



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
DEPARTAMENTO DE CONSULTIVO

PARECER n. 00384/2023/DEPCONSU/PFUFUG/PGF/AGU

NUP: 23854.002847/2023-88

INTERESSADOS: UFJ - UNIVERSIDADE FEDERAL DE JATAÍ.

ASSUNTOS: EDITAL. PREGÃO.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇO CONTINUADO COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA GESTÃO DE MÃO DE OBRA DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS DE LIMPEZA, CONSERVAÇÃO E ASSEIO, COM FORNECIMENTO DE INSUMOS, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: LEI Nº 14.133/2021 E SEUS REGULAMENTOS. INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 65/2021, INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 67/2021, DECRETO Nº 10.947/2022, INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES Nº 58/2022, PORTARIA ME Nº 7.828/2022, DECRETO Nº 11.246/2022. INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 81/2022. INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES Nº 5/2017. ANÁLISE JURÍDICA DO PROCEDIMENTO E DAS MINUTAS. RESSALVAS E/OU RECOMENDAÇÕES.

Magnífico Reitor,

1. I - RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo encaminhado a este Órgão Consultivo, para análise da regularidade jurídica da minuta do Edital do Pregão Eletrônico, que tem por objeto a contratação de empresa especializada para gestão de mão de obra de serviços terceirizados de prestação de serviços continuados de limpeza, conservação e asseio, com fornecimento diurno e noturno de mão de obra, insumos, máquinas e equipamentos necessários ao atendimento das necessidades da Universidade Federal de Jataí (UFJ), nos Câmpus Riachuelo, Jatobá e unidades dispersas, todos localizados no município de Jataí-GO a serem executados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, em modelo de contrato por desempenho/resultado, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.

2. Os presentes autos encontram-se instruídos com os seguintes documentos:

DC

3. É a síntese dos autos.

2. DA ANÁLISE JURÍDICA

2.1 FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO.

4. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle prévio de legalidade, conforme estabelece o artigo 53, §1º, incisos I e II, da Lei nº 14.133, de 2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC):

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

5. Como se pode observar do dispositivo legal supra, o controle prévio de legalidade se dá em função do exercício da competência da análise jurídica da futura contratação, não abrangendo, portanto, os demais aspectos envolvidos, como os de natureza técnica, mercadológica ou de conveniência e oportunidade.

6. Em relação a esses, eventuais apontamentos decorrem da imbricação com questões jurídicas, na forma do Enunciado nº 7, do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União:

Enunciado BPC nº 7

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.

7. 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.

8. O mesmo se pressupõe em relação ao exercício da competência discricionária pelo órgão assessorado, cujas decisões devem ser motivadas nos autos.

9. De outro lado, cabe esclarecer que não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos, nem de atos já praticados. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

10. Finalmente, deve-se 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.

11. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção.

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

2.2 LIMITES E INSTÂNCIAS DE GOVERNANÇA.

13. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 10.193, de 27 de dezembro de 2019, "*estabelece limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens no âmbito do Poder Executivo federal*", com imposição de regras relativas à competência para a celebração de novos contratos de aquisição, nos termos de seu artigo 3º.

14. A Portaria ME nº 7.828, de 30 de agosto de 2022, estabelece normas complementares para o cumprimento do Decreto nº 10.193, de 2019, incumbindo ao órgão contratante ficar atento à eventual diploma que venha a estabelecer determinações complementares ao Decreto nº 10.193, de 2019, devendo-se observar os preceitos dos atos normativos regulamentares ainda vigentes.

15. No presente caso, **não encontrei a autorização a que se refere o artigo 3º do Decreto nº 10.193, de 27 de dezembro de 2019, o que deverá ser providenciado.**

16. Da mesma forma, **o órgão assessorado não declarou nos autos se a contratação constitui atividade de custeio, o que deverá ser providenciado.**

17. Em caso positivo, **recomendamos que instrua os autos com a referida autorização, o que poderá ser feito até antes da assinatura do contrato.**

2.3 AVALIAÇÃO DE CONFORMIDADE LEGAL.

18. No presente caso, os autos foram instruídos com lista de verificação, documento que segue o modelo elaborado pela Advocacia-Geral da União.

2.4 DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL: CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE.

19. As contratações governamentais devem estabelecer critérios que promovam o desenvolvimento nacional sustentável.

20. Assim, as ações da Administração devem ser especialmente voltadas para a redução do consumo e para a aquisição preferencial de produtos inseridos no conceito de economia circular ou que representem menor impacto ambiental, a exemplo dos produtos reciclados e/ou recicláveis (artigos 5º e 11 da Lei n. 14.133, de 2021, c/c art. 7º, inciso XI, da Lei nº 12.305, de 2010).

21. No planejamento da contratação devem ser observados determinados pressupostos, entre eles a especificação do objeto de acordo com critérios de sustentabilidade, a existência de obrigações a serem cumpridas durante o fornecimento e o recolhimento dos produtos, bem como a incidência de normas especiais de comercialização ou de licenciamento de atividades (ex.: registro no Cadastro Técnico Federal - CTF), que são requisitos previstos na legislação de regência ou em leis especiais (ex.: artigos 66 e 67, IV, da Lei n. 14.133, de 2021).

22. São aspectos indispensáveis do planejamento da contratação a abordagem econômica, social, ambiental e cultural das ações de sustentabilidade.

23. O órgão assessorado deve: a) avaliar se há incidência de critérios de sustentabilidade no caso concreto; b) indicar as dimensões dessa incidência; e c) definir condições para sua aplicação.

24. É de fundamental importância consultar o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis/AGU, no qual podem ser extraídos subsídios orientadores das ações de sustentabilidade.

25. Na escolha de produtos, nos termos do inciso XI do art. 7º da Lei n. 12.305, de 2010, deve-se priorizar: produtos que podem gerar menos perdas; ser recicláveis; ser mais duráveis; que possuam menos substâncias

tóxicas ou prejudiciais à saúde; e que consomem menos recursos naturais na sua produção.

26. Na especificação técnica do objeto a ser adquirido, recomendamos, como subsídio, a utilização do Catálogo de Materiais Sustentáveis do Ministério da Economia.

27. O CATMAT Sustentável permite identificar itens de materiais sustentáveis que poderão ser adquiridos em substituição a itens similares.

28. Acresça-se que é obrigação do gestor público, antes do encaminhamento do processo administrativo para parecer jurídico, a consulta e a inserção nas minutas correspondentes das previsões legais constantes no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis, o qual já foi citado como exemplo de boa prática administrativa pelo Tribunal de Contas da União, conforme acórdão 1056/2017-Plenário.

29. Registre-se que há possibilidade, mediante motivação administrativa constante do processo administrativo, de serem inseridos outros requisitos de sustentabilidade além dos legalmente, desde que observados os demais princípios licitatórios.

30. Em síntese, no tocante à promoção do desenvolvimento nacional sustentável deverão ser tomados os seguintes cuidados gerais pelos gestores públicos em aquisições:

- a) definir os critérios sustentáveis objetivamente, e em adequação ao objeto da contratação pretendida, como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial*
- b) verificar se os critérios sustentáveis especificados preservam o caráter competitivo do certame; e,*
- c) verificar o alinhamento da contratação com o Plano de Gestão de Logística Sustentável.*

31. Cabe ao órgão assessorado a verificação técnica dos critérios de sustentabilidade aplicáveis aos bens a serem adquiridos e serviços a serem contratados.

32. Se a Administração entender que a contratação não se sujeita aos critérios de sustentabilidade ou que as especificações de sustentabilidade restringem indevidamente a competição em dado mercado, deverá apresentar a devida justificativa.

