



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAPÁ
GABINETE

PARECER n. 00112/2019/GAB/PFUNIFAP/PGF/AGU

NUP: 23125.001877/2019-25

INTERESSADOS: DEPARTAMENTO DE GESTÃO ORÇAMENTÁRIA - DGO UNIFAP

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES, MINUTA DE EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO. MODALIDADE MENOR PREÇO GLOBAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE PRODUÇÃO E FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES DO RESTAURANTE UNIVERSITÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA, DESDE QUE ATENDIDAS AS RECOMENDAÇÕES.

I. PRELIMINARMENTE

Atuação e Competência da Procuradoria Federal.

1. A Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, preceitua em seu artigo 38, Parágrafo Único: "*As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.*"

2. Ademais, em face do que dispõem o artigo 131 da Constituição Federal e o artigo 11 da Lei Complementar nº 73/93, incumbe a este Órgão da Advocacia-Geral da União prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, excluídas, portanto, as questões de **natureza técnica diversa**. Assim destaca o Enunciado correspondente à Boa Prática Consultiva nº 07, extraído do Manual de Boas Práticas Consultivas publicado pela Advocacia-Geral da União. Em relação a tais questões técnicas, parte-se do pressuposto de que as autoridades competentes municiaram-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.

Enunciado nº 07. "*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.*"

3. No que se refere à área de licitações, preceitua o artigo 38 da Lei nº 8.666/1993:

Lei 8.666/93. Art. 38. "*O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente atuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:*

Parágrafo único. "*As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.*" (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

II - RELATÓRIO

4. Trata-se de solicitação de análise jurídica acerca da "contratação de empresa especializada nos serviços de produção e fornecimento de refeições coletivas no restaurante universitário".

5. Constan nos autos seguintes documentos importantes:

- o Memorando Eletrônico n. 18/2019- PROAD- Solicita da PROEAC estudos técnicos preliminares para nova contratação, visto que as condições pactuadas no contrato n. 011/2016-RU/UNIFAP não contempla atendimento aos sábados;
- o Portaria n. 0478/2019- Institui a Equipe de Planejamento e Contratação de empresa especializada em serviços de produção e fornecimento de refeições coletivas;
- o Minuta de Termo de Referência;
- o Estudo Técnico Preliminar;
- o Cotação de preços;
- o Planilha de cotação e justificativa de preços;
- o Despacho n. 14.993/2019-PROAD- encaminha para a Prefeitura efetuar avaliação mercadológica do prédio do RU;
- o Atualização do valor pela Prefeitura;
- o Despacho n. 15.756/2019- Reitoria. Aprovação do Termo de Referência e do Estudo de Risco pelo Magnífico Reitor;
- o Sugestões da Chefe da Divisão de Contratos à PROAD de alterações no termo de referência;
- o Nova Minuta de Termo de Referência com as alterações sugeridas pela DICONTE e deliberadas pelos membros da comissão;
- o Minuta do Termo de Contrato;
- o Despacho n. 17537/2019-DOCONT- Ratificando algumas sugestões de alteração no Termo de Referência;
- o Minuta do Edital;
- o Despacho n. 21080/2019- DICONTE. Informa a confecção de check list e sugere pequenas alterações;
- o Nova Minuta de Termo de Referência;
- o Despacho n. 21647/2019-DGO- Informa que será consignado no PLOA 2020 o valor anual da contratação.

6. É o relatório.

II- DA ANÁLISE JURÍDICA

DA MODALIDADE - PREGÃO PRESENCIAL CONCOMITANTE MAIOR DESCONTO NOS ALIMENTOS

7. Feitos estes relatos, passo a opinar, utilizando-se como parâmetro o Parecer-Plenário nº.01/2016/CNU-Decor-CGU/AGU, de 22/06/2016, quanto à possibilidade da Autarquia utilizar-se do Pregão Presencial, tipo maior desconto, para fornecimento de alimentação escolar e concessão onerosa de uso de espaço físico para serviços de cantina.

8. Sendo assim, é imperioso trazer à baila os principais enunciados constitucionais sobre licitações, quais sejam:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

III licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

9. O discurso constitucional expressado nos referidos preceitos demonstra, de forma clara, a necessidade de observância de todos os princípios que regem a administração pública, conformadores de todo ordenamento vigente, sendo importante, para os fins deste opinativo, sublinhar especialmente o da legalidade, modernamente lido como juridicidade (sentido mais amplo), bem como da impessoalidade, moralidade e eficiência.

10. No plano infraconstitucional, há que se partir das disposições da Lei nº 8.666/93, que estatuiu os seguintes dispositivos relevantes para a compreensão da problemática sob análise:

Lei nº 8.666/93

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

III Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

IV Alienação - toda transferência de domínio de bens a terceiros;

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

§4º Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - a de menor preço quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

11. Assim, a Lei nº 8.666/93 traz o conceito legal de serviço (atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração), bem como especifica as modalidades licitatórias em que predomina o valor como critério de definição. Por consequência, a mesma situação fática pode ser enquadrada em mais de uma modalidade e, embora o valor seja o parâmetro, não se veda que, nos casos em que couber convite, a Administração possa utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência. Revela, ainda, determinados critérios de julgamento (tipos de licitação).

