



235

Y

**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**  
**CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**  
**NÚCLEO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO EM SÃO PAULO**

**PARECER/AGU/NAJ/SP/375/2009- HMR**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DE GESTÃO Nº: 67617.10717/2008-58**

**INTERESSADO: COMANDO DA AERONÁUTICA – SRPV.**

**ASSUNTO: Aquisição e instalação de central telefônica – Pregão Eletrônico – Sistema de Registro de Preços.**

**VALOR: R\$ 1.629.729,67**

**DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. PREGÃO ELETRÔNICO. Aquisição e instalação de central telefônica. O saneamento do feito é indispensável a configuração da regularidade do procedimento.**

Trata-se de parecer jurídico elaborado em atenção ao disposto no parágrafo único, do artigo 38, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública; no artigo 11, inciso VI, alínea "a", da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União; e na alínea "b", do inciso V do art. 3º, do Ato Regimental AGU nº 05, de 27 de setembro de 2007, que dispõe sobre a competência dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, todas disposições legais que determinam o exame prévio e conclusivo, por parte do NAJ/SP, dos atos relativos à realização de licitações e exame dos respectivos textos de editais, contratos ou instrumentos congêneres.

S

2. Versam os autos sobre a aquisição e instalação de central **telefônica** para atender às necessidades do **Órgão**, conforme os pedidos de compras de fls. 01/05.

3. **Ab initio**, cumpre tratar da instrução do feito, elencando-se os requisitos previstos na legislação pertinente e confrontando-os com os documentos juntados aos autos, para que se verifique a regularidade do presente processo licitatório:

- a) justificativa da contratação: fls. 89/90;
- b) termo de referência: fls. 84/98 e Especificação Técnica 01/TEL/2008 e apêndices de I a V: fls. 991117; Especificação Técnica 02/TEL/2008: fls. 1181128; Especificação Técnica 03/TEL/2008: pendente; Especificação Técnica 04/TEL/2008 e apêndices de I a V: fls. 1291149 e Especificação Técnica – Comissão de Implantação do Sistema de Controle do Espaço Aéreo: fls. 1501179;
- c) aprovação do termo de referência: pendente (obs: o documento de fl. 98 não está assinado);
- d) edital e anexos, com definição das condições da contratação: fls. 1801233;
- e) planilha de preço de referência: pendente;
- f) **previsão de recursos orçamentários**: pendente;
- g) designação do pregoeiro e equipe de apoio: fls. 08/14;
- h) autorização para a abertura do processo administrativo: fl. 06 (obs: o documento não está assinado);
- i) autorização de realização do pregão para o Sistema de Registro de Preços: fl. 07 (obs: o documento não está assinado);
- j) orçamentos recebidos: fls. 15/83.

4. Iniciado o processo de contratação, a modalidade licitatória escolhida foi a do pregão. O pregão, segundo a Lei nº 10.520/02, pode ser utilizado "*para aquisição de bens e serviços comuns*", assim considerados "*aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*" (artigo 1.º c/c parágrafo único). O regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.555/00, por sua vez, define bens e serviços comuns como "*aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser concisa e objetivamente definidos no objeto do edital, em perfeita conformidade com as especificações usuais praticadas no mercado, de acordo com o disposto no Anexo II*" (artigo 3º, §2º).

5. É o breve relato. Passa-se à análise do processo.

### A PERTINÊNCIA DE REALIZAÇÃO DO PREGÃO.

6. A apreensão deste tópico requer uma interpretação sistemática de vários dispositivos legais e normativos.

7. Por primeiro, por força do art. 15, II, da Lei Federal nº 8.666/1993, sempre que possível, as compras deverão ser processadas por meio de sistema de registro de preços. Pelo parágrafo 3º do inciso I do mesmo artigo, aludido sistema será regulado por decreto, sendo a seleção feita mediante concorrência.

