



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO ESPECIALIZADA VIRTUAL DE AQUISIÇÕES  
NÚCLEO JURÍDICO

**PARECER n. 00237/2023/NUCJUR/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU**

**NUP: 64240.022136/2022-44**

**INTERESSADOS: MINISTÉRIO DA DEFESA - EXÉRCITO BRASILEIRO** - Base Administrativa da Guarnição de João Pessoa - B Adm Gu JP.

**ASSUNTOS:** Pregão Eletrônico para Registro de Preços, visando a eventual aquisição de Gêneros Hortifrutigranjeiros em prol da B Adm Gu JP e órgãos participantes.

**VALOR:** R\$ 2.908.014,13 (dois milhões, novecentos e oito mil, quatorze reais e treze centavos).

**EMENTA: - PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS CUJO VALOR SEJA SUPERIOR A R\$ 500.000,00. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS.** Legislação Aplicável: Lei nº 10.520/02, Decreto nº 3.555/00, Decreto nº 10.024/2019. Decreto nº 7.892/13, e Lei nº 8.666/93. Contratação visando a eventual aquisição de Gêneros Hortifrutigranjeiros em prol da B Adm Gu JP e órgãos participantes. Regularidade Formal do Processo. Limites impostos pelo Decreto nº 7.689/2012. Considerações acerca do Parcelamento do Objeto. Adequação da Modalidade Licitatória Adotada. Participação do Certame às Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Cooperativas enquadradas no art. 34, da Lei nº 11.488/2007, nos termos do Decreto nº 8.538/2015. Observação dos Critérios de Sustentabilidade Ambiental. Pesquisa de mercado com base na IN 73, de 5 de agosto de 2020 - SGD. Análise das Minutas. Ressalvas e/ou Recomendações.

Trata-se de processo oriundo da Base Administrativa da Guarnição de João Pessoa, que visa a eventual aquisição de Gêneros Hortifrutigranjeiros e órgãos participantes.

Os presentes autos foram distribuídos ao advogado(a) signatário(a), para análise e emissão de parecer, nos termos do artigo 11, VI, "a", da Lei Complementar nº 73, de 1993 e do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, encontrando-se instruídos com os seguintes documentos:

- a. Termo de Autuação, Índice, Autorização para Abertura de Licitação, cópia do BE nº 1, de 15 de dezembro de 2020, com a publicação da designação do com a publicação do Ordenador de Despesas do órgão assistido, cópia do BI nº 5, de 6 de janeiro de 2023, com as publicações do Pregoeiro, Equipe de Apoio e Equipe de Planejamento do órgão consulente, Documento de Formalização da Demanda, Mapa Comparativo de Preços, Relatório de Pesquisa de Preços, Pesquisa de Preços, Análise Crítica da Pesquisa de Preços, Estudo Técnico Preliminar, Lançamento da IRP, Manifestações de Interesse em Participar da Licitação, Documentações de órgãos interessados em participar do certame, Minuta do Edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 5/2023, Modelo de Proposta de Preços, Minuta da Ata de Proposta de Preços, Minuta do Termo de Contrato, Termo de Encerramento de Volume, Termo de Abertura de Volume,

Minuta do Termo de Referência, Lista de Verificação e Ofício nº 1, de 13 de janeiro de 2023, enviando o processo para análise e emissão de parecer jurídico.

### **FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO**

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

Nossa função é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

Importante salientar, que o exame dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos **jurídicos**, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.<sup>[1]</sup>

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.

De outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Assim sendo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, bem como, os Atos Normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do feito.

Finalmente, é nosso dever salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

### **REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO**

De acordo com o art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

Com efeito, no que pertine especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, conforme artigo 38 da Lei n. 8.666, de 1993, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são pertinentes, iniciando-se com a devida autuação, com a correspondente protocolização e numeração, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, contendo, na medida do possível, no máximo, 200 folhas:

Orientação Normativa AGU nº 2, de 1º de abril de 2009:

“Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os



respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento.”

Aplicáveis ainda, a Portaria Interministerial nº 1.677, de 2015 (no caso de órgãos integrantes do SISG) e Portaria Normativa MD nº1.243, de 2006 (para os órgãos militares), que também dispõem sobre procedimentos gerais referentes à gestão de processos, sendo recomendável também que o consulente verifique se há disciplina própria reguladora no âmbito de seu órgão.