12. Sendo assim, é perceptível que a Lei nº 8.666 é datada de 1993, enquanto que os enunciados relativos ao pregão foram editados anos depois, especificamente com a Lei Geral de Telecomunicações (arts. 54 a 57, da Lei nº 9.472/97), razão pela qual não ocorreram conflitos normativos mais intensos entre as diversas modalidades previstas na legislação brasileira. A modalidade passou a ser intensificada com o advento da Lei nº 9.986/00 (art. 37), que estendeu a modalidade a todas as demais agências reguladoras.

13. Posteriormente, foi editada a MP nº 2.026/00, que o instituiu no âmbito da União. Após diversas reedições (dezoito) e renumerações, foi convertida na Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão), agora aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. No entanto, antes da conversão, veio a lume o Decreto nº 3.555/00, que regulamentou o pregão presencial, todavia com aplicabilidade restrita à esfera federal. Por outro lado, o pregão eletrônico, aplicável nesta mesma seara, foi instituído pelo Decreto nº 3.697/00, posteriormente revogado pelo atual Decreto nº 5.450/05.34.

14. Frise-se, por oportuno, que no ano de 2010 o Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos chegou a se manifestar quanto às cessões de uso para prestação de atividades de apoio (Parecer nº 117/2010/DECOR/CGU/AGU). À época, concluiu-se que:

II.II - MODALIDADE LICITATÓRIA CABÍVEL.

Cessão de uso para exploração de atividade de apoio. Poder de autorizar delegado aos Comandantes das Forças. Inaplicabilidade da regra de extensão do inciso VI, do art. 12 do Decreto 3.725/2001. Inteligência do artigo 13, I da Lei 9.784/99. Não obrigatoriedade da concorrência. Literalidade do artigo 23, § 3º da Lei 8.666/93.

15. Dessa forma, percebe-se que o ponto nodal da controvérsia foi a viabilidade jurídica de delegação de poder normativo aos Comandantes das Forças para fins de ampliar as atividades de apoio tracejadas no Decreto nº 3.725/01, bem como a modalidade licitatória cabível:

16. O segundo questionamento proposto diz respeito à suposta obrigatoriedade da licitação na modalidade concorrência. O tema invoca a análise do artigo 23, § 3º da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

§ 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

17. Via de regra, a modalidade licitatória será determinada pelo preço da contratação. Trata-se da disposição prevista no artigo 23 da Lei Geral de Licitações e Contratos. O § 3º deste mesmo dispositivo, contudo, estabelece a concorrência como modalidade obrigatória para os casos de compra ou alienação de imóveis, concessões de direito real de uso e licitações internacionais. Resta perquirir a natureza do ato sub examine, de modo a concluir pela aplicabilidade ou não do referido § 3º.

18. O dispositivo em comento faz referência a concessão de direito real de uso que, segundo José dos Santos Carvalho Filho, trata-se de “contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere ao particular o direito real resolúvel de uso de terreno público ou sobre o espaço aéreo que o recobre, para os fins que, prévia e determinadamente, o justificaram”. Diógenes Gasparini complementa, afirmando que se “objetiva é o trespasso do uso de terrenos. E o instituto não se aplica a imóveis construídos e a bens móveis”.

19. A cessão de uso, mencionada no artigo 20 da Lei 9.636/1998, por sua vez, é instituto diverso, sendo assim conceituada por Diógenes Gasparini: “é o ato que consubstancia a transferência do uso de certo bem de um órgão (Secretaria da fazenda) para outro (Secretaria da Justiça) da mesma pessoa política (União, Estado Membro e Município), para que este utilize segundo sua natureza e fim, por tempo certo ou indeterminado”. Da leitura do referido artigo 20 é possível depreender que o regime jurídico ali estabelecido difere daquele ordinariamente atribuído às cessões de uso, na forma apreendida por Gasparini. Contudo, a lição invocada é suficiente para demonstrar tratar-se de institutos diversos, inconfundíveis entre si.

20. Desta constatação, infere-se que a obrigatoriedade da modalidade concorrência prescrita no artigo 23, § 3º da Lei 8.666/93, diante de sua literalidade, não se aplica às cessões de uso de bem público para a exploração de atividades de apoio.²¹ Diante destas considerações, conclui-se que:

a) as atividades de apoio são somente aquelas previstas nos incisos I a V do artigo 12 do Decreto 3.725/2001, e, eventualmente, outras assim consideradas por ato geral e abstrato do Ministro da Defesa;

b) o artigo 23, § 3º da Lei 8.666/93, no que pertine às concessões de direito real de uso, diante de sua literalidade, não se aplica às cessões de uso de bem público para a exploração de atividades de apoio.

16. Portanto, conforme o entendimento uniformizado pelo DECOR/CGU, poderiam ser adotadas quaisquer das modalidades previstas na Lei de Licitações (v.g. convite, tomada de preços ou concorrência). Todavia, não foram tecidas considerações sobre a incidência ou não da modalidade relativa ao pregão (presencial ou eletrônico).

