, IV, a Lei n. 8.666/93. Diz o art. 4º-H que:

Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública.

200. Importante observar que o encerramento do estado de emergência não acarretará a rescisão abrupta dos contratos alusivos aos procedimentos regidos nesta Lei. Isto porque que os eventuais efeitos da situação de emergência serão sentidos por mais algum tempo e aqueles que porventura foram acometidos pela enfermidade não podem ser abandonados sem o cuidado necessário. Cite-se:

Art. 8º Esta Lei vigorará enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, exceto quanto aos contratos de que trata o art. 4º-H, que obedecerão ao prazo de vigência neles estabelecidos. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

201. Aqui cabe fazer uma distinção. O Art. 4º-H condiciona a prorrogação (e não a vigência contratual em si) à necessidade de enfrentamento da situação. Ademais, o art. 8º é claro ao preservar a vigência dos contratos quando encerrado o estado de emergência. Desse modo, o fim da emergência (ou da necessidade de enfrentamento dos seus efeitos) poderá eliminar a possibilidade de novas prorrogações, mas não afeta o prazo de vigência já estabelecido ou prorrogado, muito menos é causa para a sua rescisão antecipada.

202. Por fim, quanto aos dispositivos pertinentes, a Lei 13.979/2020 determina o seguinte:

Art. 4º-I Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato.

203. Tal dispositivo traz uma exceção ao disposto no artigo 65, §1º, da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

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

[...]

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

204. Percebe-se que o artigo da Lei 13.979/2020 traz uma faculdade, de forma que deverá a minuta de edital (além de seus anexos respectivos) ser adequada para indicar se haverá tal possibilidade ou se os contratos ficarão sujeitos ao limite padrão de 25%. A previsão de que os acréscimos ou supressões podem ser realizadas até o percentual de 50% é salutar nessa emergência, tendo em vista que os administradores não têm os dados necessários para estimar a necessidade pública com uma margem de 25%, tendo em vista a transmissão do vírus em questão.

205. Além disso, as medidas de contenção adotadas podem ter um impacto significativo na demanda de insumo o que pode ocasionar a necessidade de supressão em um patamar superior a 25%. Por outro lado, caso o número de casos cresça em número superior, a necessidade poderá ser ampliada, de forma a exigir o acréscimo em percentual superior a 25%.

206. Sendo assim, cabe ao gestor fazer a opção acerca do regime de acréscimo e supressão contratual, sendo que tal opção deverá ser devidamente justificada.

MINUTAS (CONTRATO E TERMO DE REFERÊNCIA)

207. Diante da urgência do procedimento em exame e da necessidade das áreas, foram inseridas as seguintes minutas: Termo de Referência, Lista de Verificação, Minuta de Contrato, Minuta de Edital e Ata de Registro de Preços por esta Consultoria Jurídica, a serem utilizadas como padrão por todas as áreas deste Ministério da Saúde. Ressalta-se que poderão ser devidamente adaptadas ao concreto, desde que não sejam descumpridos os comandos ali existentes, observadas as notas explicativas.

208. Tais minutas foram elaboradas observando os modelos disponibilizados pela Advocacia-Geral da União, na página: http://agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/908837.

CONCLUSÃO

209. Ante o exposto, uma vez atendidas as recomendações apontadas neste Parecer Referencial e resguardados o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador, nos limites da Lei, e as valorações de cunho econômico-financeiro, ressalvadas, ainda, as questões de ordem fática e técnica, ínsitas à esfera administrativa, essenciais até mesmo para a devida atuação dos órgãos de controle, o procedimento estará apto para a produção de seus regulares efeitos.

210. É necessário que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da presente manifestação, consoante exigência contida no item I da ON. AGU n. 55, de 23 de maio de 2014. Deve, ainda, o Administrador inserir cópia da presente manifestação referencial no SEI-MS, e acostar em cada um dos autos em que se pretender a realização de pregão (com ou sem registro de preços) para a contratação de serviços (sem mão de obra exclusiva) destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

211. Não sendo o caso, a persistência de dúvida de cunho jurídico deverá resultar na remessa do processo administrativo a esta CGLICI/CONJUR/MS para exame individualizado, mediante formulação dos questionamentos jurídicos específicos.

