



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL / FNDE
DIVISÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA



PARECER nº 067 /2012/DIJAP/PFFNDE/PGF/AGU

PROCESSO nº 23034.035125/2011-20.

INTERESSADO: Ministério da Educação - MEC.

ASSUNTO: Aquisição de Lancha Escolar – Caminho da Escola.

EMENTA: I. Análise jurídica de licitação, na modalidade Pregão Eletrônico para Registro de Preços, do tipo Menor Preço por Item.

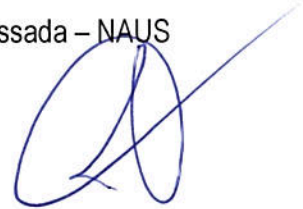
II. Regularidade das minutas de Edital, da Ata de Registro de Preços e do Contrato.

Senhora Procuradora-Chefe,

I – DO RELATÓRIO

1. Trata-se de análise jurídica de minuta de edital de licitação, na modalidade Pregão Eletrônico para Registro de Preços, tipo Menor Preço por Item, e anexos, incluindo aí a minuta de Contrato, cujo objeto é o *“Registro de Preços, consignado em ata, pelo prazo de 12 (doze) meses, para eventual aquisição de embarcações para o transporte escolar diário de alunos das redes públicas de ensino da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e demais entidades autorizadas a aderir ao programa de acordo com a legislação específica vigente, para atender ao Programa Caminho da Escola do Ministério da Educação”*, de acordo com as especificações, quantidades estimadas e condições constantes do Termo de Referência – Anexo I do Edital.

2. À fl. 02, por meio do Memorando nº 512/2011 – DIARC/CGCOM/DIRAD/FNDE, a Divisão de Articulação e Controle encaminhou à CGCOM, de ordem do DIRAD, o Aviso de Audiência Pública nº 8/2011, com vistas à realização do registro de preços acima mencionado, solicitando as medidas necessárias para divulgação da referida atividade pelos meios previstos para a sua publicidade, nos termos do art. 39, *caput*, da Lei 8.666/93, bem como no sítio eletrônico desta Autarquia.
3. Aviso de Audiência Pública nº 08/2011 - fls. 03/04.
4. Extrato do Aviso de Audiência Pública nº 8/2011 e sua publicação no DOU Seção 3 de 17/08/2011 – fls. 05/06
5. Ofício nº 2431/2011-CGCOM encaminhado ao MEC, solicitando providências com relação à publicação do extrato da Audiência Pública nº 8/2011 – fls.07/08.
6. Às fls. 09/10, consta a publicação do Aviso dá Audiência Pública na imprensa.
7. Às fls. 11, consta o documento intitulado Convite Audiência Pública nº 8/2011 – Lancha Escolar – Caminho da Escola.
8. Às fls. 12, consta a Portaria nº 309, de 30/08/2011, que nomeou o servidor desta Autarquia **JOSÉ MARIA RODRIGUES DE SOUZA – CGAME**, para presidir a Audiência Pública nº 08/2011.
9. Às fls. 13/18, consta a Lista de Presença dos participantes da Audiência Pública nº 08/2011.
10. Às fls. 19/22, consta o documento intitulado Ata da Audiência Pública nº 08/2011.
11. Às fls. 23, consta despacho de mero expediente da DIARC à DIMEQ/CGCOM encaminhando este processo para providências ulteriores.
12. Às fls. 24, consta o Memorando nº 299/CGAME/DIRAD/FNDE, datado de 20.12.2011, encaminhando o Termo de Referência (SEM ASSINATURA) de fls. 25/45.
13. Às fls. 46/60, consta mensagens eletrônicas encaminhadas às empresas fabricantes de lanchas, relativas à pesquisa de preços.
14. Às fls. 61, consta uma proposta de preço encaminhada por uma firma interessada – NAUS DO NORTH.