17. Realçado o entendimento anterior do Departamento, há que se avaliar o regime jurídico do pregão, bem como se este prevalece ou não em face das modalidades convencionais. Desse modo, merecem leitura os seguintes dispositivos legais:

Lei nº 10.520/02

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.

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

X para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

Decreto nº 3.555/00

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.

Decreto nº 3.725/01

Art. 12. Não será considerada utilização em fim diferente do previsto no termo de entrega, a que se refere o § 2º do art. 79 do Decreto Lei nº 9.760, de 1946, a cessão de uso a terceiros, a título gratuito ou oneroso, de áreas para exercício das seguintes atividades de apoio necessárias ao desempenho da atividade do órgão a que o imóvel foi entregue:

I posto bancário;

II posto dos correios e telégrafos;

III restaurante e lanchonete; (grifei)

IV central de atendimento a saúde;

V creche; e

VI outras atividades similares que venham a ser consideradas necessárias pelos Ministros de Estado, ou autoridades com competência equivalente nos Poderes Legislativo e Judiciário, responsáveis pela administração do imóvel.

Parágrafo único. As atividades previstas neste artigo destinar-se-ão atendimento das necessidades do órgão cedente e de seus servidores.

Decreto nº 5.450/05

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, como modalidade de licitação do tipo menor preço, realizar-se-á quando a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns for feita à distância em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação pela internet.

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

Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.

18. A primeira conclusão que se extrai deste conjunto de normativos é que o pregão, seja eletrônico, seja presencial, aplica-se apenas se entender que nas cessões de uso de espaço, para prestação de serviços de apoio, o serviço (art. 1º, caput) é o objeto fundamental perseguido.

19. Conforme ensina Marçal Justen Filho, serviço constitui uma obrigação de fazer que impõe ao sujeito contratado o dever de aplicar seus esforços (atuação física ou intelectual) realizando atividade cujo resultado é do interesse da Administração. Já compra constitui a operação em que ocorre a aquisição do domínio definitivo de um bem, mediante típico contrato comutativo e bilateral.

20. Quanto a este primeiro ponto, do ponto de vista interpretativo, é correto e razoável concluir que o serviço a ser prestado é uma condição sem a qual o imóvel não seria cedido, ou seja, a cessão é apenas meio e elemento pelos quais a Administração busca atingir a finalidade precípua, que é a prestação de serviço em prol do atendimento dos seus servidores e administrados.

21. Na mesma linha são os argumentos expostos pela CONJUR/MD, que trouxe os abalizados ensinamentos de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, para quem há diversas possibilidades de utilização do imóvel na relação jurídica entre particulares e Administração Pública:

- a) o objeto é a venda ou locação do imóvel e a Administração busca obter recursos financeiros; e
- b) o objeto é um serviço e o imóvel é elemento necessário de um contrato principal.**

22. Saliente-se, por importante, que as cessões de uso de imóveis para prestação de serviços de apoio aos administrados, que se enquadrem como comuns, não se confundem com os corriqueiros contratos de prestação serviços voltados para a própria Administração, normalmente com mão de obra terceirizada, nos quais constam, eventualmente, a

disponibilização de espaço para trabalhos e atividades da contratada. É que a cessão de uso, para o fim específico de prestação de serviços de apoio, detém traços peculiares e *sui generis*, conforme se extraem deste opinativo.

23. Sob a perspectiva jurisprudencial, conforme esboçou a CONJUR/MD, o Tribunal de Contas da União defendia a concorrência como a modalidade licitatória aplicável nas concessões/cessões de uso para fins de exercício de atividades de apoio, com fulcro no art. 23, §3º, da Lei 8.666/93, segundo o qual “(...) a concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso (...)”.

24. Posteriormente, os órgãos passaram a adotar especialmente a modalidade convite, tendo em vista o valor das contratações, observados os limites decorrentes do art. 23, da Lei nº 8.666/93 (até R\$ 80.000,00). A evolução persistiu e o entendimento foi novamente superado, ao apreciar a concessão de uso de áreas comerciais nos aeroportos brasileiros. Nessa trilha, o Tribunal de Contas da União (Acórdãos nº 2.844/2010 – Plenário e nº 2.050/2014 Plenário) passou a entender no sentido da aplicação da modalidade pregão, inclusive mediante a adoção do critério de maior valor ofertado, o que convém, desde já, desvelar:

Sumário

REPRESENTAÇÃO. CONCESSÃO DE USO DE ÁREAS COMERCIAIS DE AEROPORTOS. LICITAÇÃO POR MEIO DE PREGÃO. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA.

É plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos.

- A atividade da Infraero, ao estabelecer o pregão, para a licitação de concessões de uso de áreas comerciais nos aeroportos brasileiros, encontra respaldo na legislação e atende plenamente o interesse público.

(...)

Voto:

A utilização do pregão, nas licitações voltadas à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos, atende perfeitamente aos objetivos da Infraero e ao interesse público, possibilitando decisões em que se preserva a isonomia de todos os interessados e os interesses da Administração na obtenção da melhor proposta. A alegada falta de disciplina legal específica não compromete a legalidade ou a pertinência da utilização do instrumento, talhado à perfeição para a finalidade de concessão de uso de áreas comerciais. Aliás, todas as normas legais, atinentes ao pregão, permitem sua geral utilização para as finalidades de todos os órgãos da Administração Pública, nos exatos termos de suas disposições.