Os autos do processo submetidos à análise se encontram regularmente formalizados, estando, portanto, em conformidade com o ordenamento jurídico pertinente.

### **LIMITES DE GOVERNANÇA**

No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 7.689, de 2012 (alterado pelos Decretos nº 8.056, de 2013, 8.755, de 2016, 9.046, de 2017 e 9.189, de 2017), estabeleceu limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens, aplicáveis aos órgãos, entidades e fundos do Poder Executivo Federal integrantes do Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, donde se destaca a previsão contida em seu artigo 2º:

*Art. 2º do Decreto nº 7.689, de 2012:*

*“Art. 2º A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação dos contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas por ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.*

*§ 1º Para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada às seguintes autoridades, vedada a subdelegação:*

*I - titulares de cargos de natureza especial;*

*II - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas aos Ministros de Estado; e*

*III - dirigentes máximos das entidades vinculadas.*

*§ 2º Para os contratos com valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, vedada a subdelegação, ressalvada, neste caso, a subdelegação a que se refere o § 3º.*

*§ 3º Para os contratos com valor igual ou inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada ou subdelegada aos coordenadores ou aos chefes das unidades administrativas dos órgãos ou das entidades.*

*§ 4º O Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá alterar ou atualizar, a qualquer tempo, os valores estabelecidos nos § 1º, § 2º e § 3º.”*

A Portaria nº 249, de 13 de junho de 2012 estabeleceu normas complementares para o cumprimento do mencionado Decreto, prevendo em seu artigo 3º que as atividades de custeio decorrem de contratações diretamente relacionadas às atividades comuns a todos os órgãos e entidades que apoiam o desempenho de suas atividades institucionais, tais como:

*“I - fornecimento de combustíveis, energia elétrica, água, esgoto e serviços de telecomunicação;*

*II - as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, conforme disposto no Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997;*

*III - realizações de congressos e eventos, serviços de publicidade, serviços gráficos*

e editoriais;

IV - aquisição, locação e reformas de imóveis; e

V - aquisição, manutenção e locação de veículos, máquinas e equipamentos.

Parágrafo único. O enquadramento do objeto da contratação como atividade de custeio deve considerar a natureza das atividades contratadas, conforme disposto neste artigo, e não a classificação orçamentária da despesa."

A autoridade assistida deve certificar-se sobre a natureza da atividade a ser contratada - se constitui ou não atividade de custeio -, adotando as providências necessárias, se for o caso, o que poderá ser feito em qualquer fase do processo de contratação até antes da assinatura do contrato ou do termo aditivo de prorrogação, podendo ser concedida por despacho no próprio processo, por memorando ou ofício, por meio eletrônico com assinatura digital ou outro meio idôneo que registre a autorização expressa da autoridade competente, consoante § 1º do artigo 4º da Portaria 249, de 2012.

Recomendamos à área técnica do Órgão assessorado (considerando-se os últimos pacotes fiscais anunciados pelo poder público) verificar a eventual existência de Decretos ou outro normativos relativos a "limites", "contingenciamento orçamentário" ou a "restrição ao empenho de verbas" (como o caso do recente Decreto nº 9.276, de 2018, ou das Leis nº 13.473, de 2017 - LDO 2018, e 13.587, de 02/01/2018 - Lei Orçamentária Anual, por exemplo), com efeitos aplicáveis ao caso concreto.

Lembramos, ainda, que o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão -MP costuma editar anualmente normativos que determinam a suspensão de contratações, o que deverá ser objeto de atenção e cumprimento pelo Órgão.

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

I - a aquisição de imóveis;

II - a locação de imóveis;

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

IV - a locação de veículos;

V - a locação de máquinas e equipamentos;

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

VII - aos serviços de ascensorista.

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

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

II - aquisição de veículos de representação para uso exclusivo do Presidente e do Vice-Presidente da República;

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

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

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

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

§ 1º As solicitações deverão ser encaminhadas pela Secretaria-Executiva do respectivo Ministério interessado à Secretaria-Executiva do Ministério da Economia para análise, acompanhadas de justificativas fundamentadas quanto à projeção de gasto até o

término do exercício e dos aspectos de economicidade, relevância e urgência, até o dia 30 de novembro de cada ano.