15. Às fls. 62, consta o Memorando nº 25/2012-CGAME/DIRAE à CGCOM/DIRAD, encaminhando o complemento do Termo de Referência da Lancha Escolar.
16. Às fls. 63/65, consta outra proposta da firma B3 BOAT INDÚSTRIA DE EMBARCAÇÕES LTDA.
17. Às fls. 66/67, constam despachos de mero expediente da CGCOM à DIMEQ e da CECOM à DIMEQ, para análise do TR e verificação quanto à pesquisa de preços; e adoção das medidas subsequentes em relação a este certame licitatório.
18. As fls. 68, consta o Memorando nº 96-CGAME/DIRAE/FNDE à CGCOM/DIRAD, datado de 04.04.2012, encaminhando novo Termo de Referência de fls. 69/84.
19. Às fls. 85/86, consta despacho da DIMEQ à DICOP, solicitando providências relativas à pesquisa de preços e extrato do SIASG.
20. Às fls. 87, consta o Mapa de Apuração de Preço Médio, com o preço global de **R\$ 251.759.461,50**.
21. Às fls. 88, a Divisão de Compras – DICOP ressaltou a forma como se deu a pesquisa de preços referente a este certame licitatório, informando que o Preço de Referência para a presente contratação é de **R\$ 251.759.461,50 (duzentos e cinquenta e um milhões, setecentos e cinquenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos)**
22. Às fls. 89/119, constam a Minuta de edital do pregão eletrônico, acompanhada do Anexo I – Termo de Referência e seus Encartes; Anexo II – Modelo Proposta de Preço Global; Anexo III – Ata de Registro de Preços nº /2012 e Anexo IV – Minuta Contratual.
23. Às fls. 120, cópia da portaria nº 116, de 28/03/2012, que designa o pregoeiro e sua equipe de apoio.
24. Às fls. 121, a Coordenação de Compras e Contratos encaminha os autos ao Diretor de Administração - DIRAD, informando o escopo desta contratação, de acordo com o Termo de Referência acostado às fls. 69/84; o preço da despesa orçado em **R\$ 251.759.461,50**; solicitando ainda a aprovação do termo de referência e autorização do procedimento licitatório.
25. Às fls. 122, verifica-se a Aprovação do Termo de Referência e a Autorização para a realização do certame licitatório, feitas pelo Presidente do FNDE.

26. Em seguida, e por força do disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 e do art. 30, inciso IX, do Decreto nº 5.450/2005, vieram os autos a esta Procuradoria, para análise da minuta de Edital e de Contrato.

27. É, no essencial, o relatório. Passemos a análise.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO

28. Cumpre registrar, *a priori*, que a Procuradoria manifesta-se, unicamente, acerca da regularidade jurídica do ato a ser firmado pela Administração Pública, restando a análise da conveniência e oportunidade ao Administrador.

II.1 – Das considerações e recomendações prévias

29. A Lei nº 8.666/93, em seu art. 15, inciso II, determina, em linhas gerais, que, sempre que possível, as compras realizadas pela Administração Pública deverão ser processadas através de registro de preços. Mais adiante, no § 3º, o referido diploma legal prevê a regulamentação desse sistema por decreto.

30. Com a missão de dar efetividade a tal dispositivo, foi editado, no âmbito da Administração Pública Federal, direta e indireta, o Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, em seguida parcialmente alterado pelo Decreto nº 4.342, de 23 de agosto de 2002.

31. Uma das principais vantagens do Sistema de Registro de Preços – SRP – consiste em licitar quantidades variáveis, sem implicar no dever de adquiri-las.

32. Em síntese, o SRP é um procedimento a ser adotado, preferencialmente, nas hipóteses previstas no art. 2º do Decreto nº 3.931/2001, vejamos:

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

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações freqüentes;

II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e

IV - quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.”



33. Ao que tudo indica, a adoção do SRP, no presente caso, está amparada pelo artigo transcrito acima.
34. O eminente doutrinador Marçal Justen Filho, em seus *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, acerca do SRP, leciona que:
- Com o Registro de Preços, basta uma única licitação. Os preços ficam à disposição da Administração (lato sensu) que formalizará as aquisições quando lhe for conveniente. Propicia-se, assim, agilidade operacional e eficiência às compras e serviços para todos os órgãos da administração pública (stricto sensu), através de um modo mais célere e eficaz, com redução de gastos e simplificação administrativa pela supressão da multiplicidade de licitações contínuas e seguidas, versando sobre objetos semelhantes e homogêneos¹.*
35. Note-se que a licitação para registro de preços deve ser realizada na modalidade de concorrência ou de pregão, no tipo menor preço, nos termos das Leis nºs 8.666/93 e 10.520/2002, como é o caso concreto.
36. No SRP afigura-se um órgão gerenciador, responsável pela condução do certame licitatório para registro de preços e monitoramento da Ata de Registro de Preços dele decorrente, e pode também contar com um ou mais órgãos participantes, que tomam parte dos procedimentos iniciais e integram a Ata de Registro de Preços (art. 1º, Parágrafo Único, incisos III e IV, do Decreto nº 3.931/2001).
37. No caso em questão, pelo que se depreende, o FNDE figura como órgão gerenciador e não se previu a possibilidade de outros entes virem a aderir a Ata de Registro de Preços, como Participantes.
38. Além dos entes acima referidos, que interagem diretamente no procedimento, o citado Decreto admite a possibilidade de utilização da Ata de Registro de Preços por entidades não vinculadas originariamente a sua instituição, ao que a doutrina denomina de "carona".
39. Cumpre, em virtude da sistemática adotada, de logo, deixar registrado que são requisitos para extensão da Ata de Registro de Preços:
- a) O interesse do órgão não participante em usar a Ata;
 - b) A avaliação do órgão não participante de que os preços e condições do SRP são vantajosos;