(...)

A Empresa nada mais fez que buscar a aplicação da lei que instituiu o pregão instrumento conhecido por sua maior agilidade e eficiência para as licitações de concessão de uso de área comercial.

A legislação sobre contratações públicas volta-se essencialmente para os contratos que geram dispêndios, ou seja, contratos de aquisição de bens e serviços, havendo pouca disciplina sobre os ajustes que geram receitas para a Administração Pública. Daí por que, em se tratando de contratos de geração de receita, a utilização da legislação em vigor não prescinde da analogia.

No caso concreto, a licitação na modalidade pregão, com critério de julgamento na maior oferta, não constitui utilização de critério de julgamento não previsto por lei, mas, sim, a utilização do critério legalmente estabelecido e plenamente adequado ao objeto do certame, com a utilização do instrumento legal mais especialmente pertinente para os objetivos da Administração. (...).

É desnecessário repetir aqui, novamente, as inúmeras vantagens comparativas da modalidade pregão para a Administração Pública em termos de proporcionar maior eficiência, transparência e competitividade. Assim, sob a ótica da consecução do interesse público, os procedimentos

licitatórios adotados pela Infraero para a concessão de uso de áreas aeroportuárias se mostram especialmente louváveis, porque concretizam os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, moralidade, dentre outros.

Nesse sentido, há inúmeros precedentes, na utilização do pregão para a concessão de áreas públicas, por parte de diversos órgãos da Administração, como os Tribunais Regionais Federais (Pregão 07/2008, TRF da 1ª Região), o Ministério Público Federal (Pregão 41/2007) e a Procuradoria da República no Distrito Federal (Pregão 01/2008). A adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, nada mais é que a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-a à natureza do objeto do certame, restando assegurada a escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com a isonomia de todos os interessados, constituem as finalidades primeiras de todo procedimento licitatório.

(Acórdão nº 2.844/2010 Plenário)

Número do Informativo de Licitações e Contratos: 209

Colegiado: Plenário

Enunciado:

2. É recomendável a utilização de pregão eletrônico para a concessão remunerada de uso de bens públicos. Ainda na Auditoria Operacional realizada na Ceagesp, foi discutida a possibilidade de se utilizar o pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos. Nesse aspecto, o relator mencionou que, nos autos da representação objeto do TC 011.355/20107, o TCU se deparou com situação análoga ao examinar a concessão de áreas comerciais em aeroportos, em que a Infraero havia adotado o pregão como modalidade licitatória. Na ocasião, fora acolhida a tese que, diante do escasso disciplinamento sobre ajustes que geram receitas para a Administração Pública, a analogia com a legislação para a aquisição de bens e serviços poderia ser aplicada. Assim, nos termos do voto condutor do Acórdão 2.844/2010 Plenário, a "adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, nada mais é que a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-a à natureza do objeto do certame, restando assegurada a escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com a isonomia de todos os interessados, constituem as finalidades primeiras de todo procedimento licitatório". O posicionamento do Tribunal, anunciado no sumário do citado acórdão, firmara-se no sentido de ser "plenamente legítima a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos". Como ressalva naquela oportunidade, houvera o registro de que a Infraero deveria "evoluir dos pregões presenciais, para a modalidade totalmente eletrônica, que dispensa a participação física e o contato entre os interessados", a fim de concretizar os imperativos constitucionais da isonomia e da melhor proposta para a Administração. Do que expôs a relatoria, o Tribunal recomendou à Ceagesp que utilize a modalidade pregão eletrônico nas futuras licitações para concessão remunerada de uso de áreas de comercialização do Entreposto do Terminal de São Paulo. (Acórdão 2050/2014 Plenário, TC 012.613/20134, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 6.8.2014).52.

25. Neste precedente do TCU resta demonstrada a possibilidade de utilização do pregão concomitante à aplicação do critério de julgamento por maior oferta, até porque envolviam concessões de áreas para uso comercial, não a prestação de serviços de apoio em prol da Administração e seus servidores.

26. Frise-se, por oportuno, que o TCU igualmente já recomendou a utilização do critério de menor preço (dos serviços) para a seleção do licitante vencedor, nas concessões de uso de área, à época em que entendia pelo cabimento da modalidade concorrência. Embora trate de concorrência, há um dado importante, qual seja, a definição no edital da quantidade exigida da contratada, bem como os valores a serem pagos pelo uso do espaço público.

27. Portanto, dos argumentos assinalados ressaí que, na concessão de uso de imóvel administrado pela Autarquia, para fins de prestação de serviços de apoio, estes constituem o verdadeiro objeto contratual, ao passo que a concessão é apenas elemento, acessório e necessário, por intermédio do qual será alcançada a consecução do objetivo principal, que é a prestação de serviços que supram as necessidades dos seus servidores e administrados. Com efeito, para a consecução do objeto em exame, é obrigatória a utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, com fulcro no art. 4º do Decreto nº 5.450/05. Caso constatada a inviabilidade da forma eletrônica, deverá ser utilizada,

excepcionalmente, a forma presencial, desde que por ato fundamentado em justificativas concretas e detalhadas, rigidamente sindicáveis pelos órgãos de controle competentes. Como consequência, são incabíveis as demais modalidades licitatórias convencionais, previstas na Lei nº 8.666/93.