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

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

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

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

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

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

No caso dos autos, não logramos encontrar nada que ensejasse ilegalidade quanto ao acima explicitado.

### **AVALIAÇÃO DE CONFORMIDADE LEGAL**

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

A Advocacia-Geral da União também dispõe de *Check-Lists* previamente elaborados para os diversos tipos de contratações, encontrando-se dispostas no site [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/244390](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244390), servindo de excelente instrumento de apoio para que seja aferida a correção da instrução.

O órgão anexou a lista constante do Anexo I da ON SEGES nº 02, de 2016, às fls. 424/427.

### **PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO**

O Decreto nº 10.024, de 2019, no artigo 6º, passou a estabelecer as etapas a serem sucessivamente observadas quando da realização do pregão eletrônico. A primeira delas é o planejamento da contratação:

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

I - elaboração do estudo técnico preliminar e do termo de referência;

II - aprovação do estudo técnico preliminar e do termo de referência pela autoridade competente ou por quem esta delegar;

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

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

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

### **Estudo Técnico Preliminar**

As orientações a serem observadas no planejamento da contratação, também estão prescritas no art. 14 do Decreto nº 10.024, de 2019:

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

I - elaboração do estudo técnico preliminar e do termo de referência;

II - aprovação do estudo técnico preliminar e do termo de referência pela autoridade competente ou por quem esta delegar;

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

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

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

No rol das definições, art. 3º, do Decreto nº 10.024, de 2019, estipulou-se:

“IV - estudo técnico preliminar - documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusão pela viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência;

(...)

XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:

a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:

1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;

2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e

3. o cronograma físico-financeiro, se necessário;

b) o critério de aceitação do objeto;

c) os deveres do contratado e do contratante;

d) a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, se necessária;

e) os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços;

f) o prazo para execução do contrato; e

g) as sanções previstas de forma objetiva, suficiente e clara.

§ 1º A classificação de bens e serviços como comuns depende de exame predominantemente fático e de natureza técnica.

§ 2º Os bens e serviços que envolverem o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica, caso possam ser definidos nos termos do disposto no inciso II do **caput**, serão licitados por pregão, na forma eletrônica.



436

Evidentemente, já era incumbência do órgão pesquisar o mercado e verificar a aquisição do bem que melhor atendesse às suas necessidades. Agora, por força do Decreto em causa, cumpra-se documentar tal investigação, num estudo técnico preliminar. A partir desse estudo é que será elaborado o Termo de Referência que, efetivamente, balizará o certame e a futura contratação.

Contudo, diversamente do Termo de Referência, em relação ao estudo técnico preliminar, não houve o estabelecimento detalhado do seu conteúdo.

Assim sendo, a nossa recomendação é a de que se tome de empréstimo o delineamento e as orientações feitas na Instrução Normativa SEGES/MP nº 05, de 2017, artigo 24 e seus parágrafos e o Anexo III, que define o conteúdo dos estudos preliminares para a contratação de serviços, que poderá servir de norte e referência para a elaboração do estudo técnico preliminar desta aquisição, naquilo que couber.

Também, diversamente do Termo de Referência, que é documento que deverá obrigatoriamente constar da instrução processual, em relação ao estudo técnico preliminar, cumpre ao órgão avaliar a sua necessidade, de acordo com o caso concreto, conforme disposto no artigo 8º, do Decreto nº 10.024, de 2019:

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

*I - estudo técnico preliminar, quando necessário;”*

Apesar de inexistir determinação legal expressa a esse respeito, a prudência recomenda que eventual dispensa, no caso concreto, do estudo técnico preliminar seja, além de cuidadosamente avaliada, devidamente motivado nos autos.

Verifica-se ao analisar os documentos constantes do presente processo, que o órgão observou estudo técnico preliminar, e obtendo do Ordenador de Despesas a aprovação respectiva.

Cumpra salientar que os demais documentos que deverão, obrigatoriamente, instruir o processo serão objeto de manifestação e análise quanto aos seus aspectos jurídicos em tópicos próprios.