¹ em *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p.158.

- c) A prévia consulta e anuência do órgão gerenciador;
- d) A indicação pelo órgão gerenciador do fornecedor, observada a ordem de classificação;
- e) A aceitação, pelo fornecedor, da contratação pretendida, condicionada esta à ausência de prejuízo aos compromissos assumidos na Ata de Registro de Preços;
- f) A limitação da quantidade a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata.

40. Assim, figurando o FNDE como órgão gerenciador, deve atentar para os requisitos supra, só anuindo com a utilização da Ata por órgão/entidade não participante se ficar devidamente comprovada a vantagem, levando-se em conta, inclusive, a economicidade em face das peculiaridades locais.

41. Outro ponto que merece destaque diz respeito à necessidade de se impor limites às adesões dos denominados “caronas”.

42. A atual regulamentação do SRP permite a adesão ilimitada de órgãos e entidades às Atas de Registro de Preços. No entanto, a nosso ver, um ilimitado número de adesões às referidas Atas pode afrontar os princípios da competição e da igualdade de condições entre os competidores, permitindo que o vencedor de um único certame licitatório se perenize e celebre um número ilimitado de contratos com a Administração. Outro problema da ausência de limites às adesões pode se refletir no preço obtido, uma vez que dada a escala de contratação, o valor unitário do item contratado possivelmente seria inferior ao inicialmente registrado.

43. Também no sentido de se impor limites às adesões à Ata de Registro de Preços (“caronas”), o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1487/2007 – Plenário, assim se manifestou:

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

9.1. conhecer da presente representação por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno/TCU, e considerá-la parcialmente procedente;

9.2. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que:

9.2.1. oriente os órgãos e entidades da Administração Federal para que, quando forem detectadas falhas na licitação para registro de preços que possam comprometer a regular execução dos contratos advindos, abstenham-se de autorizar adesões à respectiva ata;

9.2.2. adote providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto n.º 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a



registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este acórdão;

9.2.3. *dê ciência a este Tribunal, no prazo de 60 (sessenta) dias, das medidas adotadas para cumprimento das determinações de que tratam os itens anteriores;*

9.3. *determinar à 4ª Secex que monitore o cumprimento deste Acórdão;*

9.4. *dar ciência deste Acórdão, Relatório e Voto, ao Ministério da Saúde, à Controladoria Geral da União e à Casa Civil da Presidência da República.*

44. **Assim, deve-se, portanto, não obstante as considerações dos parágrafos anteriores, advertir-se à Administração do FNDE para que, na qualidade de órgão gerenciador, não permita adesões ilimitadas, devendo observar os quantitativos estimados e limitar as adesões.**

II.2 – Da análise do procedimento licitatório

45. Primeiramente, é de praxe analisar se o presente procedimento atende às exigências do art. 9º do Decreto nº 5.450/2005 e do art. 3º da Lei nº 10.520/2002. Analisando os autos, constata-se a presença das seguintes exigências:

- ✓ Apresentação de justificativa da necessidade da realização do registro de preços e eventual contratação;
- ✓ Termo de referência com indicação do objeto, justificativa, definição dos métodos, critérios de aceitação do objeto, o prazo de execução e as penalidades;
- ✓ Minuta de edital, contrato e anexos, com critérios de aceitação das propostas;
- ✓ Aprovação do Termo de Referência e Autorização para abertura do certame licitatório, feitos pela autoridade competente.
- ✓ Definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, dos prazos e condições de execução do contrato;
- ✓ Designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

46. Quanto ao Pregoeiro, o § 3º do art. 10 do Decreto nº 5.450/2005 dispõe que a sua designação poderá ocorrer para o período de 01 ano, admitindo-se reconduções, ou para licitação específica.