29. Por outro lado, oportuno trazer à colação a Lei nº 6.120, de 15 de outubro de 1974, ainda em vigor, que dispõe sobre a alienação de bens imóveis de instituições federais de ensino, *in verbis*:

Art. 1º. As instituições federais de ensino, constituídas sob a forma de autarquia de regime especial ou mantidas por fundações de direito público, poderão alienar, mediante contrato de compra e venda, os bens imóveis de sua propriedade, que se tornarem desnecessários às suas finalidades, na forma desta Lei.

§1º. A alienação de que trata este artigo dependerá de autorização por decreto do Presidente da República e será precedida de prévia aprovação do respectivo colegiado deliberativo máximo, decidida em reunião especialmente convocada e pelo voto de, no mínimo dois terços dos seus membros.

§2º. O processo de alienação obedecerá o disposto no Título XII, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Art 2º. Os imóveis de que trata esta Lei poderão ainda ser objeto de:

a) Permuta, sob condições especiais;

b) Hipoteca, para garantia de empréstimos contraídos junto a estabelecimentos de crédito oficiais;

c) Locação.

§1º. A permuta e a hipoteca também dependem de prévia autorização do Presidente da República, nos termos do disposto no § 1º do artigo anterior.

§2º. Somente se dará a execução da hipoteca após manifestação do Ministério da Educação e Cultura sobre o interesse na solvência do débito por outra forma que não a execução.

§3º. Na hipótese do parágrafo anterior o Ministro da Educação e Cultura apurará se houver má fé na instrução do processo que autorizou a operação ou na execução do contrato, promovendo as responsabilidades civil, criminal e administrativa respectivas, conforme o caso.

§4º. A locação será realizada mediante concorrência pública, observadas as normas legais vigentes e respeitado o valor locativo respectivo, consoante as condições locais do mercado imobiliário.

Art 3º. O processo para alienar, permutar, gravar ou locar obedecerá normas baixadas pelo Ministro da Educação e Cultura.

Art 4º. O produto das operações de que trata esta Lei será empregado, necessariamente, nos campus universitários ou nas sedes das instituições em despesas relativas a edificações, serviços de infraestrutura, instalações, equipamentos e urbanização.

Parágrafo único. Quando o campus ou sede for considerado completo o produto da locação poderá ser empregado em despesas de custeio.

Art 5º. Em nenhuma hipótese será permitida a doação ou cessão gratuita, a qualquer título, de bens imóveis das instituições de que trata esta Lei.

Art 6º. Em qualquer dos casos previstos nesta Lei, serão sempre respeitadas as cláusulas restritivas resultantes de tombamento determinado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e a utilização do imóvel deverá ser, preferentemente, em finalidades compatíveis com a sua destinação histórica.

Art 7º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

10. A Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, traz o seguinte disciplinamento quanto à cessão:

Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei no 9.760, de 1946, imóveis da União a: Decreto nº 3.725, de 10.1.2001

I - Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

II - pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional.

§1º. A cessão de que trata este artigo poderá ser realizada, ainda, sob o regime de concessão de direito real de uso resolúvel, previsto no art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, aplicando-se, inclusive, em terrenos de marinha e acrescidos, dispensando-se o procedimento licitatório para associações e cooperativas que se enquadrem no inciso II do caput deste artigo.

§2º. O espaço aéreo sobre bens públicos, o espaço físico em águas públicas, as áreas de álveo de lagos, rios e quaisquer correntes d'água, de vazantes, da plataforma continental e de outros bens de domínio da União, insusceptíveis de transferência de direitos reais a terceiros, poderão ser objeto de cessão de uso, nos termos deste artigo, observadas as prescrições legais vigentes.

§3º. A cessão será autorizada em ato do Presidente da República e se formalizará mediante termo ou contrato, do qual constarão expressamente as condições estabelecidas, entre as quais a finalidade da sua realização e o prazo para seu cumprimento, e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista no ato autorizativo e consequente termo ou contrato.

§4º. A competência para autorizar a cessão de que trata este artigo poderá ser delegada ao Ministro de Estado da Fazenda, permitida a subdelegação.

§5º. A cessão, quando destinada à execução de empreendimento de fim lucrativo, será onerosa e, sempre que houver condições de competitividade, deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei.

§6º. Fica dispensada de licitação a cessão prevista no caput deste artigo relativa a:

I - bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

II - bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública e cuja ocupação se tenha consolidado até 27 de abril de 2006.

§7º. Além das hipóteses previstas nos incisos I e II do caput e no § 2º deste artigo, o espaço aéreo sobre bens públicos, o espaço físico em águas públicas, as áreas de álveo de lagos, rios e quaisquer correntes d'água, de vazantes e de outros bens do domínio da União, contíguos a imóveis da União afetados ao regime de aforamento ou ocupação, poderão ser objeto de cessão de uso.