8. Adveio do Decreto Federal nº 3.931/2001, regulamentando o mencionado art. 15, II, da Lei Federal nº 8.666/1993.

9. Percutindo, especificamente, no conceito de bem e serviço comum, a Lei Federal nº 10.520/2002, instituiu nova modalidade de licitação denominada de pregão. Previu, também, no seu art. 11, a possibilidade de formação de ata de registro de preços, mediante licitação sob a modalidade de pregão, quando se tratar de compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito dos entes da federação. Não desfocando disso, o art. 3º do Decreto Federal nº 3.931/2001, na redação dada pelo Decreto Federal nº 4.342/2002, estabelece:

Art. 3º A licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência ou de pregão, do tipo menor preço, nos termos das Leis nºs 8.666, de 21 de julho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002, e será precedida de ampla pesquisa de mercado.(Redação dada pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002)

§ 1º Excepcionalmente poderá ser adotado, na modalidade de concorrência, o tipo técnica e preço, a critério do órgão gerenciador e mediante despacho devidamente fundamentado da autoridade máxima do órgão ou entidade.(Redação dada pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002)

Y

10. Nesta vereda, o art. 1º da Lei Federal nº 10.520/2002 prescreve:

“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.

11. Colhe-se na doutrina indicativos que contribuem para uma melhor definição do que vem a ser um *bem* ou *serviço comum*. Com efeito, bem comum é aquele que possui um objeto padronizado, que não é produzido sob encomenda, de forma específica e singular, o qual se encontra disponível no mercado, apresentado configuração um tanto quanto invariável. Como doutrina Marçal Justen Filho<sup>1</sup>:

"O ponto nuclear relaciona-se com a idéia de que a licitação para contratação de objeto 'padronizado' não necessita sujeitar-se a trâmites tão minuciosos como os necessários para fornecimentos de objetos singulares e específicos. Ou seja, há casos em que a necessidade da Administração pode ser satisfeita por meio de bens que estão disponíveis no mercado e que apresentam configuração em termos mais ou menos invariáveis. São hipóteses em que é público o domínio das técnicas para produção do objeto e seu fornecimento ao adquirente (inclusive a Administração), de tal modo que não existe dificuldade em localizar um universo de fornecedores em condições de satisfazer plenamente o interesse estatal.

Em outros casos, o objeto deverá ser produzido sob encomenda ou adequado as configurações de um caso concreto. O fornecedor deverá avaliar a necessidade

---

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários a Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 21.

r

4

pública e produzir um objeto diferenciado. Isso significa que o universo de possíveis fornecedores é muito mais restrito, já que nem todos os agentes econômicos que estão no mercado dispõem de condições para a execução do objeto."

12. A fls. 25 da mesma obra, Marçal Justen Filho faz importante observação:

"...O conceito de *bem ou serviço comum* pressupõe a existência de um objeto destituído de peculiaridades que demandem indagação sobre a habilitação do fornecedor."

13. Na sequência, após tecer considerações acerca das zonas de indeterminabilidade jurídica do conceito de bem e serviço comum, Marçal Justen Filho, à fls. 26 a 30, passa a apresentar características indicativas da qualificação de um bem ou serviço como comum. São elas: a) *disponibilidade no mercado próprio*; b) *padronização*.

14. Quer se dizer com *disponibilidade no mercado próprio* que o bem já se encontra acessível no mercado quando a Administração tenciona comprá-lo. Em outro fraseado, para a contratação, a Administração não formula exigências específicas, ao reverso, ela se beneficia de algo que já é usual e estavelmente produzido em mercado próprio, por meio de atividade econômica frequente. Daí porque o Autor em exame arremata à fls. 26:

"Poderia afirmar-se que a *disponibilidade no mercado* é a primeira característica que dá identidade ao bem ou serviço qualificável como comum."

15. Isso significa que o pregão poderá ser adotado sempre que a Administração puder localizar no mercado, sem qualquer dificuldade, o objeto de que necessita. Daí decorre a impossibilidade de aplicação do pregão para objetos que apresentem características peculiares ou que demandem inovações destinadas a atender necessidades próprias e exclusivas da Administração.

16. Volta-se, agora, para a segunda característica, qual seja, a **padronização**. Tem-se com ela um forte indício que contribui para a tipificação de um bem ou serviço como comum. A padronização pressupõe que o bem ou serviço possa ser produzido em série, segundo atributos ou qualidades predeterminados, não sofrendo variação e se houver alterações serão mínimas ou irrelevantes. Marçal Justen Filho à fls. 28 da Obra já citada tece o seguinte comentário:

"Em termos econômicos, a padronização torna viável a disponibilidade do objeto num mercado próprio. É que a negociação simples e rápida e o fornecimento imediato somente podem ocorrer na medida em que as partes não tenham dúvidas ou exigências peculiares relativamente ao objeto da negociação.