33. Nesse sentido, o PARECER 01/2021/CNS/CGU/AGU, aprovado pela Consultoria-Geral da União (DESPACHO n. 00525/2021/GAB/CGU/AGU):

- I. Os órgãos e entidades que compõem a administração pública são obrigados a adotar critérios e práticas de sustentabilidade socioambiental e de acessibilidade nas contratações públicas, nas fases de planejamento, seleção de fornecedor, execução contratual, fiscalização e na gestão dos resíduos sólidos;*
- II. A impossibilidade de adoção de tais critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações públicas deverá ser justificada pelo gestor competente nos autos do processo administrativo, com a indicação das pertinentes razões de fato e/ou direito;*
- III. Recomenda-se aos agentes da administração pública federal encarregados de realizar contratações públicas, que, no exercício de suas atribuições funcionais, consultem o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis da Advocacia-Geral da União.*

34. Estabelecidas estas orientações introdutórias, imprescindíveis para compreensão da amplitude do tema, segue-se detalhamento no tocante às providências em relação ao desenvolvimento sustentável no Estudo Técnico Preliminar; na descrição da necessidade da contratação; no levantamento de mercado e a consideração da vantajosidade, na definição do objeto, Plano Diretor de Logística Sustentável e em relação ao Termo de Referência.

35. No caso em apreço, a administração tratou do tema no Estudo Técnico Preliminar (SEI - 0167023).

2.5 PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

36. A Lei nº 14.133, de 2021, estabeleceu que fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do artigo 12 da referida lei e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, conforme previsto no caput do artigo 18.

37. O artigo 18 da Lei nº 14.133, de 2021, elenca providências e documentos que devem instruir a fase de planejamento, conforme abaixo transcrito:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

V - a elaboração do edital de licitação;

VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;

VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei.

(grifou-se)

38. Referido dispositivo é complementado por seu parágrafo primeiro, que dispõe sobre os elementos do Estudo Técnico Preliminar.

39. De uma forma bem abrangente, o planejamento da contratação pressupõe que a própria necessidade administrativa seja investigada, a fim de se compreender o que fundamenta a requisição administrativa.

40. Nesse sentido, ressalte-se que a identificação da necessidade administrativa deve considerar também o desenvolvimento nacional sustentável, que é princípio e objetivo das licitações (artigo 5º e artigo 11, inciso IV, da Lei

nº 14.133, de 2021), conforme detalhamentos abaixo.

41. Uma vez identificada a necessidade que antecede o pedido realizado, pode-se então buscar soluções disponíveis no mercado para atender referida necessidade, que inclusive podem se diferenciar do pedido inicial.
42. Encontrada a melhor solução, caso disponível mais de uma, aí sim inicia-se a etapa de estudá-la, para o fim de definir o objeto licitatório e todos os seus contornos.
43. Em linhas gerais, a instrução do processo licitatório deve revelar esse encadeamento lógico.
44. Alguns dos elementos serão abaixo examinados.

2.5.1. Estudo técnico preliminar

45. O Estudo Técnico Preliminar – ETP da contratação deve conter, de forma fundamentada, a descrição da necessidade da contratação, com especial atenção à demonstração do interesse público envolvido.
46. Também é preciso que sejam abordadas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação.
47. O artigo 18, § 1º, da Lei nº 14.133, de 2021, apresenta os elementos que devem ser considerados na elaboração do ETP:

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

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

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da

necessidade a que se destina.

48. É certo que o ETP deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII, acima, conforme expressamente exigido pelo §2º da referida norma.

49. Quando não contemplar os demais elementos previstos no artigo 18, §1º, da Lei nº 14.133, de 2021, **deverá a Administração apresentar as devidas justificativas.**

50. No tocante ao inciso XII, o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis/AGU apresenta diversas orientações jurídicas, a serem consultadas e observadas sempre que incidentes ao caso concreto.

51. Desde logo, **recomenda-se à Administração observar os conteúdos do Anexo II da IN SEGES/MPDG nº 05/2017, especialmente a justificativa da necessidade da contratação, a indicação dos membros da equipe de planejamento, a data prevista para o início da execução contratual e a respectiva aprovação pela autoridade competente.**

52. **No caso concreto, observa-se que a Administração elaborou o ETP, de modo a contemplar parcialmente as exigências legais e normativas, o que passamos a opinar.**

a) Descrição da necessidade da contratação:

53. A identificação da necessidade da contratação é o primeiro aspecto a ser abordado em um estudo técnico preliminar, justamente para permitir a reflexão sobre os motivos pelos quais determinada contratação foi solicitada, investigando assim qual a necessidade final a ser atendida, que pode inclusive ser distinta a depender da finalidade do órgão ou entidade, ainda que o objeto indicado pelo setor requisitante seja o mesmo.

54. Essa investigação inicial é expressamente demandada no artigo 18, inciso I e §1º, inciso I, da NLLC, já reproduzidos no presente parecer.

55. Trata-se de etapa fundamental do processo, por meio da qual o problema colocado para a Administração pode vir a ser compreendido sob outra perspectiva e assim contribuir para que outras soluções se mostrem propícias a atender a demanda, quando se passar à fase de levantamento de mercado, tratada mais à frente.

56. A clareza da necessidade administrativa é a base para possíveis inovações.

57. Também por meio dela é possível fazer uma reflexão para extrair quais os requisitos essenciais sem os quais a necessidade não seria atendida.

58. Trata-se de requisitos da própria necessidade, portanto, e não de eventuais soluções a serem adotadas, até porque, nessa primeira etapa, ainda não se sabe quais as soluções disponíveis.

59. Nesse sentido, o artigo 18, §1º da Lei nº 14.133, de 2021, que estabelece os elementos do ETP, prevê os requisitos da contratação no seu inciso III, enquanto o levantamento de mercado (quando se buscam as soluções disponíveis) somente no inciso V.

60. Além disso, a descrição da necessidade de contratação deve conter manifestação acerca da essencialidade e interesse público da contratação, para os fins do previsto no artigo 3º do Decreto nº 8.540/2015, a ser interpretado em consonância com a Lei nº 14.133, de 2021, devendo portanto ser avaliado o interesse público também na perspectiva de se haverá impacto ambiental negativo decorrente da contratação e se há opções que atendam ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável, considerando o ciclo de vida do objeto (artigo 11, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021).

61. Feito esse registro, é certo que não cabe ao órgão jurídico adentrar ao mérito (oportunidade e

conveniência) das razões do Administrador, principalmente nesse contexto em que prevalece a tecnicidade do assunto.

62. O papel do órgão jurídico é recomendar que essa reflexão sobre a necessidade administrativa seja efetivamente realizada, orientando o órgão assistido a registrá-la nos autos, caso não o tenha sido, ou então a aperfeiçoá-la, na hipótese de ela se revelar insuficiente ou desarrazoada.

63. Registre-se que o gestor deverá estar atento às diretrizes gerais do subitem 1.1 do Anexo V da a IN SEGES/MPDG nº 05/2017, quais sejam:

- a) prever especificações que representem a real demanda de desempenho do órgão ou entidade, não sendo admissíveis especificações que deixem de agregar valor ao resultado da contratação ou sejam superiores às necessidades do órgão ou entidade;
- b) não fixar especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitam, injustificadamente, a competitividade ou direcionam ou favoreçam a contratação de prestador específico;
- c) não adotar especificações que estejam defasadas tecnológica e/ou metodologicamente ou com preços superiores aos de serviços com melhor desempenho.

64. Recomenda-se que a Administração se certifique de que as especificações técnicas previstas no Termo de Referência atendem às premissas acima citadas.

65. Sem prejuízo dessa constatação, **observa-se que, no caso concreto, o órgão descreveu a necessidade administrativa, em conformidade com o artigo 3º do Decreto nº 8.540/2015.**

b) Levantamento de mercado:

66. Uma vez identificada a necessidade administrativa, o próximo passo é buscar soluções que tenham o potencial de atendê-la.

67. Não se trata, portanto, de realizar estimativa de preços, e sim estudar as práticas do mercado e de outros órgãos e entidades públicas, a fim de verificar se existe alguma outra solução para atender a necessidade administrativa ou então novas metodologias de execução/contratação que gerem ganhos de produtividade ou economia para a Administração.

68. O artigo 9º, inciso III, alíneas “a” à “d”, da Instrução Normativa SEGES/ME nº 58, de 8 de agosto de 2022 indica algumas opções para realizar essa busca e o artigo 12 do mesmo normativo estabelece que *“os órgãos e entidades deverão pesquisar, no Sistema ETP Digital, os ETP de outras unidades, como forma de identificar soluções semelhantes que possam se adequar à demanda da Administração.”*

69. Já o artigo 44 da Lei nº 14.133, de 2021, determina que a Administração promova a avaliação dos custos e benefícios das opções de compra e locação de bens, quando ambas as soluções foram viáveis, de modo a indicar a alternativa que se revelou mais vantajosa no caso concreto.