Art. 19. O ato autorizativo da cessão de que trata o artigo anterior poderá:

I - permitir a alienação do domínio útil ou de direitos reais de uso de frações do terreno cedido mediante regime competente, com a finalidade de obter recursos para execução dos objetivos da cessão, inclusive para construção de edificações que pertencerão, no todo ou em parte, ao cessionário;

II - permitir a hipoteca do domínio útil ou de direitos reais de uso de frações do terreno cedido, mediante regime competente, e de benfeitorias eventualmente aderidas, com as finalidades referidas no inciso anterior;

III - permitir a locação ou o arrendamento de partes do imóvel cedido e benfeitorias eventualmente aderidas, desnecessárias ao uso imediato do cessionário;

IV - isentar o cessionário do pagamento de foro, enquanto o domínio útil do terreno fizer parte do seu patrimônio, e de laudêmios, nas transferências de domínio útil de que trata este artigo;

V - conceder prazo de carência para início de pagamento das retribuições devidas, quando:

a) for necessária a viabilização econômico-financeira do empreendimento;

b) houver interesse em incentivar atividade pouco ou ainda não desenvolvida no País ou em alguma de suas regiões; ou

c) for necessário ao desenvolvimento de microempresas, cooperativas e associações de pequenos produtores e de outros segmentos da economia brasileira que precisem ser incrementados.

VI - permitir a cessão gratuita de direitos enfiteúticos relativos a frações de terrenos cedidos quando se tratar de regularização fundiária ou provisão habitacional para famílias carentes ou de baixa renda.

Art. 20. Não será considerada utilização em fim diferente do previsto no termo de entrega, a que se refere o § 2º do art. 79 do Decreto-Lei no 9.760, de 1946, a cessão de uso a terceiros, a título gratuito ou oneroso, de áreas para exercício de atividade de apoio, definidas em regulamento, necessárias ao desempenho da atividade do órgão a que o imóvel foi entregue.

Parágrafo único. A cessão de que trata este artigo será formalizada pelo chefe da repartição, estabelecimento ou serviço público federal a que tenha sido entregue o imóvel, desde que

aprovada sua realização pelo Secretário-Geral da Presidência da República, respectivos Ministros de Estado ou autoridades com competência equivalente nos Poderes Legislativo ou Judiciário, conforme for o caso, e tenham sido observadas as condições previstas no regulamento e os procedimentos licitatórios previstos em lei.

Art. 21. Quando o projeto envolver investimentos cujo retorno, justificadamente, não possa ocorrer dentro do prazo máximo de 20 (vinte) anos, a cessão sob o regime de arrendamento poderá ser realizada por prazo superior, observando-se, nesse caso, como prazo de vigência, o tempo seguramente necessário à viabilização econômico-financeira do empreendimento, não ultrapassando o período da possível renovação.

30. Ao regulamentar a Lei nº 9.636, de 1998, o Decreto nº 3.725, de 10 de janeiro de 2001, repetindo o dito acima, dispõe que, *in verbis*:

Art. 12. Não será considerada utilização em fim diferente do previsto no termo de entrega, a que se refere o §2º do art. 79 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, a cessão de uso a terceiros, a título gratuito ou oneroso, de áreas para exercício das seguintes atividades de apoio necessárias ao desempenho da atividade do órgão a que o imóvel foi entregue:

I - posto bancário;

II - posto dos correios e telégrafos;

III - restaurante e lanchonete;

IV - central de atendimento a saúde;

V - creche; e

VI - outras atividades similares que venham a ser consideradas necessárias pelos Ministros de Estado, ou autoridades com competência equivalente nos Poderes Legislativo e Judiciário, responsáveis pela administração do imóvel.

Parágrafo único. As atividades previstas neste artigo destinar-se-ão ao atendimento das necessidades do órgão cedente e de seus servidores.

Art. 13. A cessão de que trata o artigo anterior será formalizada pelo chefe da repartição, estabelecimento ou serviço público federal a que tenha sido entregue o imóvel, desde que aprovada sua realização pelo Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, respectivos Ministros de Estado ou autoridades com competência equivalente nos Poderes Legislativo e Judiciário, conforme for o caso, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei e as seguintes condições:

I - disponibilidade de espaço físico, de forma que não venha a prejudicar a atividade-fim da repartição;

II - inexistência de qualquer ônus para a União, sobretudo no que diz respeito aos empregados da cessionária;

III - compatibilidade de horário de funcionamento da cessionária com o horário de funcionamento do órgão cedente;

IV - obediência às normas relacionadas com o funcionamento da atividade e às normas de utilização do imóvel;

V - aprovação prévia do órgão cedente para realização de qualquer obra de adequação do espaço físico a ser utilizado pela cessionária;

VI - precariedade da cessão, que poderá ser revogada a qualquer tempo, havendo interesse do serviço público, independentemente de indenização;

VII - participação proporcional da cessionária no rateio das despesas com manutenção, conservação e vigilância do prédio;

VIII - quando destinada a empreendimento de fins lucrativos, a cessão deverá ser sempre onerosa e sempre que houver condições de competitividade deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei; e

IX - outras que venham a ser estabelecidas no termo de cessão, que será divulgado pela Secretaria do Patrimônio da União.