#### justificativa da contratação

Quanto à justificativa da contratação (conforme determinação do art. 21, I do Decreto nº 3.555, de 2000), não cabe ao órgão jurídico adentrar o mérito (oportunidade e conveniência) das opções do Administrador, exceto em caso de afronta a preceitos legais. O papel do órgão jurídico é recomendar que tal justificativa seja a mais completa possível, orientando o órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para futuros questionamentos, por exemplo, quanto à pertinência ou necessidade da contratação, ou dos quantitativos estimados.

Evidentemente, a justificativa da contratação tomará por base todas as pesquisas realizadas no estudo técnico preliminar.

No que toca à especificação do objeto, é certo que o aumento do nível de seu detalhamento influi inversamente no universo de fornecedores aptos a atender à demanda, reduzindo-o. Conseqüentemente, a caracterização excessivamente pormenorizada poderá conduzir a um único ou nenhum fornecedor, ao passo que 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.

Além disso, 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 da Lei nº 4.150, de 1962.

Destarte, 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.

Nesse sentido, o art. 3º, inc. II da Lei nº 10.520, de 2002 impõe:

*"Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:*

*(...)*

*II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.*

*(...)"*

A mesma linha de raciocínio é seguida no Decreto nº 10.024, de 2019:

*"Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:*

*(...)*

*XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:*

*a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:*

*1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;*

*(...)"*

Algumas particularidades que deverão constar na justificativa da contratação serão abordados, em tópicos próprios, na sequência.

No caso concreto, a justificativa da contratação foi juntada aos autos às fls. 06 e 284, e parece atender as diretrizes acima lançadas.

#### Indicação da marca/fabricante

Quanto a eventual indicação de marca/fabricante, cabe salientar que, a princípio, a lei veda a preferência por marca - art. 15, §7º, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993, por representar restrição à ampla competitividade do certame. Todavia, não se pode olvidar que a própria lei, em seu art. 7º, parágrafo 5º admite a indicação de marca, características ou especificações exclusivas, desde que tecnicamente justificável, o que também é sustentado pela doutrina.

*"Art. 15. (...)*

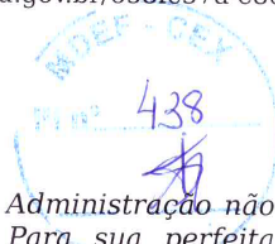
*§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:*

*I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;"*

*7º (...)*

*§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório."*





Conforme magistério de Marçal Justen Filho:

*“Havendo motivação técnico-científica adequada, a escolha da Administração não apresentará defeitos. Essa escolha deverá indicar o objeto escolhido. Para sua perfeita identificação, nada impede a utilização da marca e dos demais característicos externos do objeto escolhido. Enfim, a marca não pode ser a causa motivadora da escolha, mas se admite a indicação da marca como mero elemento acessório, consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido.” (op.cit., pág. 577).*

Em outra passagem, salienta o mesmo Doutrinador:

*“ Não é necessário reiterar a ausência de confusão entre os conceitos de padronização e preferência por marca. A padronização pode resultar na seleção de um produto identificável por meio de uma marca. Logo, o resultado será a escolha pela Administração de uma “marca” determinada, a qual será utilizada posteriormente para identificar os objetos que serão contratados. Isso não se traduz em qualquer tipo de atuação reprovável, não infringe à Constituição nem viola a Lei nº 8.666/1993. O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca. Não há infringência quando se elege um produto (serviço etc.) em virtude de qualidades específicas, utilizando-se sua marca apenas como instrumento de identificação. No caso, não há preferência pela marca, mas pelo objeto. A marca é, tão somente, o meio pelo qual se individualiza o objeto que se escolheu. (...)” (ob. cit., pág. 299).*

Portanto, a justificativa correspondente deverá pautar-se em critérios técnicos e objetivos que demonstrem a sua imprescindibilidade para a plena satisfação do interesse público.