Ressalte-se que a padronização tanto pode envolver a configuração do objeto em si mesmo quanto o modo de sua classificação. Essa diferenciação é relevante porque permite aplicar o conceito tanto a produtos industrializados como a bens de natureza e serviços."

17. Prosseguindo, e antes de formular o seu conceito, adverte ainda Marçal Justen Filho que a qualidade de "comum" é externa ao bem ou serviço". Quer isto dizer que o qualificativo não faz parte da sua essência, não sendo possível, portanto, reconhecer um bem ou serviço pelo simples exame dele próprio. **Para se aferir se se trata ou não de bem ou serviço comum é indispensável examinar o mercado para se saber se lá há ou não a disponibilidade do objeto cuja compra se pretende.** Por conseguinte, o atributo de "comum" é uma qualidade circunstancial, a qual deve estar associada a real necessidade da Administração, para que esta, ao definir o objeto da contratação, busque descrevê-lo de forma clara, concisa e objetiva, estipulando as especificações que julga devidas para atender o seu interesse, mas sempre tendo em mira que as especificações exigidas não tornam o bem ou serviço indisponível no mercado ou fora dos padrões regulares e já consolidados perante os fornecedores. Após isso, importante se faz a transcrição da conclusão de Marçal Justen Filho feita à fls. 28 da obra já citada:

"Antecipe-se, desde logo, que essa advertência é extremamente relevante a propósito da interpretação de qualquer 'lista' regulamentar de bens e serviços comuns. Não basta o objeto estar referido na lista, mas é indispensável a verificação da realidade. Além do que, como observa com maestria JORGE ULISSES JACOBY

FERNANCES, 'mesmo em se tratando de bem ou serviço comum, pode a Administração definir características que restringem a competição, desde que tenha por objetivo assegurar a qualidade ou o melhor desempenho e que essas restrições sejam facilmente compreendidas no mercado, e que nos termos do art. 3º, inc. III, da Lei nº 10.520/02 sejam justificadas nos autos do processo'.

18. Diante do exposto, segue-se o conceito de bem ou serviço comum proposto por Marçal Justen Filho à fls. 30 do Livro já citado:

*"Para concluir, numa tentativa de definição, poderia dizer-se que 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."*

19. A resenha doutrinária ora feita, serve de estofo para que se analise com segurança o objeto da presente licitação, uma vez que tanto a Lei Federal, como o Decreto Federal não são perfeitamente exatos na conceituação de bem ou serviço comum.

20. No presente caso, deve a Autoridade assessorada verificar se os materiais que pretende adquirir são objetos já padronizados no mercado, ou seja, desprovidos de exigências ou peculiaridades específicas, tornando-os uma mercadoria disponível no mercado, produzido de maneira estável e frequente. É imprescindível esta verificação, impondo-se a sua certificação nos autos, para o fim de justificar a utilização da modalidade licitatória de pregão, o qual, como visto, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns.

21. **In casu, o item 3 (três) do Termo de Referência certifica que se tratam de bens comuns (fl. 90). Entretanto, é imprescindível que o Órgão assessorado formalize a justificativa para a contratação, bem como, motive em ato administrativo próprio que os bens, cuja ata de registro se pretende, enquadram-se no conceito legal de bem comum, tendo em vista as características de disponibilidade no mercado próprio e a padronização.**

22. Ademais, na justificativa para a realização do pregão em exame (fls. 89/90), **deve-se acrescentar justificativa concludente para a qualidade ou a quantidade especificadas**

U

✓

A

**no pedido de aquisição dos equipamentos. E, nos moldes do que determina o art. 15, § 7º, inciso II da Lei nº 8.666/193, legislação essa aplicada subsidiariamente por força do que dispõe o art. 9º da Lei nº 10.520/2002, "nas compras deverão ser observados, ainda, 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".**

23. Portanto, cumpre asseverar que **deve o órgão interessado na realização do pregão oferecer motivação idônea, baseada em técnicas quantitativas de estimação, para a quantidade e a qualidade dos equipamentos cujo pedido de aquisição originaram o presente processo.** Recomenda-se, então, em atenção ao disposto no inciso II do § 7º da Lei nº 8.666/193, que sejam justificadas nos autos as quantidades e a qualidade dos equipamentos objeto do pregão.