70. Nesse ponto, ressalte-se que a vantajosidade deve considerar o ciclo de vida do objeto, nos termos dos artigos 11, inciso I e 18, inciso VIII, da mesma lei.

71. Assim, essa prospecção e avaliação deverá ser realizada, ainda que leve à conclusão de que as metodologias já tradicionalmente empregadas em contratações anteriores são as mais aptas à satisfação da necessidade administrativa.

72. Seja qual for a solução adotada, sua escolha deve ser expressamente motivada nos autos.

73. Em vista do exposto, registra-se que no caso concreto, **o órgão realizou a busca por soluções de**

mercado.

c) Definição do objeto:

74. Uma vez investigada a necessidade administrativa que origina o pedido de contratação e depois de encontrada a solução mais adequada para atendê-la, a Administração passará então a se diferenciar dos particulares em geral porque deverá então descrever referida solução, convertendo-a no objeto licitatório.

75. A finalidade principal desta etapa é propiciar que a própria Administração incremente seus conhecimentos sobre o objeto, distinguindo suas características principais, para então, por meio da descrição, possibilitar que todos os fornecedores da solução escolhida venham a saber do interesse administrativo em uma futura contratação.

76. Bem por isso, o aumento do nível de detalhamento da especificação do objeto influi inversamente no universo de fornecedores aptos a atender à demanda, reduzindo-o.

77. Consequentemente, a caracterização excessivamente pormenorizada poderá conduzir a um único ou nenhum fornecedor, enquanto a especificação por demais genérica ou singela poderá ampliar as opções no mercado, porém para objeto cujas características não atendam plenamente às necessidades efetivas da Administração, frustrando a finalidade da contratação.

78. De acordo com o artigo 18, caput, da Lei nº 14.133, de 2021, a fase de planejamento deve abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação.

79. A definição do objeto, modelo de execução e gestão do contrato devem levar em consideração cada um desses aspectos.

80. Os critérios de sustentabilidade previstos em leis, decretos e outras normas infralegais deverão ser inseridos na especificação do objeto sempre que obrigatórios, encontrando-se orientações jurídicas sobre o tema no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis/AGU.

81. No que tange às considerações técnicas, a especificação do objeto deve considerar as normas técnicas eventualmente existentes, elaboradas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, quanto a requisitos mínimos de qualidade, utilidade, resistência e segurança, nos termos do artigo 1º da Lei nº 4.150, de 1962.

82. Portanto, o gestor deverá tomar as cautelas necessárias para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais ao bem, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração, evitando por outro lado, detalhes considerados supérfluos ou desnecessários, que possam limitar a competição indevidamente.

83. Por fim, deve a Administração indicar se o objeto que será contratado está contemplado no catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, conforme Portaria SEGES/ME nº 938, de 2 de fevereiro de 2022.

84. No caso dos autos, **verifica-se que o Órgão informou, no documento de análise crítica de valores, não terem sido encontrados itens padronizados compatíveis com o objeto a ser contratado, tendo optado por consultar outras contratações ocorridas no Estado.**

d) Demais aspectos ligados à definição do objeto

d.1) Quantitativos estimados

85. Uma vez definido o objeto licitatório, a Administração deve estimar, de forma clara e precisa, o

quantitativo demandado para o atendimento da necessidade administrativa por meio daquela solução escolhida. Evidentemente, a própria escolha da solução pode ter sido influenciada por esse dimensionamento, mas naquele momento os cálculos podem ter sido efetuados de maneira aproximada, apenas para subsidiar a decisão entre as opções disponíveis.

86. Nessa etapa, entretanto, a definição do aspecto quantitativo demanda pormenorização, com a demonstração dos cálculos pelos quais se chegou à estimativa de quantidades.

87. Isso é especialmente importante de ser registrado nos autos por ser um ponto objetivo, de maior verificação e consequentes questionamentos, que se tornam mais difíceis de responder à medida que o tempo transcorre, quando a memória e a documentação correspondente podem estar menos acessíveis.

88. Assim, deve-se evitar ao máximo estimativas genéricas, sem respaldo em elementos técnicos que evidenciem a exata correlação entre a quantidade estimada e a demanda.

89. Nesse sentido, o artigo 40 da Lei nº 14.133, de 2021, dispõe que o planejamento de compras considere a expectativa de consumo anual, devendo tal regra ser observada no caso concreto, admitindo-se o fornecimento contínuo, conforme inciso III do citado dispositivo.

90. Por fim, convém observar que a adoção de orçamento sigiloso não conduz ao sigilo dos quantitativos. Pelo contrário, permanece ampla a divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

91. Deve-se ressaltar que não compete a esta unidade jurídica adentrar em questões técnicas, apenas apontar que o processo necessariamente contenha os esclarecimentos acerca da metodologia utilizada para a previsão idônea dos quantitativos estimados para a licitação e verificar se há suporte documental coerente com aquele que é exigido pela legislação para a fase interna da licitação.

92. No caso concreto, **a legitimidade do quantitativo da futura contratação está suficientemente demonstrada no ETP.**

d.2) Parcelamento do objeto da contratação

93. Via de regra, as aquisições da Administração Pública devem atender ao princípio do parcelamento, que deverá ser adotado quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso, conforme artigo 40, inciso V, alínea 'b', da Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

(...)

V - atendimento aos princípios:

a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;

b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;

c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

(...) (grifou-se)

94. Ocorre que o parcelamento deve ser adotado levando-se em consideração alguns critérios objetivos, descritos no §2º do dispositivo citado:

§ 2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser

considerados:

I - a viabilidade da divisão do objeto em lotes;

II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e

III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

95. Por outro lado, há situações em que a lei expressamente restringe a possibilidade de parcelamento do objeto, conforme situações descritas no mesmo artigo 40, em seu parágrafo terceiro:

§ 3º O parcelamento não será adotado quando:

I - a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;

II - o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;

III - o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

96. Como critério conceitual, o artigo 87 do Código Civil preceitua:

Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.

97. Em vista disso, e de uma forma geral, as licitações em que o objeto é disposto em um item apenas, ou em que os vários objetos são dispostos em vários itens, com disputa e adjudicação independentes entre si, tendem a observar o princípio do parcelamento, desde que cada um dos objetos dos itens seja considerado indivisível, o que deve ser esclarecido pelo órgão.

98. Por outro lado, a disposição de um objeto em tese indivisível em um mesmo item (como nos casos de aquisição com instalação, por exemplo), ou a agregação de itens em um grupo, pode vir a caracterizar a não observância do referido princípio, demandando, necessariamente, justificativa por parte do órgão ou entidade.

99. Ainda nesse tocante, a agregação de itens em grupo para julgamento da proposta pelo menor preço global do grupo pode vir a comprometer a seleção da proposta efetivamente mais vantajosa, caso seja possível a contratação de itens isolados e a não contratação de outros.

100. Nesses casos, seria cabível aplicar em um pregão comum, por analogia, as regras dos §§1º e 2º do artigo 82 da Lei nº 14.133/2021, que disciplina o Sistema de Registro de Preços:

§ 1º O critério de julgamento de menor preço por grupo de itens somente poderá ser adotado quando for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item e for evidenciada a sua vantagem técnica e econômica, e o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos deverá ser indicado no edital.

§ 2º Na hipótese de que trata o § 1º deste artigo, observados os parâmetros estabelecidos nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 23 desta Lei, a contratação posterior de item específico constante de grupo de itens exigirá prévia pesquisa de mercado e demonstração de sua vantagem para o órgão ou entidade.

101. De qualquer forma, a decisão final envolve contornos técnicos e gerenciais específicos, a serem pormenorizados pelo órgão contratante, mediante justificativa baseada nos elementos legalmente definidos.

102. No caso concreto, **observa-se que a Administração optou pelo não parcelamento do objeto, trazendo a fundamentação no item 10 do ETP.**

d.3) Instrumentos de governança - PCA, PLS e outros

103. De acordo como do artigo 12 da Lei nº 14.133, de 2021, a fase preparatória da licitação deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual.