47. Frise-se que não consta dos autos nota de pré-empenho. Ressalte-se que a previsão orçamentária do valor total da contratação é uma exigência prevista no art. 14 da LLCA e do art. 60 da Lei 4.320/64, que vedam a realização de despesa sem que haja o prévio empenho

“Art. 14, Lei nº 8.666/93:

Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.”

“Art. 60, Lei nº 4.320/64:

É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

“Art. 16, LRF:

*A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete **aumento de despesa** será acompanhado de:*

*I – **estimativa** do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;*

*II – **declaração** do ordenador de despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.”*

48. Resta ainda observar a lição trazida por Marçal Justen Filho que se aplicará no caso de futuras contratações por quaisquer entidades públicas, que deverão estar amparadas por rubricas próprias em seus orçamentos. Em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª edição, Editora Dial ele leciona :

“As exigências do art. 16 da LRF”

“Por outro lado, é imperiosa a observância das exigências do art. 16, que são condições não apenas para empenho, mas também para licitação (§4º). Isso significa que a criação de qualquer despesa deve ser acompanhada da estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que vigorará (e, se for o caso, nos dois subseqüentes) tal como a declaração do ordenador da despesa de que a obrigação compatibiliza-se orçamentária e financeiramente com a legislação orçamentária.”



49. No momento, aplica-se o disposto na Orientação Normativa AGU nº 20, de 1º de abril de 2009, que prescreve, verbis:

"A indicação da dotação é exigível apenas antes da assinatura do contrato."

50. No tocante à estimativa de preço, consta a informação de que foi baseada na documentação acostada às fls. 46/61, 63/65 e 87.

51. Vale ressaltar que o preço estimado é o parâmetro de que disporá a Administração para julgar licitações e efetivar contratações, desde que reflita o preço de mercado.

52. Traz-se ao conhecimento decisões do TCU, que analisaram a matéria:

Elabore orçamento com vistas à estimativa de custos do objeto licitado, prévio à fase externa da licitação, estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, elemento integrante do edital, conforme exigido no art. 40, § 2º, inciso II, e 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão 861/2004 Segunda Câmara

Promova, em todos os procedimentos licitatórios, a realização, de pesquisa de preços em pelo menos duas empresas pertencentes ao do objeto licitado ou consulta a sistema de registro de preços, visando aferir a compatibilidade dos preços propostos com os praticados no mercado, nos termos do disposto no inciso V, § 1º, art. 15 e inciso IV, art. 43, da Lei nº 8.666, de 1993 e Decisões nºs 431/1993-TCU Plenário, 288/1996-TCU Plenário e 386/1997-TCU Plenário.

Acórdão 828/2004 Segunda Câmara

II.3 – Do pregão eletrônico

53. Pretende a Administração realizar licitação para o Registro de Preços, consignado em ata, pelo prazo de 12 (doze) meses, *"para eventual aquisição de embarcações para o transporte escolar diário de alunos das redes públicas de ensino da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e demais entidades autorizadas a aderir ao programa de acordo com a legislação específica, para atender ao Programa Caminho da Escola do Ministério da Educação"*, de acordo com as especificações, quantidades estimadas e condições constantes do Termo de Referência – **Anexo I** do Edital.

54. Nos termos da Lei nº 10.520/2002, o pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, sendo aqueles *"cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado"*.

55. Diante de tal definição, observa-se que bem ou serviço comum revela-se como conceito jurídico indeterminado. O professor Marçal Justen Filho oferece-nos alguns parâmetros hermenêuticos:

para que o bem ou o serviço seja qualificado como comum, mister que possua disponibilidade no mercado próprio, padronização, bem como fungibilidade.²

56. Ressaltamos **não constar dos autos**, informação quanto à natureza comum do objeto da futura contratação, sendo esta imprescindível previamente à abertura do certame.

57. Cumpre salientar ainda que, com a edição do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, a modalidade pregão passou a ser obrigatória nas licitações para a aquisição de bens e serviços comuns.