24. Sobre o tema, muito elucidativa a ponderação de Marçal Justen Filho, na obra "*Pregão (comentários a legislação do pregão comum e eletrônico)*", da qual consta a seguinte passagem:

"Toda e qualquer licitação pressupõe ato explícito da autoridade competente, destinado a definir a necessidade da contratação. Mas a justificativa não pode compreender apenas isso e deve ser muito mais ampla. O ato da autoridade superior, além de apontar a necessidade da contratação, deverá avaliar a conveniência e a presença dos requisitos legais necessários à contratação. Isso envolve examinar os requisitos dos arts. 7º, 8º, 14 e 15 da Lei nº 8.666." (4ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Dialética, 2005, p. 73/74).

25. Os equipamentos solicitados foram enumerados no termo de referência, em elenco fornecido pela área técnica competente e que deve corresponder às necessidades do órgão, valendo lembrar que a Lei do Pregão prevê que essa "*definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição*" (artigo 3º, II, da referida lei).

26. Acrescentamos que a estimativa de custo deve espelhar os preços praticados no mercado, e para a realização de tal pesquisa o Tribunal de Contas da União recomenda a consulta a três empresas distintas, cujos orçamentos devem ser anexados ao feito, conforme se

A

depreende, por exemplo, do Acórdão nº 980/2005 do Plenário daquela Corte:

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União (...) em:*

*(...)*

*9.2. determinar a Fundação Biblioteca Nacional que:*

*(...)*

*9.2.3. proceda, quando da realização de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta de preços correntes no mercado, ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, constantes do sistema de registro de preços, em cumprimento ao disposto nos arts. 26, parágrafo único, inciso III, e 43, inciso IV, da Lei n. 8666/1993, consubstanciando a pesquisa no mercado em, pelo menos, três orçamentos de fornecedores distintos, os quais devem ser anexados ao procedimento licitatório;*

27. Assim, recomenda-se instruir o processo com tais orçamentos, bem como a apresentação da planilha de custo estimado da contratação, com o detalhamento da respectiva média aritmética dos orçamentos recebidos, para que se respeite a orientação do TCU. *In casu*, foram apresentados os orçamentos às fls. 15/83, entretanto não existiu a apresentação da **planilha de custo** estimado da contratação, com o detalhamento da respectiva média aritmética dos orçamentos recebidos.

28. Ocorre que, cabe ressaltar, quanto a pesquisa de mercado e a elaboração da Planilha de Preços e posterior fixação do valor de referência da contratação, essas medidas constituem uma fase preparatória do procedimento licitatório por demais relevante, na medida em que é esse valor de referência que define muitos outros aspectos do procedimento, como, por exemplo, a modalidade licitatória adequada, o valor para verificação de disponibilidade orçamentária, a proposta considerada **inexequível** ou aquela que extrapola os valores praticados no mercado, etc.

29. É de inteira responsabilidade da autoridade contratante a verificação quanto a plausibilidade dos valores apresentados, podendo até, justificadamente, desconsiderar valores julgados inverossímeis ou demasiados. Sobre tais dados técnicos, frisamos que não cabe a esse órgão jurídico se manifestar, até mesmo porque somos desprovidos dos conhecimentos técnicos específicos para tal análise.

30. Considerando nosso papel de proporcionar a Autoridade o máximo de segurança possível para a prática do ato, não podemos deixar de apontar que, a nós, parece temerário fixar o valor de referência de uma contratação da forma em que realizada nos autos, ou seja, sem a média aritmética dos orçamentos que permita constatar, pelo menos aproximadamente, o valor justo a ser pago.

31. Considerando esse aspecto e a necessidade de defesa do interesse público consubstanciada na não contratação acima do preço justo praticado no mercado, seria de bom alvitre que a autoridade contratante proceda a elaboração de uma Planilha de Termo de Referência, contemplando a média aritmética dos orçamentos recebidos, a fim de obter maior acuidade dos preços orçados. Ademais, com relação aos orçamentos recebidos, sugerimos sejam desconsiderados os preços julgados desproporcionais, demasiados, expondo, nos autos, as razões para tanto, afinal, é melhor a desconsideração de tais preços, ainda que se anexe aos autos menos de três orçamentos (como recomenda o TCU), do que a consideração dos mesmos, elevando o valor de referência do objeto e, ao final, o valor da contratação.