31. Na Coletânea de Entendimentos da Controladoria-Geral da União (CGU) sobre Gestão de Recursos das Instituições Federais de Ensino Superior e dos Institutos que compõem a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica consta a seguinte pergunta: *23. As IFEs podem ceder o uso de bens imóveis? Em que situações?* Eis a resposta:

Sim. A titularidade do uso dos bens públicos está adstrita à Administração Pública. Entretanto, o uso decorre de ato discricionário da administração, podendo ser direto (própria administração) ou indireto (por particular), mediante autorização, permissão ou cessão de uso.

Os bens das Instituições Federais de Ensino/IFEs são caracterizados como bens de uso especial, de uso oneroso ou gratuito, destinados às atividades específicas da Instituição, observando-se o interesse público.

A cessão, à pessoa jurídica ou física, de bens imóveis da IFE deverá atender ao interesse público e social, quanto à atividade a ser desenvolvida no local, sendo o valor cobrado, excetuando-se os casos expressamente autorizados em lei, definido mediante pesquisa de preços.

A cessão para a prestação dos serviços definidos no art. 12, Decreto n.º 3.725/01 (posto bancário, posto dos correios e telégrafos, restaurante e lanchonete, central de atendimento à saúde, creche), está condicionada à utilização exclusiva para atendimento das necessidades da Instituição e seus servidores, e deverá observar as seguintes condições:

I - disponibilidade de espaço físico, de forma que não venha a prejudicar a atividade-fim da Instituição;

II - inexistência de qualquer ônus para a União, sobretudo no que diz respeito aos empregados da cessionária;

III - compatibilidade de horário de funcionamento da cessionária com o horário de funcionamento do órgão cedente;

IV - obediência às normas relacionadas com o funcionamento da atividade e às normas de utilização do imóvel;

V - aprovação prévia do órgão cedente para realização de qualquer obra de adequação do espaço físico a ser utilizado pela cessionária;

VI - precariedade da cessão, que poderá ser revogada a qualquer tempo, havendo interesse do serviço público, independentemente de indenização;

VII - participação proporcional da cessionária no rateio das despesas com manutenção, conservação e vigilância do prédio;

VIII - quando destinada a empreendimento com fins lucrativos, a cessão deverá ser sempre onerosa e sempre que houver condições de competitividade deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei; e

IX - outras que venham a ser estabelecidas no termo de cessão, que será divulgado pela Secretaria do Patrimônio da União.

32. Importa sinalar, por oportuno, que o Egrégio Tribunal de Contas da União tem feito a distinção entre *concessão de direito real de uso*, que só admite a modalidade concorrência e cujo contrato deverá ser inscrito no Cartório de Registro de Imóveis (CRI), e *cessão administrativa de uso*, que admite qualquer uma das modalidades previstas na Lei nº 8.666/93 e cujo contrato não exige averbação no CRI, especialmente porque sua regência se dá exclusivamente pelo direito administrativo (**Acórdão nº 1.502/2005 – Segunda Câmara**).

QUESTÕES FORMAIS

Autorização da autoridade competente para realização da licitação.

33. Deve-se atentar, no âmbito do procedimento licitatório, acerca da indispensabilidade de autorização da autoridade competente para realização da licitação, conforme previsto no inciso II do artigo 9º do Decreto nº 5.450/05 e artigo 14 da Instrução Normativa nº 2/08 da SLTI/MPOG. Constato que tal exigência **NÃO** foi atendida. Ressalta-se que consta nos autos o Despacho n. 15.756/2019- Reitoria (Aprovação do Termo de Referência e do Estudo de Risco pelo Magnífico Reitor), porém o Termo de Referência sofreu diversas alterações posteriores, o que gera a necessidade de nova aprovação.

Justificativa do Ato Administrativo.

34. Da fase preparatória do Pregão deverá constar a justificativa da contratação, conforme previsões do artigo 3º da Lei nº 10.520/02 e artigo 21, inciso I, alínea a) da Instrução Normativa nº 05/2017-SEGES/MPOG.

Lei 10.520/02. "Art. 3º *A fase preparatória do pregão observará o seguinte:*

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;" (grifo nosso)

IN/MPOG/05/17. "Art. 21. Os procedimentos iniciais do Planejamento da Contratação consistem nas seguintes atividades: I - elaboração do documento para formalização da demanda pelo setor requisitante do serviço, conforme modelo do Anexo II, que contemple:

a) a justificativa da necessidade da contratação explicitando a opção pela terceirização dos serviços e considerando o Planejamento Estratégico, se for o caso;(..."

35. Sempre importante trazer à reflexão na análise de contratações, ou de qualquer outro ato Administrativo, que a motivação é elemento essencial para que a legalidade se apresente. É requisito *sine qua non* para a conformação das ações do Administrador.

36. Entende-se que o MEMORANDO ELETRÔNICO Nº 18/2019 - PROAD (11.02.23) atendeu a referida exigência, visto que aponta a necessidade do processo licitatório.

37. Complementarmente, do Termo de Referência destaco os itens 1 (Objeto) e 2 (Justificativa).

38. Vejo, então, que na instrução do presente processo comprovou-se a vontade da Administração, demonstradas as razões e interesse institucional para a contratação pretendida.