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

104. É preciso compreender que o PCA constitui instrumento de governança descrito na Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021, dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito de toda a Administração Pública federal.

105. Por elucidativo, segue transcrição do artigo 6º da Portaria SEGES/ME nº 8.678/2021, que elenca os instrumentos de governança em contratações públicas:

Art. 6º São instrumentos de governança nas contratações públicas, dentre outros:

I - Plano Diretor de Logística Sustentável - PLS;

II - Plano de Contratações Anual;

III - Política de gestão de estoques;

IV - Política de compras compartilhadas;

V - Gestão por competências;

VI - Política de interação com o mercado;

VII - Gestão de riscos e controle preventivo;

VIII - Diretrizes para a gestão dos contratos; e

IX - Definição de estrutura da área de contratações públicas.

Parágrafo único. Os instrumentos de governança de que trata este artigo devem estar alinhados entre si.

106. É certo que o administrador público deve demonstrar que a contratação pretendida está alinhada aos instrumentos e às diretrizes definidas no normativo acima citado.

107. Sem prejuízo da orientação acima, convém tecer algumas considerações sobre os instrumentos de governança abaixo indicados.

d.4) Plano de Contratações Anual - PCA

108. O Decreto nº 10.197, de 2022, regulamentou o Plano de Contratações Anual – PCA, assim como instituiu o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações, tendo imposto aos órgãos e as entidades a obrigatoriedade de elaboração, até a primeira quinzena de maio de cada exercício, de planos de contratações anual, os quais conterão todas as contratações que pretendem realizar no exercício subsequente.

109. É certo que o PCA deve ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e deverá ser observado na realização de licitações e na execução dos contratos, conforme artigo 12, §1º, da Lei nº 14.133, de 2022.

110. Convém lembrar que, de acordo com o artigo 17 do Decreto nº 10.197, de 2022, incumbe ao setor de contratações a verificação de que a demanda está contemplada no plano de contratações, devendo tal informação constar de forma expressa na fase de planejamento, o que deve ser feito no Estudo Técnico Preliminar, conforme expressamente prevê o artigo 18, §1º, inciso II, do Decreto nº 10.197/2022.

111. No caso concreto, **há referência na lista de verificação do atendimento a este requisito, bem como no STP, no qual a Administração apresentou declaração de que a demanda está contemplada no Plano de Contratações Anual (PCA).**

d.5) Plano Diretor de Logística Sustentável - PLS e definição de critérios de sustentabilidade nas aquisições

112. Como visto, o Plano Diretor de Logística Sustentável - PLS se caracteriza como instrumento de governança, vinculado ao planejamento estratégico do órgão ou entidade, ou instrumento equivalente, e às leis orçamentárias, que estabelece a estratégia das contratações e da logística no âmbito do órgão ou entidade, considerando objetivos e ações referentes a critérios de sustentabilidade, nas dimensões econômica, social, ambiental e cultural.

113. No caso concreto, a Administração registrou que a demanda está devidamente contemplada no PLS do órgão, conforme item 5.3 do ETP.

d.6) Viabilidade jurídica do objeto: condicionantes à terceirização

114. O Decreto nº 9.507/2018, aplicável a toda a Administração Pública Federal, "dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União." (artigo 1º, *caput*).

115. O referido decreto, em seguida, **especifica as atividades que poderão ou não ser objeto de execução indireta**, conforme se depreende do artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

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

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

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

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do **caput** poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

116. A Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5/2017, por sua vez, reza que as funções objeto da contratação devem observar a nomenclatura da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) do Ministério do Trabalho ou outra que vier a substituí-la, sendo vedado:

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

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

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

III - as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços

públicos e de aplicação de sanção; e

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

Parágrafo único. As atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às funções e atividades definidas nos incisos do caput podem ser executadas de forma indireta, sendo vedada a transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

117. Destaque-se, pois, que deve ser feita a distinção entre cargo/função não ocupada (“vaga” não preenchida), com a ausência de previsão “in abstrato” do cargo/ função nos quadros da instituição, sendo possível a contratação apenas na última hipótese. O caso de “vaga” não preenchida, quando muito, poderia ensejar uma contratação emergencial, mas afora essa hipótese, em princípio, não pode ser objeto de terceirização.

118. O TCU tem posicionamento firmado no mesmo sentido, como se pode verificar dos julgados seguintes, extraídos da publicação do Tribunal de Contas da União, Licitações & Contratos - Orientações Básicas, 3ª Edição, Revista, Atualizada e Ampliada:

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

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

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

121. Diante disso, **como condição preliminar à contratação, cabe à Administração certificar-se de que, em face dos dispositivos legais citados e a jurisprudência do TCU sobre o tema, o objeto a ser contratado não incorrerá em irregular terceirização.**

122. Dessa forma, **desde que seja justificada e devidamente demonstrada a adequação da medida para atender a necessidade administrativa, é possível seguir com o certame.**

123. Além das observações acima, cabe destacar que a Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), nos artigos 48, 49 e 50, estabelece as seguintes regras em relação à terceirização, que devem ser observadas pela Administração:

Art. 48. Poderão ser **objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:**

I - indicar pessoas expressamente nominadas para executar direta ou indiretamente o objeto contratado;

II - fixar salário inferior ao definido em lei ou em ato normativo a ser pago pelo contratado;

III - estabelecer vínculo de subordinação com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado;

IV - definir forma de pagamento mediante exclusivo reembolso dos salários pagos;

V - demandar a funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado a execução de tarefas fora do escopo do objeto da contratação;

VI - prever em edital exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado.

Parágrafo único. Durante a vigência do contrato, é vedado ao contratado contratar cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

Art. 49. A Administração poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que essa contratação não implique perda de economia de escala, quando:

I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; e

II - a múltipla execução for conveniente para atender à Administração.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no **caput** deste artigo, a Administração deverá manter o controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada um dos contratados.

Art. 50. **Nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar**, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa, **comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato**, em especial quanto ao:

I - registro de ponto;

II - recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;

III - comprovante de depósito do FGTS;

IV - recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional;

V - recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato;

VI - recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva. (Grifos nosso)

124. **Desse modo, recomenda-se que a Administração observe as determinações acima, incluindo-as nos atos preparatórios (ETP, termo de referência, edital e contrato).**

2.5.2 Análise de riscos

125. No presente caso, foi juntado aos autos o Mapa de Riscos, o que atende ao artigo 18, inciso X, da Lei nº 14.133, de 2021.

126. Percebe-se, ainda, que foi adotado o Anexo IV da IN SEGES/MPDG nº 05/2017, com indicação do risco, da probabilidade, do impacto, do responsável e das ações preventiva e de contingência.

127. A Administração, entretanto, não definiu, como tratamento do risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e de recolhimento de FGTS, se utilizará a conta-depósito vinculada **OU** o pagamento pelo fato gerador (artigo 18, §1º, da IN SEGES/MPDG nº 05/2017).

128. De toda forma, tendo em vista a edição do Caderno de Logística do sistema de pagamento pelo fato gerador, **recomenda-se que a Administração realize e justifique a escolha pela conta-depósito**

vinculada/pagamento pelo fato gerador, a partir de uma ponderação de custo-benefício (artigo 18, §2º, da IN SEGES/MPDG nº 05/2017).

129. Quanto ao mapa de riscos, **percebe-se que foi juntado aos autos e está de acordo com o Anexo IV da IN SEGES/MP nº 05/2017, mas não houve a indicação do tratamento do risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e de recolhimento de FGTS (artigo 18, §1º, da IN SEGES/MPDG nº 05/2017).**

130. Sendo assim, **recomenda-se a adequação do mapa de riscos às determinações da IN SEGES/MPDG nº 05/2017.**

2.5.3 Orçamento Estimado e Pesquisa de Preços

131. No presente caso, foi realizada a estimativa do valor da contratação, com indicação da observância do parâmetro previsto nos incisos I e II do § 1º do artigo 23 da Lei nº 14.133, de 2021, materializada em documento que busca observar as exigências da Instrução Normativa SEGES/ME nº 65, de 7 de julho de 2021.