32. Vale lembrar, outrossim que existem outras formas para fixação do valor de referência de uma contratação, como, por exemplo, os preços praticados em outras contratações com o mesmo objeto, o que pode ser utilizado nos autos, desde que se justifique a não utilização da pesquisa de mercado, seja pela falta de credibilidade dos preços orçados, seja por qualquer outro motivo que justifique sua exclusão.

33. Consta dos autos, também, o Termo de Referência, documento de juntada obrigatória nos processos de pregão. Relativamente ao Termo de Referência anexado aos autos, é importante que se diga que, por configurar documento essencial no pregão, deve estar apto a propiciar a avaliação do custo da compra pela Administração, mediante orçamento detalhado e planilhas de custo que estejam de acordo com os preços praticados no mercado, bem como a definição de métodos, a estratégia de suprimento e o prazo para a execução do contrato.

34. Vale observar ainda, relativamente ao Edital, que dada a sua importância para a realização da modalidade licitatória conhecida por pregão, deve estar previamente assinado pela autoridade competente, tendo em vista que a legislação exige que se aprove, expressamente, o contido no respectivo Edital e Termo de Referência.

35. No que tange aos recursos necessários às despesas originadas com a realização do pregão e futura contratação lembramos que deve ficar comprovada a possibilidade de a Administração arcar com o pagamento do valor, **quando do momento da contratação por se tratar de Registro de Preços**, de conformidade com o que exige o art. 14 da Lei nº 8.666/93<sup>2</sup>, que se aplica subsidiariamente, como lei geral das licitações, e também em razão do contido no art. 19<sup>3</sup> e no inciso IV, do art. 21, ambos do Decreto nº 3.555/00<sup>4</sup>. Ademais, a autoridade administrativa pode vir a ser responsabilizada pela realização de despesas sem o respectivo lastro orçamentário, tudo em razão do que estipulam os artigos 15 e 16 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – lei de responsabilidade fiscal. **Assim, é imprescindível que seja feita a menção às rubricas do orçamento, bem como seja documentada a certificação orçamentária antes de cada uma das contratações.**

36. Perifericamente, há **que se atentar para o cuidado que se deve ter com a competência de todas as autoridades ou agentes públicos que atuam no feito. Cabe, pois, a autoridade administrativa analisar se cumpre tais requisitos.**

37. Recomenda-se, ainda, no que tange à instrução processual, sejam observadas, sempre, as disposições da Portaria Normativa/MD nº 1.243, de 21 de setembro de 2006, publicada no DOU, **Seção 1**, do dia 25 subsequente, que dispõe sobre os procedimentos gerais referentes à gestão de processos, no âmbito do Ministério da Defesa e dos Comandos das Forças Armadas. A referida Portaria exige seja observada a numeração sequencial. In **casu, não identificamos problemas nesse sentido.**

38. Finalmente, há que se proceder, além das observações já feitas, à **análise pontual do Termo de Referência, da Minuta do Edital, do Modelo de Ata de Registro de Preços e da Minuta de Contrato.** Várias são as recomendações, como segue.

- **TERMO DE REFERÊNCIA**

39. Nota-se que o órgão interessado adotou o modelo de termo de referência elaborado por este NAJ/SP, atitude esta louvável. Todavia, tratando-se de um modelo em constante

<sup>2</sup> Cf. artigo 14 da Lei nº 8.666/93: "Art. 14. 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".

Cf. artigo 19 do Decreto nº 3.555/00: "Art. 19. Nenhum contrato será celebrado sem a efetiva disponibilidade de recursos orçamentário para pagamento dos encargos, dele decorrentes, no exercício financeiro em curso".

Cf. artigo 21, inciso IV, do Decreto nº 3.555/00: "Art. 21. Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meio eletrônico, serão documentados ou juntados no respectivo processo, cada qual oportunamente, compreendendo, sem prejuízo dos outros, o seguinte: (...) IV – garantia de reserva orçamentária, com a indicação das respectivas rubricas;"