212. Diante do teor do Memorando Circular nº 048/2017-CGU/AGU, recomenda-se o encaminhamento da presente manifestação jurídica referencial para ciência da Consultoria Geral da União, solicitando a abertura de tarefa ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF/CGU/AGU), para ciência.

213. Além disso, recomenda-se o envio dos autos à Chefe do Serviço de Apoio aos Sistemas de Tramitação de Documentos, para alimentação da página da Consultoria Jurídica e também à Chefe de Gabinete da Consultoria Jurídica, para inserção na página do Ministério da Saúde.

214. Sugere-se o envio dos autos ao Departamento de Logística em Saúde, para ciência e providências.

Brasília, 20 de março de 2020.

RAFAEL CARRAZZONI MANSUR
Advogado da União
Coordenador de Suporte Jurídico em Processos Licitatórios
COJUPLI/CGLICI/CONJUR-MS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000039749202020 e da chave de acesso 2c984d42

Notas

1. [^] *Tal artigo foi regulamentado pela Portaria 443 de 2018, do Ministro do Planejamento, conforme segue:Art. 1º No âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, serão preferencialmente objeto de execução indireta, dentre outros, os seguintes serviços:I - alimentação;II - armazenamento;III - atividades técnicas auxiliares de arquivo e biblioteconomia;IV - atividades técnicas auxiliares de laboratório;V - carregamento e descarregamento de materiais e equipamentos;VI - comunicação social, incluindo jornalismo, publicidade, relações públicas e ceremonial, diagramação, design gráfico, webdesign, edição, editoração e atividades afins;VII - conservação e jardinagem;VIII - copeiragem;IX - cultivo, extração ou exploração rural, agrícola ou agropecuária;X - elaboração de projetos de arquitetura e engenharia e acompanhamento de execução de obras;XI - geomensuração;XII - georeferenciamento;XIII - instalação, operação e manutenção de máquinas e equipamentos, incluindo os de captação, tratamento e transmissão de áudio, vídeo e imagens;XIV - limpeza;XV - manutenção de prédios e instalações, incluindo montagem, desmontagem, manutenção, recuperação e pequenas produções de bens móveis;XVI - mensageria;XVII - monitoria de atividades de visitação e de interação com público em parques, museus e demais órgãos e entidades da Administração Pública federal;XVIII - recepção, incluindo recepcionistas com habilidade de se comunicar na Linguagem Brasileira de Sinais - Libras;XIX - reprografia, plotagem, digitalização e atividades afins;XX - secretariado, incluindo o secretariado executivo;XXI - segurança, vigilância patrimonial e brigada de incêndio;XXII - serviços de escritório e atividades auxiliares de apoio à gestão de documentação, incluindo manuseio, digitação ou digitalização de documentos e a tramitação de processos em meios físicos ou eletrônicos (sistemas de protocolo eletrônico);XXIII - serviços de tecnologia da informação e prestação de serviços de informação;XXIV - teleatendimento;XXV - telecomunicações;XXVI - tradução, inclusive tradução e interpretação de Língua Brasileira de Sinais (Libras);XXVII - degravação;XXVIII - transportes;XXIX - tratamento de animais;XXX - visitação domiciliar e comunitária para execução de atividades relacionadas a programas e projetos públicos, em áreas urbanas ou rurais;XXXI - monitoria de inclusão e acessibilidade; eXXXII - certificação de produtos e serviços, respeitado o contido no art. 3º, § 2º do Decreto nº 9.507, de 2018. Parágrafo único. Outras atividades que não estejam contempladas na presente lista poderão ser passíveis de execução indireta, desde que atendidas as vedações constantes no Decreto nº 9.507, de 2018.*
2. [^] *Em razão do recente julgado seguinte, do TCU, foi suprimida a observação "limitado em R\$ 80.000,00": "A aplicação da cota de 25% destinada à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível (art. 48, inciso III, da LC 123/2006) não está limitada à importância de oitenta mil reais, prevista no inciso I do mencionado artigo. Auditoria realizada pelo TCU na Secretaria de Educação do Estado do Paraná com o objetivo de verificar a gestão dos recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar, identificou, entre outras irregularidades, a "restrição indevida à competitividade, nos pregões eletrônicos 1.528/2016, 1.548/2016, 1.628/2016, 1.629/2016 e 198/2017, tendo em vista a destinação de 25% do quantitativo total de cada produto a ser adquirido para contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, em desconformidade com as disposições da Lei Complementar 123/2006, em especial o inciso III do art. 49, c/c os arts. 6º, 8º e os incisos II, IV e parágrafo único do art. 10 do Decreto 8.538/2015". Tais certames tinham por objeto o registro de preços para aquisição de diversos produtos alimentícios, nos quais, com base nos arts. 47 e 48, inciso III, da LC 123/2006, foram definidos dois lotes para cada item de produto a ser adquirido: um destinado à ampla concorrência, equivalente a 75% do total; e os outros 25% destinados à contratação de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP). Da análise dos oitenta e um lotes licitados, constatou-se que trinta e nove teriam sido destinados exclusivamente a ME e EPP, perfazendo um total de R\$ 24.635.390,00, cujos objetos foram adjudicados por valores superiores aos obtidos nos lotes abertos à ampla concorrência, dando margem a um sobrepreço, estimado pela equipe de auditoria, de R\$ 4.083.150,00. Ao apreciar a matéria, o relator, inicialmente, teceu algumas considerações acerca do entendimento firmado pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná, no sentido de que os incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar Federal 123/2006 deveriam ser interpretados de forma cumulativa. Após transcrever os dispositivos da LC 123/2006 concernentes ao assunto e observar que o Decreto 8.538/2015 regulamentou o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da Administração Federal, o relator destacou que, na sua visão, "não há na*