132. Da mesma forma, **foi realizada a análise crítica dos valores coletados.**

133. Além das regras legais, também devem ser observadas as normas da Instrução Normativa SEGES/ME nº 65, de 7 de julho de 2021, que estabelece o dever de materialização da pesquisa de preços em documento que contemple, no mínimo, as exigências do artigo 3º da referida norma:

Art. 3º A pesquisa de preços será materializada em documento que conterá, no mínimo:

I - descrição do objeto a ser contratado;

II - identificação do(s) agente(s) responsável(is) pela pesquisa ou, se for o caso, da equipe de planejamento;

III - caracterização das fontes consultadas;

IV - série de preços coletados;

V - método estatístico aplicado para a definição do valor estimado;

VI - justificativas para a metodologia utilizada, em especial para a desconsideração de valores inconsistentes, inexequíveis ou excessivamente elevados, se aplicável;

VII - memória de cálculo do valor estimado e documentos que lhe dão suporte; e

VIII - justificativa da escolha dos fornecedores, no caso da pesquisa direta de que dispõe o inciso IV do art. 5º.

134. Referida IN, em seu artigo 5º, define os parâmetros a serem utilizados na estimativa de custos, de forma bastante similar ao disposto na Lei nº 14.133, de 2021.

135. Acrescenta, no entanto, no §1º do artigo 5º que devem ser priorizados os parâmetros dos incisos I e II, painel para consulta de preços do PNCP e contratações similares, respectivamente, devendo ser apresentada justificativa nos autos em caso de impossibilidade de adoção destes.

136. Assim, o primeiro ponto a ser destacado é a necessidade jurídica dessa priorização, a ser justificada nos autos quando não observada.

137. Um segundo ponto refere-se ao limite temporal estabelecido para os parâmetros utilizados na pesquisa de preços, voltados a evitar que os valores pesquisados já estejam desatualizados, conforme descrito nos incisos do artigo 5º da Instrução Normativa SEGES/ME nº 65, de 2021, cabendo repetir a pesquisa de preços sempre que ultrapassado o ali prazo previsto.

138. No caso de licitação para contratação de serviços a serem executados com dedicação exclusiva de mão de obra, **como na espécie**, a composição e o detalhamento dos custos do orçamento estimativo devem tomar como

base o modelo de planilha de custos e formação de preços que consta do Anexo VII-D da IN SEGES/MPDG nº 05/2017, adaptado às características do serviço a ser licitado.

139. Para o correto preenchimento da planilha, deverá ser verificado, primeiramente, se as categoriais envolvidas na contratação são regidas por algum instrumento coletivo que fixe seus direitos e obrigações - convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

140. Isso significa que, se os custos de mão de obra são vinculados a algum instrumento coletivo, em princípio, pesquisas de preços junto a fornecedores para estimação de salários e benefícios não seriam apropriadas, pois os valores a serem pagos decorrem de pisos salariais estipulados por aqueles atos/negócios jurídicos.

141. O que importa, nesse sentido, para fins de cálculo do orçamento, é que a estimativa dos custos da contratação seja realizada a partir do instrumento coletivo adequado.

142. Outro não é o entendimento do TCU, *in verbis*:

Boletim de Jurisprudência 197/2017

Acórdão TCU 2443/2017 Plenário (Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz)

Enunciado

O fato de o orçamento estimativo da licitação não considerar os salários definidos em convenção coletiva mais recente, a despeito da possibilidade de repactuação em seguida à assinatura do contrato, viola o art. 9º, § 2º, do Decreto 5.450/2005, uma vez que o orçamento estimativo deve refletir os preços de mercado no momento da publicação do edital.

Informativo de Licitações e Contratos 250/2015

Enunciado

Nos estudos técnicos preliminares de contratação de mão de obra terceirizada, a ausência de indicação, de forma clara e precisa, do sindicato, acordo coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa que rege a categoria profissional que executará o serviço, com base na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, afronta o art. 6º, inciso IX, alínea 'a', da Lei 8.666/93.

Representação de licitante a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na condução de pregão eletrônico pela Prefeitura Universitária da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), para contratação de serviços de manutenção e conservação da estrutura física dos campi I, II, III e IV, com fornecimento de mão de obra, utensílios e equipamentos necessários. [...] *o Termo de Referência do pregão em apreço não fez conexão entre a categoria profissional a ser terceirizada e a CBO, assim como não trouxe de forma clara e precisa a memória de cálculo do custo de cada categoria profissional, o que impossibilitaria a avaliação dos custos da contratação, na forma do art. 6º, IX, da Lei 8.666/1993.* Essas falhas contribuem para problemas como o verificado no caso em exame, de apresentação de propostas com valores mais vantajosos que os oferecidos pela empresa declarada vencedora. [...] **Acórdão TCU 3982/2015-1ª Câmara, TC 027.026/2014-0, relator Ministro Bruno Dantas, 7.7.2015.**

143. As informações sobre os custos de mão de obra, portanto, deverão ser obtidas por meio de consulta ao(s) instrumento(s) coletivo(s) que rege(m) a(s) categoria(s) dentro da base territorial onde os serviços serão desempenhados.

144. Por conseguinte, apenas deverão ser realizadas pesquisas de preços em fontes diversas, com o objetivo de serem obtidos os preços de referência para a mão de obra, se inexistirem instrumentos coletivos aptos a regerem as categorias na respectiva base territorial.

145. Nesse sentido, extrai-se da IN SEGES/MPDG nº 05/2017:

[...]

XXII - SALÁRIO: valor a ser efetivamente pago ao profissional envolvido diretamente na execução contratual, não podendo ser inferior ao estabelecido em Acordo ou Convenção Coletiva, Sentença Normativa ou lei. Quando da inexistência destes, o valor poderá ser aquele praticado no mercado ou apurado em publicações ou pesquisas setoriais para a categoria profissional correspondente.

.....
Anexo V

[...]

2.9. Estimativa de preços e preços referenciais:

[...]

b) No caso de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o custo estimado da contratação deve contemplar o valor máximo global e mensal estabelecido em decorrência da identificação dos elementos que compõem o preço dos serviços, definidos da seguinte forma:

b.1. por meio do preenchimento da planilha de custos e formação de preços, observados os custos dos itens referentes ao serviço, podendo ser motivadamente dispensada naquelas contratações em que a natureza do seu objeto torne inviável ou desnecessário o detalhamento dos custos para aferição da exequibilidade dos preços praticados;

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

b.3. previsão de regras claras quanto à composição dos custos que impactem no valor global das propostas das licitantes, principalmente no que se refere a regras de depreciação de equipamentos a serem utilizados no serviço.

146. Nesse particular, a Administração deve buscar se certificar de que o instrumento coletivo utilizado para compor o preço de referência da licitação realmente rege a categoria profissional envolvida na futura contratação dentro da base territorial onde os serviços serão desempenhados, confirmando, ainda, o período de vigência da mesma norma coletiva, em face do artigo 614, § 3º, da CLT.

147. Além disso, **é necessária a juntada de cópia da convenção ou acordo coletivo utilizado como base para compor o orçamento estimativo da licitação**, devendo ser observado pela Equipe de Planejamento da Contratação o disposto no artigo 6º da IN SEGES/MPDG nº 05/2017, que veda a vinculação a qualquer disposição de instrumento coletivo que:

a) trate do pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada;

b) cuide de matéria não trabalhista ou que estabeleçam direitos não previstos em lei (ex.: valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade);

c) trate de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.

148. Dito isso, **verifico que a Administração informou ter encontrado convenção coletiva específica da categoria, a qual foi utilizada no planilhamento dos custos acostado ao feito.**

149. Por fim, impende ressaltar a previsão do artigo 6º, § 4º, da IN SEGES/ME nº 65, de 2021, que deve ser observada pelo consulente no sentido de que *"Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados"*.

150.
2022:

O Termo de Referência deve contemplar as exigências do artigo 6º, inciso XXIII, da Lei nº 14.133, de

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

(...)

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;

b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;

c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

d) requisitos da contratação;

e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;

f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;

g) critérios de medição e de pagamento;

h) forma e critérios de seleção do fornecedor;

i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;

j) adequação orçamentária;

151. A Instrução Normativa SEGES/ME nº 81, de 25 de novembro de 2022, dispõe sobre a elaboração do Termo de Referência – TR, para a aquisição de bens e a contratação de serviços, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema TR digital.