Da Análise de Riscos

39. Constatado, ainda, o atendimento à previsão dos artigos 20 e 25 a 27, seção III - "Do Gerenciamento de Riscos" da IN 05/2017-SEGES/MPDG, referente à exigência de uma Análise de Riscos da licitação. Tal documento foi regularmente elaborado pela equipe técnica designada.

Designação dos pregoeiros.

40. O art. 3º, IV, da Lei nº 10.520/02 dispõe o seguinte:

Lei nº 10.520/02. Art. 3º *"A fase preparatória do pregão observará o seguinte:*

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor."

41. Verifica-se, no entanto, que a exigência do mencionado dispositivo legal, supra citado, não foi atendida, o que deve ser providenciado.

Pesquisa de preços.

42. No que se refere à realização de pesquisa de preços, constata-se que o procedimento realizado **NÃO** está adequado com a Instrução Normativa nº 3, de 20 de Abril de 2017, conforme ensinamento do Guia de Orientação desta Instrução Normativa.

Instrução Normativa nº 3:

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:

I - Pannel de Preços, disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br>;

II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou

IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

§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 demonstrada no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência.

§2º Serão utilizadas, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados.

§3º Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados pela autoridade competente.

§4º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados.

§5º Para desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

§6º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores.

43. Neste processo, a pesquisa de preços foi realizada por meio de pesquisa com fornecedores, conforme o art. 2º, IV. Os fornecedores consultados foram três - o mínimo recomendado pela referida Instrução Normativa. Por esta razão, quanto à Pesquisa de Preços, considero que o processo está apto para prosseguimento.

Dotação Orçamentária e Lei de Responsabilidade Fiscal

44. O Despacho n. 21647/2019-DGO- Informa que há disponibilidade orçamentária para atender aos meses de novembro e dezembro, bem como que será consignado no PLOA 2020 o valor anual da contratação.

Minuta do Edital

45. O Edital é o principal instrumento pré-licitatório, sendo ele que publiciza a pretensão da Administração e a vincula. O edital também tem a função de cientificar interessados em participar do certame licitatório a respeito das necessidades da Administração Pública.

46. Após a leitura do edital, entende-se que se encontra de acordo com a legislação.

Termo de Referência

47. O Termo de Referência é documento obrigatório do processo, conforme legislação pertinente (Decreto 5450/05, art. 9º, incisos I e II, e Regulamento do Decreto 3555/00, art. 8º, inciso II).

Decreto nº 5.450/05. "Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;

II - aprovação do termo de referência pela autoridade competente;"

Decreto 3555/00. "Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

48. Após a leitura do termo de referência, entende-se que se encontra de acordo com a legislação. No entanto, detectou-se apenas uma inconstitência formal que deve ser ajustada: nos itens 4.1 e 4.3 a referência ao item 5.1 está equivocada, deve ser ajustada a referência ao item 4.1

Minuta de Contrato

49. A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, define em seu art. 62º, §1º, que a “A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou o ato convocatório da licitação.” A Minuta do Contrato é, portanto, parte fundamental do Edital de Pregão Eletrônico e deve conter necessariamente, em conformidade ao art. 55º da Lei nº 8.666/93, dentre outros, os seguintes elementos:

- a) descrição do objeto do certame, de forma precisa, suficiente e clara.
- b) o preço e as condições de pagamento;
- c) origem do recurso orçamentário;
- d) deveres do contratado e do contratante;
- e) procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato;
- f) sanções por inadimplemento;
- g) os casos de rescisão;
- h) do foro do contrato;
- i) prazo de execução do serviço ou de entrega do objeto;
- j) da publicação do contrato;
- k) o regime de execução ou a forma de fornecimento do serviço;
- l) prazo de garantia, eis que significante o valor da contratação;

50. Quanto à "descrição do objeto do certame, de forma precisa, suficiente e clara", verifica-se que existe uma inconsistência com o Termo de Referência e os demais dados do processo, já prevê o oferecimento de segunda a sexta-feira, não prevê o oferecimento aos sábados, o que deve ser impreterivelmente ajustado.

51. No mais, o contrato encontram-se de acordo com a legislação.

CONCLUSÃO

52. Postas essas considerações, sob o aspecto jurídico-formal, APROVO a minuta do editale seus anexos, desde que atendidas as recomendações feitas nos itens 33, 41, 48 e 50 do presente opinativo.

53. Não há, ademais, determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas pela Procuradoria Federal. Eis o teor do BPC nº 05: "*Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas*". Este parecer é exarado com lastro nos artigos 37 e 38 da Lei nº 13.327/2016, na Lei Complementar nº 73/1993 e nos artigos 131 e 133 da Constituição da República.

Macapá, 09 de setembro de 2019.

LARISSA MOUTINHO DE MOURA MOREIRA
Procuradora-Chefe

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23125001877201925 e da chave de acesso b48df2c5

Documento assinado eletronicamente por LARISSA MOUTINHO DE MOURA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 313123515 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LARISSA MOUTINHO DE MOURA. Data e Hora: 10-09-2019 14:17. Número de Série: 17314458. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