legislação que regulamenta a matéria determinação expressa no sentido de que a aplicação da cota de 25%, de que trata o inciso III do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, estaria limitada à importância de R\$ 80.000,00, prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual reputo que não procede o entendimento de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa". Do mesmo modo, destacou que "não se verifica na referida Lei a impossibilidade de que sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência definido pela administração". Não obstante isso, e com foco no art. 49, inciso III, da LC 123/2006, deixou assente que "não é admissível que, a pretexto de estimular o empreendedorismo, propiciando melhores condições para as sociedades empresárias de menor porte, a administração contrate ME e EPP a preços muito superiores aos ofertados pelas empresas que disputam as demais cotas". Ao analisar as possíveis causas das elevadas diferenças de preços identificadas na auditoria, a mais provável, segundo o relator, teria sido o "deficiente estabelecimento dos preços de referência pela Secretaria de Educação, resultado de pesquisa que não teria refletido os valores efetivamente praticados no mercado". Considerando que a unidade técnica não demonstrou o efetivo prejuízo causado ao erário por causa desse achado, o relator sugeriu a adoção de providências nesse sentido, inclusive quanto à conveniência de instauração de tomada de contas especial. Assim, acolhendo o voto apresentado, o Plenário decidiu, além de expedir determinação à unidade técnica a respeito do levantamento do possível débito, e de outras providências, dar ciência ao órgão estadual que: I) "não há, na Complementar Lei 123/2006, e no decreto que a regulamenta, determinação no sentido de que a aplicação da cota de 25%, de que trata o inciso III do art. 48 da referida lei, estaria limitada à importância de R\$ 80.000,00, prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual não procede o entendimento de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa"; II) "não se verifica, na Lei Complementar 123/2006, a impossibilidade de que sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência definido pela administração, observados, nessa situação, os princípios e vedações previstos no art. 3º da Lei 8.666/1993, bem como o poder dever de a administração, com fulcro no art. 49 da Lei 8.666/1993, revogar os procedimentos licitatórios por razões de interesse público, com vistas a impedir a contratação por preços superiores aos praticados no mercado". Acórdão 1819/2018 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues.(Informativo de Licitações e Contratos - Número 352)