Desta forma, a proibição deve ser interpretada no sentido de que a marca não poderá ser indicada como o objeto da contratação em si. Ou seja, o administrador não poderá externar sua preferência por contratação de certa marca, a seu talante, sem a correspondente motivação técnica objetiva e fundamentada. Portanto, a referência à marca deve ser consequência das características específicas do objeto e não pressuposto, sob pena de indevida restrição da licitação e quebra da isonomia dos licitantes.

Por outro lado, consoante diretrizes do TCU (nesse particular, os Acórdãos TCU nº 2.300/2007-Plenário e 1.344/2009-2ª Câmara são esclarecedores), também é admissível a indicação de marca/fabricante, quando for necessária como parâmetro ou referência para as especificações qualitativas do objeto, para facilitação de sua identificação, devendo, neste caso, vir acompanhada das expressões “equivalente, similar ou de melhor qualidade”.

Mais recentemente tem-se a seguinte decisão do TCU:

*“A vedação à indicação de marca (arts. 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a menção à marca de referência, que deriva da necessidade de caracterizar/descrever de forma adequada, sucinta e clara o objeto da licitação (arts. 14, 38, caput, e 40, inciso I, da mesma Lei). A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993), admite a realização de licitação de objeto sem similaridade nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada.”*

AC-2829/15 - Plenário do TCU

Nesse raciocínio, a ORIENTAÇÃO NORMATIVA INTERNA CJU/SP Nº 05 é elucidativa: *“Deve a Administração detalhar o objeto da contratação, vedada a indicação de marca, características ou especificações exclusivas. Excepcionalmente, esta poderá ocorrer, desde que justificada tecnicamente no processo. Quando necessária a indicação de marca como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, deve ser seguida das expressões*

"ou equivalente", "ou similar" e "ou de melhor qualidade", cuja eficácia será comprovada pelo potencial fornecedor, de acordo com as condições definidas pela Administração."

Por fim, registre-se que a Súmula nº 270/2012 do TCU admite, desde que previamente justificada, a indicação de marca para licitação de compras (inclusive softwares), para fins exclusivos da padronização, conforme dispõe o art. 15, I da Lei nº 8.666, de 1993:

*"As compras, sempre que possível, deverão: I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;"*

No caso em comento não houve indicação de marca, conforme se infere da Lista de Produtos e Termo de Referência.

### Quantitativos estimados

Ressalte-se ainda que a justificativa da contratação deve compreender, também, os quantitativos estimados da aquisição condizente com o consumo/utilização prováveis do órgão, aferida mediante adequadas técnicas para tanto, em conformidade com o que dispõe o art. 15, §7º, inc. II, da Lei nº 8.666, de 1993, pois dela dependerá o cálculo do valor contratual.

*"Art. 15 (...)*

*§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:*

*(...)*

*II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;"*

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

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

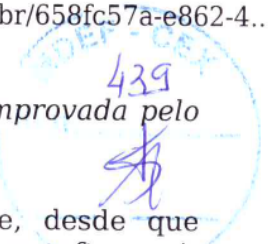
De fato, é nesse sentido que a doutrina e o TCU aconselham, ao recomendar a fixação no edital do SRP não apenas da quantidade máxima dos itens licitados, mas também estabelecer lotes mínimos - é dizer, quantitativo mínimo a ser fornecido a cada pedido -, para a obtenção de preços por atacado e, em decorrência,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

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

No caso, o documento de fls. 286, informa os

### **termo de referência com a aprovação da autoridade competente**

O Termo de Referência é o documento a ser elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter as informações e os elementos técnicos necessários



para assegurar a adequação do certame, sobretudo em relação à avaliação do custo, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia e suprimento, e o prazo da execução do contrato (de acordo com a definição do artigo 3º, inc. XI, do Decreto nº 10.024, de 2019 e inc. II do art. 8º do Decreto nº 3.555, de 2000). Tal documento deverá ser aprovado motivadamente pela autoridade competente (Conforme art. 14, inc. II, do Decreto nº 10.024, de 2019 e art. 8º, inc. IV do Decreto nº 3.555, de 2000).

No caso dos autos, o Termo de Referência, devidamente aprovado, consta de fls. 399/423.

**designação do pregoeiro, equipe de apoio e demais agentes que atuam no feito**

O art. 21, VI do Decreto nº 3.555, de 2000 e art. 8º, inc. VI, do Decreto nº 10.024, de 2019 exigem a comprovação da legitimidade do pregoeiro e dos membros da equipe de apoio e demais agentes que atuam no feito.