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

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

II.4 – Da análise da minuta do edital

59. Primeiramente, tem-se que cópias do edital e do respectivo aviso deverão ser disponibilizadas para consulta por qualquer pessoa e divulgadas na forma da Lei nº 9.755/98 em *homepage* do Tribunal de Contas da União chamada de “contas públicas”, na forma do art. 4º, IV, da Lei nº 10.520/2002.

60. Ademais, deverá **haver a publicação de aviso, convocando os interessados, no Diário Oficial da União, em meio eletrônico, na Internet e em jornal de grande circulação local, nos termos do art. 17, II, do Decreto nº 5.450/2005**. O aviso deverá conter “a definição precisa, suficiente e clara do objeto, a indicação dos locais, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital, bem como o endereço eletrônico onde ocorrerá a sessão pública, a data e hora de sua realização e a indicação de que o pregão, na forma eletrônica, será realizado por meio da Internet” (§ 2º do art. 17 do Decreto nº 5.450/2005).

61. Quanto ao edital do certame licitatório, nele se incluindo o Termo de Referência, o art. 40 da Lei nº 8.666/93 prevê a obrigatoriedade de algumas cláusulas. Analisando os referidos comandos legais, os mesmos estão consentâneos com a legislação em vigor, observando-se o contido no item “64” deste pronunciamento.

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



II.5 – Da análise das minutas da Ata de Registro de Preços e do Contrato:

62. No que tange à Ata de Registro de Preços, entendemos que está apta a surtir os efeitos jurídicos a que se propõe.
63. Por outro lado, levando-se em conta o que reza o art. 55 da Lei nº 8.666/93, a minuta contratual merece as seguintes recomendações:

a) **Cláusula Quarta** – observar, quanto à vigência contratual, o disposto no art. 4º, parágrafo 1º, do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que determina que os contratos decorrentes do SRP terão sua vigência obedecido o *disposto no art. 57 da Lei nº 8.666/93*.

Cumprir frisar que o referido artigo estabelece que a duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, com a previsão de exceções em seus incisos.

b) quanto à fiscalização, prevista na **Cláusula Quinta**, deve a Administração juntar oportunamente aos autos o ato de designação do servidor encarregado de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato celebrado, nos termos do art. 67 da LLCA. Vale registrar que a nomeação do fiscal do contrato deverá ocorrer em data anterior a sua vigência. Segue para conhecimento acórdão do TCU:

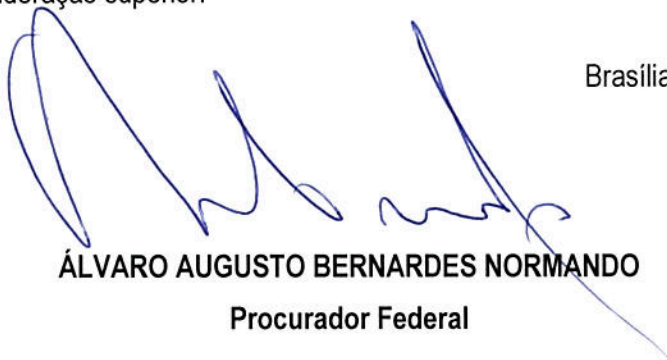
*Observe, na execução de contratos, o preceituado no art. 67 da Lei nº 8.666/93, quanto à necessária **nomeação de fiscais para os contratos celebrados, que deverá ser efetuada tempestivamente, evitando a emissão de portarias de nomeação após o início da vigência daqueles.** (grifei). Acórdão 634/2006 – Primeira Câmara.*

III – DA CONCLUSÃO

64. Cumprir ressaltar que não adentramos, em nossa análise, nas especificações técnicas constantes em alguns dos anexos ao edital, principalmente no Termo de Referência, considerando que foge à nossa competência e capacidade técnica.
65. Por fim, frise-se que as minutas analisadas por esta Procuradoria foram devidamente rubricadas.

66. Pelo exposto, conclui-se pela necessidade de observância das recomendações exaradas neste Parecer como pressuposto para a realização do procedimento licitatório e regularidade das minutas apresentadas (edital, ata e contrato).

À consideração superior.



ÁLVARO AUGUSTO BERNARDES NORMANDO
Procurador Federal

Brasília-DF, 18 de maio de 2012.