3. **^ Tal dispositivo permite a contratação, ainda que os preços sejam superiores ao obtido na estimativa. Nesse caso, se houver suspeita de abuso no preço, recomenda-se sejam acionados os órgãos de proteção ao consumidor e de defesa da concorrência, sem prejuízo de posterior busca, inclusive judicial, do ressarcimento dos valores indevidamente pagos, caso confirmado esse abuso.**

Documento assinado eletronicamente por RAFAEL CARRAZZONI MANSUR, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 397277534 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL CARRAZZONI MANSUR. Data e Hora: 27-03-2020 19:37. Número de Série: 69078594150646269433788375683. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO G, EDIFÍCIO SEDE, 6º ANDAR, BRASÍLIA/DF, CEP 70058-900

DESPACHO n. 00979/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.039749/2020-20

INTERESSADOS: COORDENAÇÃO-GERAL DE AQUISIÇÕES DE INSUMOS ESTRATÉGICOS PARA SAÚDE - CGIES/DLOG/SE/MS

ASSUNTOS: PREGÃO ELETRÔNICO

Aprovo o PARECER REFERENCIAL n. 00015/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 27/03/2020, da lavra do Coordenador de Suporte Jurídico em Processos Licitatórios, o Advogado da União Rafael Carrazzoni Mansur, e o DESPACHO n. 00974/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU da Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, Advogada da União Jamille Coutinho Costa, adotando seus fundamentos e conclusões.

Reforço, como consignado no Parecer e no Despacho supra citados, que a manifestação referencial que se aprova somente poderá ser utilizada para as contratações de serviços sem mão de obra exclusiva, destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Ademais, por se tratar de manifestação jurídica referencial, está dispensada a análise individualizada, por parte desta Consultoria Jurídica, nos autos dos processos que guardarem relação inequívoca e direta com o tema ora analisado, sendo necessário que a área técnica:

- i)** ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda à referida manifestação; e
- ii)** extraia cópia da manifestações referencial, com respectivo despacho de aprovação, e acoste aos autos em que se pretende a aprovação.

Pelo exposto, ao Apoio Administrativo desta Consultoria Jurídica, para que:

- **a)** junte as presentes manifestações ao sistema SEI e encaminhe os autos virtuais, para ciência:
 - a.i)** à Secretaria de Vigilância em Saúde - SVS/MS;
 - a.ii)** à Secretaria de Atenção Especializada à Saúde - SAES/MS;
 - a.iii)** ao Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos - DAF/SCTIE/MS;
 - a.iv)** ao Departamento de Logística em Saúde - DLOG/SE/MS; e
 - a.v)** à Subsecretaria de Assuntos Administrativos - SAA/SE/MS.
- **b)** atra tarefa, via sistema SAPIENS:
 - b.i)** à Consultoria-Geral da União, aos cuidados do Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas - DEINF/CGU/AGU, para ciência e registro;
 - b.ii)** à Chefe do Serviço de Apoio aos Sistemas de Tramitação de Documentos, para alimentação da página da Consultoria Jurídica; e
 - b.iii)** à Chefe de Gabinete da Consultoria Jurídica, para inserção na página do Ministério da Saúde.
- **c)** arquive o processo em epígrafe no sistema SAPIENS.

Brasília, 28 de março de 2020.

CIRO CARVALHO MIRANDA
ADVOGADO DA UNIÃO
CONSULTOR JURÍDICO JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Documento assinado eletronicamente por CIRO CARVALHO MIRANDA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 400650457 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CIRO CARVALHO MIRANDA. Data e Hora: 28-03-2020 16:03. Número de Série: 22394. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v5.