No presente caso, tal exigência foi cumprida às fls. 360/362.

**DO PARCELAMENTO DO OBJETO**

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

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

Se não for possível o parcelamento, deve ser expressamente consignada a justificativa de ordem técnica e/ou econômica a embasar a contratação conjunta do objeto.

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

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

*4.1.3) O requisito de natureza técnica*

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

*4.1.4.) O requisito de natureza econômica*

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

Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução de despesas administrativas. A possibilidade de participação de maior número de interessados não é o objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores

ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar elevação de custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares.”

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

*É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.*

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

No caso dos autos o órgão assessorado procedeu ao parcelamento da contratação, anexando a pertinente justificativa às fls. 287, recomenda-se que seja apresentada, também, a justificativa para esta opção.

Lembramos que a Justificativa do parcelamento da contratação, é feita após a análise de forma concomitante, a viabilidade técnica e econômica do parcelamento, a inexistência de perda de escala e o melhor aproveitamento do mercado e ampliação da competitividade.

### **PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DO CERTAME ÀS ME, EPP E COOPERATIVAS EQUIVALENTES**

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

Da mesma forma, o art. 6º do Decreto 8.538, de 2015, estabelece que as licitações para contratações públicas de bens, serviços e obras, cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00, deverão ser destinadas exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o que se aplica também às cooperativas com receita bruta equivalente à das empresas de pequeno porte, por força do art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007.

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

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.”*

Note-se, entretanto, que não se aplica a exclusividade nas hipóteses

expressamente elencadas nos incisos I a IV, do art. 10 do Decreto 8.538, de 2015 e art. 49 da LC 123, de 2006 (com a redação dada pela LC 147, de 2014), situação que deverá ser justificada:

Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do **caput** do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do **caput** deste artigo; ou

IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do **caput**, considera-se não vantajosa a contratação quando:

I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou

II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios.

No caso dos autos, a estimativa dos valores dos itens 18,35,56,76,79,80,85 e 86, da contratação, ultrapassa R\$ 80.000,00.

Acertada, portanto, a opção do órgão em destinar tais itens à ampla participação, sendo que os demais são destinados à participação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas equivalentes.

Apenas recomendamos que o órgão se certifique quanto à não incidência dos incisos I a IV, do art. 10 do Decreto nº 8.538, de 2015 e art. 49 da LC nº 123, de 2006, o que importaria, como consequência, o afastamento do tratamento diferenciado, e a abertura da competição a todas as empresas interessadas, independentemente de seu porte.

Em decorrência da redação do art. 48, III, da Lei Complementar nº 123, de 2004 (prevista na Lei Complementar nº 147, de 2014), a licitação com itens divisíveis de valor superior a R\$80.000,00, deverá ter até 25% de seu respectivo objeto destinado à licitação exclusiva para as citadas EPP's, ME's e Cooperativas:

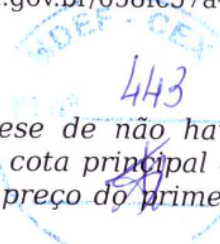
*“Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:*

*III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.”*

Por seu turno, o Decreto nº 8.538, de 2015, ao regulá-la, estabeleceu:

*“Art. 8º Nas licitações para a aquisição de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, os órgãos e as entidades contratantes deverão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.*

*§1º O disposto neste artigo não impede a contratação das microempresas ou das*



empresas de pequeno porte na totalidade do objeto.

§2º O instrumento convocatório deverá prever que, na hipótese de não haver vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal.

§3º Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço.

§ 4º Nas licitações por Sistema de Registro de Preço ou por entregas parceladas, o instrumento convocatório deverá prever a prioridade de aquisição dos produtos das cotas reservadas, ressalvados os casos em que a cota reservada for inadequada para atender as quantidades ou as condições do pedido, justificadamente.

§ 5º Não se aplica o benefício disposto neste artigo quando os itens ou os lotes de licitação possuírem valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tendo em vista a aplicação da licitação exclusiva prevista no art. 6º.