152. A Administração deve cuidar para que suas exigências sejam atendidas no caso concreto, bem como observar as disposições contidas na IN SEGES/MPDG n.º 05/2017.

153. Vale registrar que o Termo de Referência e demais atos preparatórios (ETP e Edital) demandam alguns aprimoramentos, principalmente quanto previsão do trabalho remoto.

154. Quanto a esse ponto, cabe esclarecer que a Equipe de Trabalho Remoto de Licitações e Contratos, Núcleo de Licitações e Contratos da PGF/AGU, no PARECER n. 00738/2020/NLC/ETRLIC/PGF/AGU (NUP: 48610.008920/2017-71), já teve oportunidade de se manifestar sobre a possibilidade em tese de inserção de terceirizados em trabalho remoto, conforme ementa a seguir:

EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS CONTINUADOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE APOIO ADMINISTRATIVO E SERVIÇOS AUXILIARES (SECRETÁRIO, RECEPCIONISTA E MENSAGEIRO). TERMO ADITIVO.

(...)

V. POSSIBILIDADE EM TESE DE INSERÇÃO DE TERCEIRIZADOS EM TRABALHO REMOTO/TELETRABALHO, DESDE QUE:

A) MEDIANTE TERMO ADITIVO, POR ALTERAÇÃO BILATERAL, OU SEJA, ATRAVÉS DE DECISÃO CONSENSUAL ENTRE AS PARTES, EM QUE SE DEVE ESPECIFICAR A DATA DA EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIDA, AINDA QUE ANTERIOR À SUA ASSINATURA;

B) AS ATIVIDADES EXERCIDAS SEJAM COMPATÍVEIS COM ESTA

MODALIDADE E DEVIDAMENTE JUSTIFICADAS:

C) **SEJAM OBSERVADAS AS DISPOSIÇÕES DA CLT**, NOS SEUS ARTS. 75-B, 75-C, 75-D E 75-E;

D) **O VALE-ALIMENTAÇÃO TENHA SEU PAGAMENTO PRESERVADO**, SEMPRE QUE POSSÍVEL, CONSOANTE ORIENTAÇÃO DA SEGES/ME, RESSALVADA PREVISÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO POSTA NA CONVENÇÃO COLETIVA DA CATEGORIA;

E) **NÃO SEJA ADMITIDO O PAGAMENTO DE VALE-TRANSPORTE, EXCETO NOS CASOS DE EFETIVO DESLOCAMENTO.**

VI. **NO CASO, NÃO RESTOU COMPROVADA PELA ADMINISTRAÇÃO A COMPATIBILIDADE DOS SERVIÇOS PELOS POSTOS DE MENSAGEIRO (CBO 4122-05), RECEPCIONISTA (CBO 4221-05) E SECRETÁRIO (CBO 3515-05) COM A ATIVIDADE REMOTA**, BEM COMO QUAIS ATIVIDADES SERÃO DESEMPENHADAS EM CARÁTER REMOTO, COMO SERÁ A REALIZAÇÃO E A FISCALIZAÇÃO DESSAS ATIVIDADES, INCLUSIVE PARA FINS DE MEDIÇÃO E PAGAMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO, POR EXEMPLO NO CASO DE FALTAS NÃO JUSTIFICADAS, HIPÓTESE DE GLOSA PARCIAL DO SERVIÇO ETC., O QUE DEMANDA SANEAMENTO DOS AUTOS.

VII. APROVAÇÃO DA MINUTA DE TERMO ADITIVO, COM RESSALVAS.

155. Desse modo, **quando houver a inserção na contratação da possibilidade de realizar trabalho remoto pelo terceirizado, recomenda-se que a Administração inclua as observações acima, devendo, ainda, demonstrar que os postos a serem contratados possuem compatibilidade ou não com a atividade remota.**

2.6.1. Utilização ou não de minuta padronizada de TR.

156. A padronização de modelos de documentos da fase interna da licitação constitui medida de eficiência e celeridade administrativa que encontra previsão no art. 19, inciso IV, da Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

I - instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;

II - criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

III - instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;

IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

V - promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia.

(grifou-se)

157. Tal postulado foi registrado na quarta edição do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, conforme Enunciado nº 6:

A atuação consultiva na análise de processos de contratação pública deve fomentar a utilização das listas de verificação documental (check lists), do Guia Nacional de Licitações Sustentáveis e das minutas de editais, contratos, convênios e congêneres, disponibilizadas nos sítios eletrônicos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

No intuito de padronização nacional, incumbe aos Órgãos Consultivos recomendar a utilização das minutas disponibilizadas pelos Órgãos de Direção Superior da AGU, cujas atualizações devem ser informadas aos assessorados.

Convém ainda que os Órgãos Consultivos articulem-se com os assessorados, de modo a que edições de texto por estes produzidas em concreto a partir das minutas-padrão sejam destacadas, visando a agilizar o exame jurídico posterior pela instância consultiva da AGU (grifou-se).

158. Para que os objetivos de celeridade, eficiência e segurança sejam alcançados, é preciso que a Administração aponte claramente:

I) Se houve utilização de modelos padronizados;

II) Qual modelo foi adotado; e

III) Quais foram as modificações ou adaptações eventualmente efetuadas no modelo.

159. Observa-se que o instrumento segue o modelo elaborado pela Advocacia-Geral da União, conforme declaração contida nos autos.

160. **As alterações empreendidas o foram em aspectos operacionais, com o fim de adequar a minuta ao certame.**

2.6.2. Da natureza comum do objeto da licitação

161. Compete à administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum, haja vista que a licitação por pregão somente é obrigatória para *aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto*, conforme consta do artigo 6º, inciso XLI, da Lei nº 14.133, de 2021.

162. A definição de bens e serviços comuns pode ser extraída diretamente da Lei nº 14.133, de 2021, que apresenta tal conceito nos seguintes termos:

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

(...)

XIII - bens e serviços comuns: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado;

(...)

163. Sobre a necessidade de a Administração declarar a natureza do objeto da contratação, a Orientação Normativa nº 54, de 2014, da Advocacia-Geral da União, dispõe:

“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.”

164. Embora referida Orientação Normativa tenha sido editada à luz da Lei nº 8.666, de 1993, tem-se que o entendimento jurídico nela consubstanciado é compatível com a Lei nº 14.133, de 2021, motivo pelo qual merece ser observado.

165. No caso concreto, **a Administração declarou expressamente a natureza comum do objeto da licitação, no item 1.2 do TR.**

2.6.3. Informação sobre o Regime de Fornecimento

166. Os documentos de planejamento da contratação devem tratar do regime de fornecimento de bens, observados os potenciais de economia de escala, cujos impactos podem afetar a decisão sobre o parcelamento ou não do objeto, que será abordado mais adiante.

167. No caso concreto, o regime de fornecimento **está explicitado no ETP e TR.**

2.6.4. Aquisição de bem de consumo que se enquadra como bem de luxo

168. De acordo com o artigo 20 da Lei nº 14.133, de 2021, não é admitida a aquisição de artigos de luxo, tendo os §§ 1º e 2º tratado da necessidade de regulamentação do tema:

Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo. Regulamento (Vigência)

§ 1º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.

§ 2º A partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo.

§ 3º (VETADO).

169. No âmbito da administração pública federal, o tema foi regulamentado pelo Decreto nº 10.818, de 2021, tendo seu artigo 5º reforçado a vedação de aquisição de bens de consumo enquadrados como bens de luxo, sendo admitidas as exceções contidas em seu artigo 4º:

Art. 4º Não será enquadrado como bem de luxo aquele que, mesmo considerado na definição do inciso I do caput do art. 2º:

I - for adquirido a preço equivalente ou inferior ao preço do bem de qualidade comum de mesma natureza; ou

II - tenha as características superiores justificadas em face da estrita atividade do órgão ou da entidade.

170. No caso concreto, o objeto da contratação não se enquadra como bem de luxo.

2.6.5. Condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento

171. O artigo 18, inciso III, da Lei nº 14.133, de 2021, exige que a fase de planejamento da contratação contemple as condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento, sendo certo que sua definição envolve algum juízo de conveniência e oportunidade a ser realizado pelo administrador.

172. No caso concreto, o tema foi tratado de forma suficiente nos itens do TR.

2.6.6. Modalidade, critério de julgamento e modo de disputa

173. Com base na exigência do artigo 18, inciso VIII, da Lei nº 14.133, de 2021, é possível concluir que a fase de planejamento deve abordar as razões que conduzem a definição de elementos aptos a conduzir a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto.

174. Desse modo, com base na premissa de busca pela proposta mais vantajosa, deve o planejamento da

contratação conter informações sobre:

- I) modalidade de licitação;*
- II) critério de julgamento;*
- III) modo de disputa; e*
- IV) adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros.*

175. No caso concreto, **o tema foi tratado no item 8 do TR.**

2.6.7. Objetividade das exigências de qualificação técnica

176. Enquanto a **habilitação profissional** procura investigar se o licitante tem experiência anterior na execução de parcela relevante do objeto, a **habilitação operacional** visa verificar se o licitante reúne condições de executar o objeto na dimensão que ele (o objeto) possui.

177. A exigência de qualificação técnica-profissional é mais comum em obras e serviços de engenharia, mas não é vedada nos demais objetos.

178. Caso se a entenda indispensável à garantia do adimplemento das obrigações (conforme artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal), então será necessário especificar de forma clara e expressa de qual parcela do objeto será exigida comprovação de experiência anterior, e por meio de qual profissional(is), para permitir o julgamento objetivo quanto ao atendimento da exigência na fase de habilitação do certame.

179. O requisito legal a ser observado é que esta parcela claramente especificada represente ao menos 4% (quatro por cento) do valor estimado da contratação, conforme dispõe o artigo 67, §1º da Lei nº 14.133, de 2021.

180. Já a comprovação da qualificação técnica-operacional costuma ser exigida na generalidade dos casos, e afere a capacidade de gestão do licitante de executar o objeto licitatório.

181. Por isso é indispensável indicar quantitativos mínimos a serem comprovados, até o limite de 50% (cinquenta por cento) do quantitativo previsto, conforme artigo 67, §2º da Lei nº 14.133, de 2021.

182. No caso concreto, o tema foi tratado de forma adequada no item 8.29 e seguintes do TR.

2.6.8. Da avaliação sobre a necessidade de qualificar o TR como documento classificado (Lei de Acesso à Informação)

183. De acordo com o art. 10 da Instrução Normativa Seges/Me nº 81, de 25 de novembro de 2022, ao final da elaboração do TR, deve-se avaliar a necessidade de classificá-lo nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o que deve ser observado no caso concreto.

184. No caso concreto, o tema não foi abordado pela Administração. Entretanto, em sendo adotado critério sigiloso, entendo prudente que a Administração mencione que o sigilo informado está de acordo com o art. 10 da Instrução Normativa Seges/Me nº 81, de 25 de novembro de 2022, e em conformidade com a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

2.6.9. Adequação orçamentária

185. Conforme se extrai do caput do artigo 18 da Lei nº 14.133, de 2021, a fase preparatória da licitação deve compatibilizar-se também com as leis orçamentárias.

186. A existência de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional

programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal.

187. Nesse ponto, convém citar o artigo 10, inciso IX, da Lei 8.429, de 1992, e o artigo 105, da Lei nº 14.133, de 2021:

Lei nº 8.429, de 1992

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

(...)

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

(...)

Lei nº 14.133, de 2021

*Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e deverão ser observadas, **no momento da contratação e a cada exercício financeiro**, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.*

(grifou-se)

188. Cabe também alertar para que, caso se trate de criação ou expansão de ação governamental que acarrete aumento da despesa, seja anexada a estimativa do impacto orçamentário no exercício e nos dois subsequentes, bem como a declaração sobre a adequação orçamentária e financeira para fazer face às despesas, em conformidade com as normas constantes dos artigos 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

189. Atente-se que compete ao órgão verificar, previamente ao envio dos autos para análise do órgão de assessoramento jurídico, a aplicabilidade da Orientação Normativa nº 52 do Advogado-Geral da União, a fim de dispensar a necessidade da declaração acerca dos artigos 16 e 17 da Lei Complementar nº 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".

190. No caso concreto, a Administração apresentou a declaração de recurso orçamentário.

191. **No mesmo caso concreto a Administração não esclareceu se tratar de criação ou expansão de ação governamental que acarrete aumento da despesa, e não demonstrou a não incidência de todas as exigências dos artigos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o que deve ser feito para regularidade do feito.**

2.7 MINUTA DE EDITAL

192. A minuta de edital foi juntada aos autos e reúne cláusulas e condições essenciais exigidas nos instrumentos da espécie.

193. Observa-se que a minuta segue o modelo elaborado pela Advocacia-Geral da União, conforme declarado pela Administração.

194. As alterações efetuadas no modelo elaborado pela AGU foram destacadas e estão de acordo com o ordenamento jurídico, razão pela qual nada temos a ponderar.

2.7.1 Da restrição da participação de interessados no certame

195. O artigo 9º da Lei nº 14.133, de 2021, veda expressamente que o agente público admita, preveja, inclua ou tolere qualquer tipo de restrição que comprometa ou frustre o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas e consórcios.

196. Também é vedado o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou, ainda, a inclusão de regras que sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato.

197. O agente público também não poderá estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional, conforme previsão do inciso II do artigo 9º.

198. Especificamente em relação a consórcios, a Lei nº 14.133, de 2021, expressamente apresenta os requisitos necessários para sua participação em licitações:

Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;

III - admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;

IV - impedimento de a empresa consorciada participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º O edital deverá estabelecer para o consórcio acréscimo de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira, salvo justificção.

§ 2º O acréscimo previsto no § 1º deste artigo não se aplica aos consórcios compostos, em sua totalidade, de microempresas e pequenas empresas, assim definidas em lei.

*§ 3º O licitante vencedor é obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I do **caput** deste artigo.*

§ 4º Desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo para o número de empresas consorciadas.

§ 5º A substituição de consorciado deverá ser expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante e condicionada à comprovação de que a nova empresa do consórcio possui, no mínimo, os mesmos quantitativos para efeito de habilitação técnica e os mesmos valores para efeito de qualificação econômico-financeira apresentados pela empresa substituída para fins de habilitação do consórcio no processo licitatório que originou o contrato.

199. No que se refere a cooperativas, a Lei nº 14.133, de 2021, expressamente apresenta os requisitos necessários para sua participação em licitações:

Art. 16. Os profissionais organizados sob a forma de cooperativa poderão participar de licitação quando:

I - a constituição e o funcionamento da cooperativa observarem as regras estabelecidas na legislação aplicável, em especial a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, e a Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009;

II - a cooperativa apresentar demonstrativo de atuação em regime cooperado, com repartição de receitas e despesas entre os cooperados;

III - qualquer cooperado, com igual qualificação, for capaz de executar o objeto contratado, vedado à Administração indicar nominalmente pessoas;

IV - o objeto da licitação referir-se, em se tratando de cooperativas enquadradas na Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, a serviços especializados constantes do objeto social da cooperativa, a serem executados de forma complementar à sua atuação.

200. Diante do exposto, qualquer vedação a participação de interessados na licitação, inclusive cooperativas e consórcios, deverá ser justificada no processo.

201. No caso concreto, observa-se que o edital não prevê restrição para as pessoas interessas e citadas acima a participação da licitação. Apenas enumera aqueles que não poderão disputar a licitação, conforme se vê no item 2.4.

2.7.2 Da participação de ME, EPP e Cooperativas

202. Nos termos do inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014, foi previsto tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno nas contratações públicas de bens, serviços e obras, sendo certo que o entendimento aqui apresentado é aplicável também a cooperativas equiparadas.

203. O artigo 6º do referido Decreto estabelece que, nos itens ou lotes de licitação cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a participação no processo licitatório deve ser exclusivamente destinada às microempresas e empresas de pequeno porte.

204. 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.

205. A Orientação Normativa AGU nº 10/2009, por sua vez, esclarece a forma de aferição do valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) como sendo a referente ao período de um ano da contratação.

206. No caso em análise, **a Administração afastou a exclusividade para microempresas e empresas de pequeno porte, em razão do valor.**

b) Margens de preferência

207. De acordo com a Lei nº 14.133, de 2021, a Administração poderá estabelecer margens de preferência, conforme premissas indicadas em seu artigo 26:

Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

I - bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras;

II - bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento.

§ 1º A margem de preferência de que trata o caput deste artigo:

I - será definida em decisão fundamentada do Poder Executivo federal, no caso do inciso I do caput deste artigo;

II - poderá ser de até 10% (dez por cento) sobre o preço dos bens e serviços que não se enquadrem no disposto nos incisos I ou II do caput deste artigo;

III - poderá ser estendida a bens manufaturados e serviços originários de Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o País prevista em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República.

§ 2º Para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal, a margem de preferência a que se refere o caput deste artigo poderá ser de até 20% (vinte por cento).

208. Convém observar que o artigo 27 da Lei nº 14.133, de 2021 estabelece a obrigatoriedade de divulgação, em sítio eletrônico oficial, a cada exercício financeiro, da relação de empresas favorecidas em decorrência da aplicação de margens de preferência, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

209. No caso concreto, **a minuta de edital revela que a Administração não especificou se a realização de licitação será sem ou com margem de preferência, o que deve ser suprido.**

c) Cláusula com índice de reajustamento de preços, com data-base vinculada à data do orçamento estimado

210. O artigo 25, §7º, da Lei nº 14.133, de 2021, estabelece que, independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

211. No caso concreto, **embora não conste expressamente na minuta de edital a previsão de reajuste para os insumos, há na minuta do termo de contrato a previsão de índice de reajustamento de preço conforme exigência legal, sendo prudente a inclusão, também, no termo de referência.**

2.8 MINUTA DE TERMO DE CONTRATO

212. A minuta de termo de contrato foi juntada aos autos e reúne cláusulas e condições essenciais exigidas nos instrumentos da espécie.

213. Observa-se que a minuta segue o modelo elaborado pela Advocacia-Geral da União, conforme declarado pela Administração.

214. **As alterações efetuadas no modelo elaborado pela AGU não foram destacadas, recomendando que tal providência seja adotada nos próximos encaminhamentos, sob pena de devolução do feito.**

2.9 DESIGNAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS

215. Os arts. 7º e 8º da Lei nº 14.133, de 2021, tratam da designação dos agentes públicos para desempenho das funções essenciais à execução da lei, conforme se extrai das normas abaixo transcritas:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preenchem os seguintes requisitos:

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

*§ 1º A autoridade referida no **caput** deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.*

*§ 2º O disposto no **caput** e no § 1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.*

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

§ 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

§ 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.

§ 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei. (Regulamento) Vigência

§ 4º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração, poderá ser contratado, por prazo determinado, serviço de empresa ou de profissional especializado para assessorar os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação.

§ 5º Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro.

216. As regras do art. 9º da Lei nº 14.133, de 2021, também apresentam algumas limitações a serem observadas no caso concreto:

§ 1º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução do contrato agente público de órgão ou entidade licitante ou contratante, devendo ser observadas as situações que possam configurar conflito de interesses no exercício ou após o exercício do cargo ou emprego, nos termos da legislação que disciplina a matéria.

§ 2º As vedações de que trata este artigo estendem-se a terceiro que auxilie a condução da contratação na qualidade de integrante de equipe de apoio, profissional especializado ou funcionário ou representante de empresa que preste assessoria técnica.

217. O Decreto nº 11.246, de 27 de outubro de 2022, por sua vez, trata das regras para a atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, bem como sobre o funcionamento da comissão de contratação e a atuação dos gestores e fiscais de contratos.

218. Não há dúvidas que o planejamento da contratação deve contemplar todas as regras previstas no referido Decreto. Por conta de sua relevância, convém registrar que o artigo 12 do Decreto nº 11.246, de 2022, tratou de forma mais aprofundada sobre o princípio da segregação de funções, que já estava previsto no artigo 5º e 7º, §1º, da Lei nº 14.133, de 2021, sendo certo que o administrador deve cuidar para que tais normas sejam observadas ao longo

da fase interna e externa da licitação.

Lei nº 14.133, de 2021

*Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da **segregação de funções**, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).*

(...)

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

(...)

*§ 1º A autoridade referida no caput deste artigo deverá observar o **princípio da segregação de funções**, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.*

(grifou-se)

Decreto nº 11.246, de 2022

Princípio da segregação das funções

*Art. 12. O **princípio da segregação das funções** veda a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na contratação.*

*Parágrafo único. A aplicação do princípio da segregação de funções de que trata o **caput**:*

I - será avaliada na situação fática processual; e

II - poderá ser ajustada, no caso concreto, em razão:

a) da consolidação das linhas de defesa; e

b) de características do caso concreto tais como o valor e a complexidade do objeto da contratação.

(grifou-se)

219. Por fim, convém observar que o artigo 29 do referido Decreto faz alusão à possibilidade de edição de normas internas a serem observadas pelos agentes públicos que atuam em licitações e contratos:

Art. 29. Os órgãos e as entidades, no âmbito de suas competências, poderão editar normas internas relativas a procedimentos operacionais a serem observados, na área de licitações e contratos, pelo agente de contratação, pela equipe de apoio, pela comissão de contratação, pelos gestores e pelos fiscais de contratos, observado o disposto neste Decreto.

220. Desse modo, para além da observância aos dispositivos da Lei nº 14.133, de 2021, do Decreto nº 11.246, de 2022, deve a Administração cuidar para que as normas internas sejam observadas na tramitação processual.

221. No caso concreto, verifico a necessidade de que a Administração certifique-se quanto ao efetivo cumprimento das regras citadas acima, principalmente no que concerne à designação de gestor e fiscal do contrato o que deverá ser saneado, para regularização do procedimento.

222. O Decreto nº 11.430/2023 regulamenta o disposto no inciso I do § 9º do art. 25 e no inciso III do caput do art. 60 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre a exigência, em contratações públicas, **de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações**, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

223. Assim, **recomenda-se que a comissão de planejamento da presente licitação observe e aplique as determinações da referida norma, incluindo-a nos atos preparatórios (ETP, Termo de Referência, Edital e Contrato) para atendimento obrigatório pelos licitantes e contratados.**

2.11 PUBLICIDADE DO EDITAL E DO TERMO DO CONTRATO

224. Destacamos ainda que é obrigatória a divulgação e a manutenção do inteiro teor do edital de licitação e dos seus anexos e **do termo de contrato** no Portal Nacional de Contratações Públicas e a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, conforme determinam os artigos 54, *caput* e §1º, e **artigo 94**, ambos da Lei nº 14.133, de 2021.

225. Destacamos também que, após a homologação do processo licitatório, é obrigatória a disponibilização no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) dos documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos, conforme determina o artigo 54, §3º, da Lei nº 14.133, de 2021.

3. CONCLUSÃO

226. Ante o exposto, ressalvados os aspectos técnicos, os de conveniência e oportunidade do administrador e os demais que escapam da competência desta Procuradoria Federal (AGU), **conclui-se pela viabilidade jurídica do procedimento, condicionado ao prévio atendimento das recomendações, orientações, condições e observações contidas neste Parecer jurídico, em especial nas ressalvas anotadas ao final de cada item e subitem.**

227. Somente após o acatamento das recomendações emitidas ao longo do parecer, ou após seu afastamento, de forma motivada, consoante previsão do art. 50, VII, da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 1999), e conforme já alertado nas considerações preliminares desta manifestação, **será possível dar-se o prosseguimento do feito, nos seus demais termos, sem a necessidade de retorno para nova manifestação desta unidade jurídica, nos termos do Enunciado BPC nº 5, da AGU.**

Goiânia, (data e assinatura digitais).

ROGÉRIO VIEIRA RODRIGUES
SUBPROCURADOR PF-UFG/PGF/AGU
SUBSTITUTO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23854002847202388 e da chave de acesso 184e1243



Documento assinado eletronicamente por ROGÉRIO VIEIRA RODRIGUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1244986488 e chave de acesso 184e1243 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ROGÉRIO VIEIRA RODRIGUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-08-2023 10:57. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