A área técnica verificou a aplicabilidade do art. 48, III, da LC nº 123, de 2006 ao caso concreto e destinou a cota de até 25% do objeto dos itens divisíveis da respectiva licitação, a serem destinados exclusivamente às ME's, EPP's e Cooperativas equivalentes, em atendimento à norma em vigor.

### **DA ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ELEITA**

Conforme Orientação Normativa Interna CJU/SP nº 03, "Compete à administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilizar a modalidade pregão."

No mesmo sentido, a Orientação Normativa n. 54, de 2014, do Advogado-Geral da União:

Compete ao agente ou setor técnico da administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável.

Vale salientar, em reforço, que o Decreto nº 10.024, de 2019, passou a dispor, nesse mesmo sentido:

"Art. 3º (...)

§ 1º A classificação de bens e serviços como comuns depende de exame predominantemente fático e de natureza técnica."

Na concepção de Marçal Justen Filho, "bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio" (Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. Editora Dialética, São Paulo, 2005, pág. 30).

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

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

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

Outrossim, o Decreto nº 10.024, de 2019, além de reiterar essa definição de bem comum, também estabeleceu o que deve ser entendido por bens e serviços especiais:

*“Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:*

*(...)*

*II - bens e serviços comuns - bens cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado;*

*III - bens e serviços especiais - bens que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade técnica, não podem ser considerados bens e serviços comuns, nos termos do inciso II;”*

Ademais, segundo o §1º, do artigo 1º, do Decreto nº 10.024, de 2019, a aquisição de bens e serviços comuns na Administração Pública deve ser empreendida, obrigatoriamente, através da modalidade Pregão, na forma eletrônica, de maneira que a escolha do Administrador se encontra em conformidade com o regime jurídico pertinente.

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

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

Ainda quanto a este aspecto, o Decreto nº 10.024, de 2019, no §2º, do artigo 3º, passou a dispor que *“os bens e serviços que envolverem o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica, caso possam ser definidos nos termos do disposto no inciso II do **caput**, serão licitados por pregão, na forma eletrônica.”*

No caso, pretende-se a eventual aquisição de Gêneros Hortifrutigranjeiros, o/a (s) qual(is) foi(ram) classificado/a(s) pelo órgão consulente como “bens comuns” ([2])([3]), conforme se depreende do Termo de Referência, às fls. 412.

Atestada a natureza comum dos bens pretendidos, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520, de 2002, julga-se adequada a opção do órgão pela contratação mediante pregão.

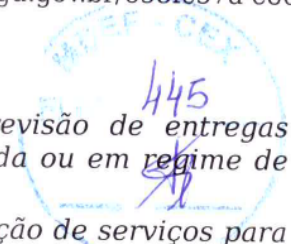
Considere-se também, no que concerne especificamente ao Sistema de Registro de Preços-SRP, a par da modalidade concorrência prevista no art. 15, §3º, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993, o art. 11 da Lei nº 10.520, de 2002 admitiu a utilização do Pregão para a efetivação do registro de preços para eventual contratação de bens e serviços comuns.

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

Por fim, o artigo 3º, do Decreto nº 7.892, de 2013, enumera nos incisos I a IV as situações nas quais deverá ser adotado, preferencialmente, o Sistema de Registro de Preços, *in verbis*:

*“Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:*

*I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de*



*contratações frequentes;*

*II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;*

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

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

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

Desta forma, é necessário indicar expressamente a hipótese em que se enquadra o pretendido registro de preços.

No caso concreto, não divisamos a informação de onde a contratação se enquadra nas hipóteses elencadas no art. 3º, do Decreto nº 7.892, de 2013, o que deverá ser observado pelo órgão consulente como forma de legalidade dos atos.

### **CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE**

O planejamento da contratação possui determinados requisitos, entre eles a especificação do objeto de acordo com critérios e práticas de sustentabilidade, além da verificação de incidência de exigências de sustentabilidade em obrigações da contratada (logística reversa, destinação das embalagens, por exemplo), bem como o alinhamento da contratação com o Plano de Gestão de Logística Sustentável (PGLS) do órgão, nos termos da Instrução Normativa n. 10/2012, SLTI/MPOG, c.c. o artigo 2º, parágrafo 1º do Decreto 10.024/2019.

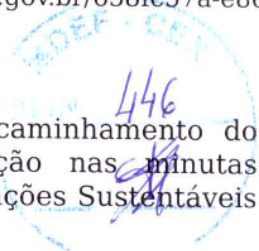
O Plano de Logística Sustentável é uma ferramenta de gestão e planejamento que permite estabelecer práticas de sustentabilidade e racionalização dos gastos nos processos administrativos. O compromisso com a sustentabilidade melhora a qualidade do gasto público, combate o desperdício e promove a redução de consumo.

As dimensões a serem consideradas são: econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, sempre se ressaltando que mediante exame do órgão assessorado no que incidente e se há incidência no caso concreto (artigo 2º, parágrafo 1º, Decreto 10.024/19). Sobre as diversas dimensões, há subsídios orientadores no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis.

O desenvolvimento sustentável deve ser implementado nas compras e as minutas devem trazer critérios de sustentabilidade de acordo com o PGLS e o objeto a ser licitado.

Na escolha de produtos sustentáveis a avaliação do ciclo de vida dos produtos direciona a produtos sustentáveis que podem gerar menos perdas, ser recicláveis, ser mais duráveis ou possuir menos substâncias tóxicas ou prejudiciais a saúde e gastar menos energia na sua produção.

Na especificação técnica do objeto a ser adquirido, recomendamos, como subsídio, a utilização do Catálogo de Materiais Sustentáveis do Ministério da Economia. - O CATMAT permite identificar itens de materiais sustentáveis que poderão ser adquiridos em substituição a itens similares.



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 previstas no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis (2ª edição - 2019), disponível no site da AGU.

Sobre a utilização do Guia, manifestou-se o Tribunal de Contas da União:

*203. Como boa prática pode-se citar a publicação do Guia Nacional de Licitações Sustentáveis (BRASIL, 2016c) , pelo Núcleo Especializado em Sustentabilidade, Licitações e Contratos (NESLIC) , integrante da Consultoria-Geral da União - CGU, da Advocacia-Geral da União.*

*204. A obra tem como objetivo oferecer segurança jurídica aos gestores públicos na implementação de práticas socioambientais, de acordo com o art. 3º da Lei 8.666/1993 (BRASIL, 1993) . O guia apresenta critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade e traz orientações sobre planejamento e avaliação da necessidade de contratação.*

*(TCU - Acórdão 1056/2017 - Plenário)*

Registre-se que há possibilidade, mediante motivação administrativa constante do processo administrativo, de serem inseridas outras previsões de sustentabilidade além das legalmente previstas e constantes do Guia, desde que observados os demais princípios licitatórios.

Além do Guia Nacional, podem ser inseridos critérios de sustentabilidade nos pregões para compra, com base no art. 5º da IN nº 01/2010 do MPOG.

Assim, critérios de sustentabilidade específicos para cada compra podem ser implementados, com base na legislação ambiental vigente (Leis, Decretos, Instruções Normativas e Portarias da ANVISA, do CONAMA, do Ministério do Meio Ambiente e outros órgãos), a depender do tipo de produto, recomendando-se o foco nos seguintes temas, quando cabíveis: promoção do descarte, coleta e reciclagem dos materiais, gerenciamento de resíduos, redução no índice de emissão de gases e poluição.

Observe-se, ainda, se há observância à previsão legal de prioridade nas aquisições de produtos reciclados e/ou recicláveis (art. 7º, XI, da Lei nº 12.305, de 2010).

Além disso, nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º, do Decreto 10.024/2019, as contratações públicas mediante pregão eletrônico deverão atentar para que o princípio do desenvolvimento nacional sustentável seja observado em todas as etapas da contratação e tenha por base o PGLS do órgão:

*Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.*

*§ 1º O princípio do desenvolvimento sustentável será observado nas etapas do processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, com base nos planos de gestão de logística sustentável dos órgãos e das entidades.*

Em síntese, no tocante à promoção do desenvolvimento nacional sustentável previsto no artigo 3º, caput, da Lei 8.666/93, deverão ser tomados quatro cuidados gerais pelos gestores públicos em aquisições: