



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA
UNIÃO - CGU
COORDENAÇÃO-GERAL DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E ANÁLISE LEGISLATIVA

PARECER n. 00242/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.103418/2018-15

INTERESSADOS: DIRETORIA DE GESTÃO INTERNA - DGI

ASSUNTOS: CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. PREGÃO ELETRÔNICO. LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE "SERVIÇOS DE COPEIRAGEM E GARÇONARIA", COM FORNECIMENTO DE INSUMOS E EQUIPAMENTOS.

1. Cuida-se de contratação de empresa especializada na prestação de forma contínua de "serviços de copeiragem e garçonaria" com fornecimento dos insumos e equipamentos para o preparo de café nas dependências do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União bem como em outros imóveis que venham a ser ocupados pelo Órgão, em Brasília-DF;
2. Necessidade de complementação da instrução;
3. Viabilidade jurídica de realização do certame, desde que observadas as recomendações.

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de contratação de empresa especializada na prestação de forma contínua de "serviços de copeiragem e garçonaria" com fornecimento dos insumos e equipamentos para o preparo de café nas dependências do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União bem como em outros imóveis que venham a ser ocupados pelo Órgão, em Brasília-DF, conforme discriminado no Termo de Referência SEI nº 0817159.

2. Após Estudos Preliminares (SEI 0798825) realizados pela área técnica do Ministério, identificou-se a possibilidade de reunião, em um mesmo contrato, de serviços hoje prestados em diferentes ajustes (Copeiragem, Fornecimento de água mineral, fornecimento de bebidas quentes e, por fim, fornecimento de água e açúcar). A medida proposta, de acordo com a análise, reduziria os gastos anuais que hoje totalizam R\$ 1.610.891,40, para menos da metade (estimativa para a contratação pretendida: R\$ 770.558,64 - conforme item 20 do TR)

3. Afirmou-se no Estudo Preliminar (EP) que, após avaliadas as opções existentes (item 5.8 do EP), decidiu-se pela reunião dos contratos a partir da contratação de "Serviços de Copeiragem e Garçonaria", com o respectivo fornecimento de insumos e equipamentos pela empresa contratada.

4. Para fins de instrução do feito destaca-se a juntada dos seguintes documentos:

1. Documento de Formalização de Demanda (SEI 0668632)
2. Nota Técnica nº 813 (SEI 0668722)
3. Termo de Referência (SEI 0817159)
4. Planilha de formação de preços (SEI 0815221)
5. Planilha comparativa de preços - equipamentos e insumos (SEI 0815234)
6. Minuta do Edital (SEI 0822075)
7. Minuta do Contrato (SEI 0844698)
8. Declaração de disponibilidade orçamentária (SEI 0820339)

5. Foi solicitada **PRIORIDADE** na apreciação do feito.

6. Em síntese, é o relatório. Passa-se à análise.

II - ANÁLISE JURÍDICA

2.1. FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

7. 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.

8. 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.

9. 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.

10. 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.

11. 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.

12. Finalmente, é nosso dever salientar que determinadas observações são feitas 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.

2.2. REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO

13. De acordo com o art. 22 da Lei nº 9.784/99, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

14. Com efeito, no que pertine especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, 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.

15. Os autos do processo submetidos à análise encontram-se regularmente formalizados em processo eletrônico no sistema SEI, em conformidade com o ordenamento jurídico aplicável.

2.3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA POSSÍVEL VEDAÇÃO À TERCEIRIZAÇÃO PRETENDIDA

16. O Decreto nº 2.271, de 1997, aplicável a toda a Administração Pública Federal Direta, explicita que “poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade” (art. 1º, *caput*).

17. O mesmo diploma normativo, em seguida, especifica as atividades que poderão ou não ser objeto de execução indireta, conforme se depreende dos § 1º e § 2º do citado art. 1º, *in verbis*:

***“§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.*”**

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.”

18. O E. TCU tem posicionamento firmado nessa direção, como se pode verificar dos julgados seguintes, extraídos da publicação do Tribunal de Contas da União, Licitações & Contratos - Orientações Básicas, 3ª Edição, Revista, Atualizada e Ampliada:

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

“Observe a regra constitucional do concurso público nas admissões de pessoal, abstendo-se de contratar mão-de-obra terceirizada para o desempenho de

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

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

21. No presente caso, o órgão pretende a contratação de serviços continuados de Copeira, Garçom e Encarregado Geral, que não foram expressamente vedados nas normas acima referidas, pele que parece viável a terceirização pretendida. Registre-se, por fim, que no item 2.3 do Termo de Referência restou expressamente consignado o seguinte: "2.3. Com o encerramento do atual contrato faz-se necessária a contratação do serviço, que possui característica de serviço continuado essencial, não podendo ser paralisado, sob pena de prejuízo ao desenvolvimento das atividades-fim do Órgão ressaltando que a CGU não possui em seu quadro de servidores, cargo com atribuições para a realização desta atividade, sendo necessária a terceirização do serviço." grifou-se (SEI nº 0817159).

2.4. DA CONTRATAÇÃO CONJUNTA EM DETRIMENTO DO PARCELAMENTO

22. 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 8.666/93

23. 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.

24. 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.

25. Sublinhe-se, ainda, 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 dispondo 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".

26. Nesta mesma linha de raciocínio, o dever de parcelamento também implica que, caso o serviço abranja o fornecimento de materiais e equipamentos que representem percentual expressivo do custo total, sejam realizadas contratações distintas, salvo justificativa técnica ou econômica que afaste esta exigência.

27. Oportuno observar, ainda, a expressa previsão inserida no item 3.8 do Anexo III da IN nº 05/2008:

3.8. Justificativas para o parcelamento ou não da solução:

a) O parcelamento da solução é a regra devendo a licitação ser realizada por item, sempre que o objeto for divisível, desde que se verifique não haver prejuízo para o conjunto da solução ou perda de economia de escala, visando propiciar a ampla participação de licitantes, que embora não disponham de capacidade para execução da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas;

b) Definir e documentar o método para avaliar se o objeto é divisível, levando em consideração o mercado fornecedor, podendo ser parcelado caso a contratação nesses moldes assegure, concomitantemente:

b.1) ser técnica e economicamente viável;

b.2) que não haverá perda de escala; e

b.3) que haverá melhor aproveitamento do mercado e ampliação da competitividade;

28. O órgão, ciente da exigência legal, justificou a opção pela contratação conjunta nos seguintes termos:

7.1 - DESCABIMENTO DA DIVISÃO

Após a realização dos estudos necessários, verificou-se o descabimento da divisão da solução, conforme segue demonstrado:

Justificativa da inviabilidade técnica da divisão da solução se dá devido os serviços apresentarem características semelhantes e não serem especializados, e em relação ao fornecimento dos materiais e insumos pela própria empresa é vantajosa uma vez que podem adquirir em quantidade muito superior e assim obter preços mais reduzidos que a administração, além de outras vantagens, no qual podemos citar que, como é feito atualmente a CGU realiza a compra do material, além do preço do produto, deve-se considerar outros custos envolvidos, tais como a remuneração dos servidores envolvidos que se ocuparão com estas atividades, em vez de estarem realizando outras mais prioritárias além de custos com transporte, armazenagem e possíveis perdas.

Justificativa da inviabilidade econômica da divisão da solução se dá uma vez que é mais vantajoso a empresa oferecer os serviços de mão de obra conjuntamente, pois os custos são rateados para os cargos a ser contratado, sendo que se forem ofertados separadamente e se até forem prestados por empresas diferentes encareceria, uma vez que os custos para o gerenciamento dos postos seriam duplicados e assim podendo oferecer os equipamentos e os insumos pretendidos com valores finais mais baratos;

Perda de escala com a divisão da solução ocasiona o encarecimento da mão de obra e dos demais insumos e produtos tornando a aquisição ineficiente e desvantajosa.

Ausência de aproveitamento do mercado e ampliação da competitividade com a divisão da solução pois no mercado é comum oferecer os serviços de copeiragem e garçonaria juntos e com fornecimento dos equipamentos e insumos, separando este item a competitividade seria prejudicada, podendo ocasionar prejuízo as empresas e encarecendo o valor do serviço oferecido.

(Item 7.1 do Estudo Preliminar - SEI 0798825)

29. A opção por não se parcelar a contratação em ajustes distintos foi adequadamente fundamentada, de forma que resultou atendido o referido requisito legal.

2.5. LIMITES DE CONTRATAÇÃO PREVISTOS NO DECRETO Nº 7.689, de 2012

30. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 7.689, de 2012 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. O dispositivo assim prevê:

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. (Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

§ 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: (Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

I - titulares de cargos de natureza especial; (Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

II - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas aos Ministros de Estado; (Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

III - dirigentes máximos das entidades vinculadas. (Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

§ 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. (Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

§ 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. (Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

§ 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. (Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

31. 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.

32. 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 citada Portaria.

33. No caso dos autos, consta a autorização do Diretor de Gestão Interna do Ministério (SEI nº 0822153), autoridade legitimada por meio da Portaria nº 1.034, de 28 de Abril de 2017.

2.6. ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ELEITA

34. No caso, pretende-se a contratação de serviços de Copeiragem e Garçom, com fornecimento dos insumos e equipamentos para o preparo de café, os quais foram classificados pelo órgão consulente como "**serviços comuns**", conforme se depreende do Termo de referência (SEI nº 0817159, item 3.1).

35. Atestada a natureza comum dos serviços 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.

36. Ademais, segundo o art. 4º "caput" do Decreto nº 5.450, de 2005, a aquisição de bens e serviços comuns na Administração Pública deve ser empreendida através da modalidade Pregão, de preferência, em sua forma eletrônica, de maneira que a escolha do Administrador se encontra em conformidade com o regime jurídico pertinente.

2.7. INSTRUÇÃO DO PROCESSO

37. Sem prejuízo dos documentos que já constam neste processo, é necessário que a Autoridade assessorada verifique e vele para que seja observada a devida instrução destes autos.

38. Desse modo, passa-se à verificação do atendimento de outros requisitos procedimentais para a contratação. Assim, serão tecidas considerações acerca das determinações constantes do ordenamento jurídico, em face do caso vertente.

2.7.1 Estudos preliminares e justificativa da contratação

39. A Instrução Normativa nº 05/2017 exigiu durante a fase de planejamento da contratação a realização de Estudos Preliminares (art. 20, inc. I c/c art. 24). Em atenção ao requisito, a área demandante anexou o documento SEI 0798825.

40. Quanto à justificativa da contratação, não cabe ao órgão jurídico adentrar o mérito (oportunidade e conveniência) das opções do Administrador, exceto na hipótese 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.

41. Na descrição do serviço, o gestor deverá tomar as cautelas necessárias para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais, sem as quais, não poderão ser atendidas as necessidades da Administração, evitando por outro lado, detalhes considerados irrelevantes ou impertinentes, que podem limitar a competição indevidamente.

42. No caso concreto, a justificativa da contratação foi apresentada inicialmente no Documento de formalização da Demanda (SEI 0668632), conforme art. 21, inc. I da IN 05/2017, bem como no Termo de Referência (item 2 - SEI 0817159), atendendo às diretrizes exigidas na legislação (art. 21, I do Decreto nº 3.555/00).

2.7.2 Autorização para abertura da Licitação

43. A autorização para abertura da licitação devidamente assinada pela autoridade competente decorre da exigência do art. 21, inc. V do Decreto nº 3.555, de 2000 e art. 30, inc. V do Decreto nº 5.450, de 2005 (pregão eletrônico). A contratação encontra-se devidamente autorizada pelo Diretor de Gestão Interna, na forma do disposto na Portaria nº 1.034, de 28 de Abril de 2017 e do art. 2º do Decreto nº 7.689/12.

2.7.3. Gerenciamento de riscos

44. O processo de gerenciamento de riscos também constitui-se em exigência prevista na Instrução Normativa nº 05/2017. Nos termos do art. 26 da Instrução o gerenciamento é materializado no documento Mapa de Riscos, o qual foi juntado no documento SEI 0805488.

45. No caso específico em análise, por se tratar de contratação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Instrução fez exigência especial no seguinte sentido:

Art. 18. Para as contratações de que trata o art. 17, o procedimento sobre Gerenciamento de Riscos, conforme especificado nos arts. 25 e 26, obrigatoriamente contemplará o risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada.

46. Analisando o documento de gerenciamento (SEI 0805488) não se detectou a menção aos riscos supramencionados. Dessa forma, **recomenda-se a complementação do mapa de risco a fim de prever a possibilidade de "descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada", bem como as possíveis medidas em caso de tal ocorrência, tudo com base no exigido no art. 18 da IN nº 05/2017.**

2.7.4 Termo de referência com a aprovação da autoridade competente

47. O Termo de Referência é o documento que deverá conter as informações e os elementos técnicos necessários para assegurar a viabilidade da contratação, 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. Tal documento deverá ser aprovado motivadamente pela autoridade competente, em atenção ao art. 9º, II do Decreto nº 5.450/05.

48. No caso dos autos, o Termo de Referência consta no documento SEI nº 0817159, o qual foi juntado com a respectiva aprovação do Diretor de Gestão Interna - DGI desta CGU, autoridade que estaria legitimada a firmar os contratos deste Ministério por força do art. 107, inciso IV da Portaria CGU n. 677/2017.

2.7.5 Planilha de Custos

49. O art. 7º, §2º, inc. II, da LLCA, e o item 2.9 do Anexo V da IN nº 05/2017, determinam a elaboração de planilha de custos e formação de preços, com o detalhamento de todos os custos envolvidos, devendo adotá-la na pesquisa de preços junto às empresas.

50. Assinale-se, oportunamente, que a adoção de tal planilha é bastante recomendada, posto que, além de identificar os elementos que compõem o preço dos serviços, tornará possível a avaliação da exequibilidade das propostas na ocasião do certame, bem como será de suma importância para avaliação de eventuais desdobramentos contratuais futuros, como, por exemplo, o pedido de reequilíbrio contratual, ou de repactuação de preços, quando aplicável.

51. Assim, **a não ser que a natureza do objeto da contratação torne inviável ou desnecessário o detalhamento dos custos incidentes, tal planilha deverá ser elaborada, separando os custos relativos a cinco elementos mínimos: mão-de-obra, insumos, despesas operacionais administrativas, lucro e tributos, cabendo ao órgão avaliar, de acordo com cada modalidade de serviço, quais os demais elementos porventura incidentes, incluindo-os no modelo de planilha.**

52. No caso dos autos, consta documentação que atende à exigência (SEI 0815234).

2.7.6 Pesquisa de Mercado

53. A pesquisa ampla e idônea com base no valor de mercado é essencial para propiciar a adequada estimativa de custos da contratação de forma transparente e proba, e ao mesmo tempo, possibilitar a aferição do valor referencial do item (itens) que servirá(ão) como parâmetro na análise da exequibilidade ou aceitabilidade das propostas ou lances das empresas licitantes na ocasião do certame, podendo nortear o valor máximo aceitável.

54. Desta forma, o órgão deverá proceder à consulta dos preços praticados no mercado, **sendo recomendável a obtenção de ao menos três orçamentos**, devendo a pesquisa ser juntada nos autos do processo de licitação. É importante que se atente para que tal consulta se dê nos moldes do Termo de Referência, considerando exatamente as especificações do serviço, a fim de preservar a fidelidade dos preços pesquisados em relação à contratação almejada.

55. Insta destacar que as diligências concernentes à pesquisa de preços não se resumem à simples anexação de orçamentos das empresas nos autos, cabendo ao responsável a análise detida e crítica de cada proposta, não apenas sob seu aspecto formal (identificação da empresa, idoneidade, compatibilidade da sua finalidade social com o objeto da licitação, etc.).

56. A propósito, importante analisar o assunto aluz das disposições da IN nº 05/2014, que regula a forma de pesquisa de preços e assim estabelece:

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros: . (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

I - Painel de Preços disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprescos.planejamento.gov.br>; (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§1º Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II e demonstrado no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§2º Serão utilizados, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§3º Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados pela autoridade competente. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§4º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§5º Para desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§6º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

57. As diversas cotações foram sistematizadas em Planilhas (Média de preços - SEI 0799372; Mapa Comparativo de preços - SEI 0815234), havendo importante observação a ser feita sobre a pesquisa realizada.

58. Alguns itens da Planilha relativa aos materiais de consumo e equipamentos (SEI 0799372) tiveram seu preço de referência obtido a partir de menos de 3 preços. A teleologia da Instrução Normativa nº 05/2014 indica que o administrador deve extrair o preço de referência com base em, no mínimo, 3 valores. A interpretação deve ser no sentido de que essa pluralidade deve ser observada inclusive nos itens e não somente no valor global. Ou seja, em suma, cada item que compõe a planilha de custos deve ter pelo menos 3 valores pelos quais se baseia.

59. Outrossim, a multiplicidade de preços serve a uma melhor aferição dos valores praticados no mercado. O preço de referência alcançado a partir desta pesquisa é que norteará a competição vindoura. Assim, revela-se de todo recomendável a maior amplitude possível dessa averiguação.

60. Dessa forma, **recomenda-se que seja complementada a pesquisa de preço de forma a contemplar três ou mais preços em cada item que compõe a planilha de custos (equipamentos e materiais de consumo) ou, em caso de impossibilidade, seja esta condição devidamente justificada na forma do art. 2º, §6º da IN nº 05/2014.**

61. No que tange aos custos relativos à mão de obra, estes tomaram como base o mínimo estabelecido nas Convenções Coletivas de Trabalho aplicáveis, bem como os parâmetros previstos nos Cadernos Técnicos respectivos do Ministério do Planejamento (Caderno Técnico SEGES/MP - Limpeza DF 2018).

2.7.7 Previsão de Recursos Orçamentários

62. A estimativa para a contratação totaliza o valor de R\$ 770.558,64 (setecentos e setenta mil, quinhentos e cinquenta e oito reais e sessenta e quatro centavos) pelo período de 12 meses.

63. No documento SEI nº 0820339 o órgão apresentou a declaração de que há disponibilidade orçamentária e financeira referente ao gasto projetado para o exercício de 2018 (4 meses de contrato), no valor de R\$ 256.852,88 (duzentos e cinquenta e seis mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e oitenta e oito centavos).

64. Em razão do ajuste envolver gastos para o o exercício financeiro seguinte (2019) declarou-

se que estes serão incluídos no correspondente PLOA.

2.7.8 Designação do pregoeiro e equipe de apoio

65. O art. 21, VI do Decreto nº 3.555, 2000 e art. 30, inc. VI do Decreto nº 5.450, de 2005 (pregão eletrônico) exigem a comprovação da legitimidade do pregoeiro e dos membros da equipe de apoio.

66. No presente caso, **recomenda-se a juntada de documentação que comprove a designação do(s) pregoeiros e respectiva equipe de apoio.**

2.7.9 Minuta do Edital e anexos

67. O art. 21, incisos VIII e IX do Decreto nº 3.555, de 2000 e art. 30, incisos VII e VIII do Decreto nº 5.450, de 2005 (pregão eletrônico) exigem que o processo licitatório seja instruído com as minutas do edital, termo de contrato ou instrumento equivalente, e, se for o caso, minuta da ata de registro de preços.

68. A minuta de contrato foi anexada no documento SEI nº 0844698. Quanto à minuta do edital, esta encontra-se juntada por meio do documento SEI nº 0822075.

69. De acordo com o documento SEI 0822077, as referidas minutas observaram os modelos disponibilizados pela Advocacia-Geral da União. As alterações promovidas nos modelos foram devidamente destacadas e acompanhadas de fundamentação.

70. Em relação especificamente à minuta do contrato, foi inserido item 10.11 com a seguinte redação:

10.11. As multas poderão ser glosadas diretamente da fatura a critério da Administração.

71. No Despacho CGCON (SEI 0844702) foi solicitada manifestação específica sobre o dispositivo, pelo que passa-se à análise dos aspectos jurídicos da previsão.

72. A glosa pode ser assim definida:

(...) o aprovisionamento de recursos com a finalidade de proteger a Administração na relação contratual, podendo abranger situações específicas prescritas em cláusulas contratuais, abarcar ilegalidades ou ainda irregularidades que constituam afronta ao arcabouço jurídico-normativo, desde a Constituição Federal até o extremo mais inferior da ramificação legal (decretos, portarias, instruções normativas e o próprio contrato enquanto regra legal). A glosa tem caráter esporádico, momentâneo, extraordinário e normalmente afeta os recursos de modo parcial, mas podendo, excepcionalmente, alcançá-los integralmente.^[1]

73. Estabeleceu-se na minuta a possibilidade de glosa dos valores das multas aplicadas diretamente na fatura "a critério da Administração". A previsão em si não apresenta impedimento, mas deve ser interpretada com cautela.

74. Com efeito, estabelece a Lei de Licitações o que se segue:

*Art. 86. O **atraso injustificado na execução do contrato** sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.*

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

*§ 2º **A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.***

*§ 3º **Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.***

[...]

*Art. 87. **Pela inexecução total ou parcial do contrato** a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a

reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

75. A legislação aplicável não foi silente à situação consultada. Autorizou que os valores das multas sejam descontadas de pagamentos eventualmente devidos pela Administração, desde que o montante supere os valores da garantia. Ou seja, o legislador indicou expressamente uma ordem a ser seguida. O desconto relativo às multas deve atingir primeiramente a garantia e apenas posteriormente, caso esta se mostre insuficiente, poderão ser glosadas as faturas como deseja a área técnica. A medida não se mostra desarrazoada e tem razão de ser.

76. A parte contratada, quando formaliza o ajuste, espera receber a contraprestação devida (pagamento) pelos serviços prestados, por meio do qual suportará os custos contratuais. Essa legítima expectativa reflete sensivelmente no equilíbrio da relação contratual, que pode ser fragilizada com a recorrente percepção de valores inferiores ao ajustado. A autorização para previsão de garantia ao contrato permite que, a um só tempo, evite-se prejuízos à Administração e que a relação se mantenha inalterada para o prosseguimento normal do contrato. Autorizar a glosa ordinariamente implicaria, além de uma afronta a ordem expressamente prevista, possíveis desequilíbrios na relação Administração-contratada com potencial de dificultar o adequado cumprimento dos termos do ajuste.

77. Dessa forma, **recomenda-se que a área responsável observe a ordem legalmente prevista (arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93) e desconte os valores de eventuais multas primeiramente sobre a garantia; em caso de insuficiência desta, será possível a glosa de valores das faturas.**

III - CONCLUSÃO

78. Em face do exposto, opinamos, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, pela possibilidade jurídica de realização do procedimento licitatório, desde que observadas as seguintes recomendações:

1. recomenda-se a complementação do mapa de risco a fim de prever a possibilidade de "descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada", bem como as possíveis medidas em caso de tal ocorrência, tudo com base no exigido no art. 18 da IN nº 05/2017;
2. que seja complementada a pesquisa de preço de forma a contemplar três ou mais preços em cada item que compõe a planilha de custos (equipamentos e materiais de consumo) ou, em caso de impossibilidade, seja esta condição devidamente justificada na forma do art. 2º, §6º da IN nº 05/2014;
3. recomenda-se a juntada de documentação que comprove a designação do(s) pregoeiros e respectiva equipe de apoio;
4. e, finalmente, que a área responsável observe a ordem legalmente prevista (arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93) e desconte os valores de eventuais multas primeiramente sobre a garantia; em caso de insuficiência desta, será possível a glosa de valores das faturas.

79. Por fim, cumpre salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. Destarte, à luz do art. 131 da Constituição Federal de 1988 e do art. 11 da Lei Complementar nº73/1993, incumbe, a este órgão de execução da Advocacia-Geral da União, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito desta Pasta, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

À consideração superior.

Brasília, 10 de setembro de 2018.

BRUNO FROTA DA ROCHA
Advogado da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190103418201815 e da chave de acesso 78eb9cd2

Notas

1. [^] SIMÕES, Luiz Felipe Bezerra Almeida; MALTAROLLO, Adriano de Sousa. *Glosa, retenção e suspensão em contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, ano 7, n.*

Documento assinado eletronicamente por BRUNO FROTA DA ROCHA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 165168093 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO FROTA DA ROCHA. Data e Hora: 11-09-2018 08:39. Número de Série: 13834258. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por CIBELY PELEGRINO CHAGAS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 165168093 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CIBELY PELEGRINO CHAGAS. Data e Hora: 12-09-2018 16:24. Número de Série: 13851089. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA
UNIÃO - CGU
COORDENAÇÃO-GERAL DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E ANÁLISE LEGISLATIVA

DESPACHO n. 00483/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.103418/2018-15

INTERESSADOS: DIRETORIA DE GESTÃO INTERNA - DGI

ASSUNTOS: Pregão Eletrônico. Contratação de “Serviço de Copeiragem e Garçonaria”.

Senhor Consultor Jurídico,

1. Estou de acordo, por seus fundamentos jurídicos, com o entendimento firmado no **Parecer nº 00242/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU**, da lavra do Advogado da União BRUNO FROTA DA ROCHA.
2. Trata-se da instauração de procedimento licitatório, na modalidade pregão eletrônico, visando à contratação de empresa especializada na prestação, de forma contínua, de “serviços de copeiragem e garçonaria”, com fornecimento de insumos e equipamentos para o preparo de café nas dependências do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, em Brasília-DF, conforme discriminado no Termo de Referência SEI nº 0817159.
3. Por meio da Nota Técnica nº 813/2018/COASP/CGLPE/DGI/SE (SEI 0668722), a área demandante informa que, atualmente, os serviços de copa em geral são prestados por quatro empresas diferentes (Copeiragem, fornecimento de água mineral, fornecimento de bebidas quentes e fornecimento de café e açúcar), com o custo anual de R\$1.610.891,40. Porém, a partir de visitas a alguns órgãos da Administração Federal, a área técnica identificou um novo modelo de contratação, que inclui a prestação de serviços e fornecimento de materiais e insumos em um único contrato, o que, segundo alega, facilita a gestão administrativa e reduz os custos financeiros para a Administração.
4. A nova contratação proposta contempla 08 postos de Copeira, 04 postos de Garçom e 01 posto de Encarregado Geral, conforme Tabela constante do item 1 do Termo de Referência (SEI 0817159). Os materiais de consumo, limpeza, equipamentos e utensílios a serem disponibilizados para a adequada prestação do serviço estão descritos nas Tabelas inseridas no item 10 do TR.
5. O valor total estimado da despesa para o período de 12 meses é **R\$ 770.558,64** (setecentos e setenta mil, quinhentos e cinquenta e oito reais e sessenta e quatro centavos), segundo dados extraídos do subitem 20 do Termo de Referência e da Planilha de Custos (SEI 0815221).
6. A estimativa de gastos para o exercício de 2018, levando-se em conta os 4 meses restantes, é de **R\$ 64.213,22** (sessenta e quatro mil, duzentos e treze reais e vinte e dois centavos), conforme Despacho COLIC 0817945.
7. Em sua análise, o Advogado da União parecerista manifestou-se pela regularidade da formação do processo administrativo, bem como pela viabilidade legal da terceirização de serviços pretendida, nos termos do art. 1º, §§1º e 2º do Decreto nº 2.271, de 1997. Destacou, ainda, que o item 2.3 do Termo de Referência consigna expressamente “*que a CGU não possui em seu quadro de servidores, cargo com atribuições para a realização desta atividade, sendo necessária a terceirização do serviço*” (SEI 0817159).
8. Considerou que se encontra devidamente fundamentada a opção pela contratação conjunta de itens, em detrimento do parcelamento (conforme justificativa apresentada no item 7.1 do Estudo Preliminar - SEI 0798825), estando atendida a norma legal estatuída no art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93, bem assim a Súmula 247 do TCU e o disposto no item 3.8 do Anexo III da IN 05/2017.
9. Entendeu também que a modalidade licitatória eleita mostra-se adequada, consoante art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002 e art. 4º, *caput*, do Decreto nº 5.450/2005, dada a natureza comum dos serviços pretendidos. Também restou atendida a exigência do art. 2º do Decreto nº 7.689, de 2012, ante a autorização do Diretor de Gestão Interna, autoridade competente para tanto, nos termos da Portaria CGU nº 1.034/2017. Consta ainda a autorização do Diretor de Gestão Interna para abertura da licitação, em atenção ao art. 21, inc. V, do Decreto nº 3.555, de 2000 e art. 30, inc. V, do Decreto nº 5.450, de 2005 (pregão eletrônico).
10. Quanto à instrução do processo, destacou que as exigências da IN 05/2017, referentes à realização de Estudos Preliminares (art. 20, inc. I c/c art. 24) e à justificativa da contratação (art. 21, inc.

l) foram atendidas, conforme documentos SEI 0798825 e SEI 0668632. Também foi juntado o Termo de Referência devidamente assinado pela autoridade competente (SEI 0817159), conforme art. 9º do Decreto 5.450/2005 e apresentada a planilha de custos e formação de preços, com o detalhamento de todos os custos envolvidos (SEI 0815234), nos termos do art. 7º, §2º, II, da LLCA e item 2.9 do Anexo V da IN 05/2017.

11. Contudo, quanto ao gerenciamento de riscos, exigência prevista no art. 26 da IN 05/2017, o mesmo se encontra materializado no Mapa de Riscos (SEI 0805488). Todavia, destacou o parecer jurídico que o documento deixou de atender o art. 18 da IN, que exige, no caso de contratação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, que o gerenciamento de riscos inclua também a possibilidade de "*descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada*", bem como as possíveis medidas em caso de tal ocorrência, recomendando, pois, o seu complemento.

12. Foi recomendado também o complemento da pesquisa de mercado, de forma a contemplar três ou mais preços em cada item que compõe a planilha de custos (equipamentos e materiais de consumo) ou, em caso de impossibilidade, seja esta condição devidamente justificada, na forma do art. 2º, §6º da IN nº 05/2014.

13. Destacou ainda que não consta dos autos o documento de designação do pregoeiro e respectiva equipe de apoio, nos termos do art. 21, VI, do Decreto nº 3.555/2000 e art. 30, VI, do Decreto nº 5.450/2005, devendo ser regularizado.

14. Quanto à previsão de recursos orçamentários, o parecer registra que consta dos autos declaração de disponibilidade orçamentária (SEI 0820339), atestando que a despesa em questão se encontra compatível com o PPA 2016/2019 e a LDO 2018. Em razão do ajuste envolver gastos para o exercício financeiro seguinte (2019), declarou-se que estes serão incluídos no correspondente PLOA.

15. Por fim, no que se refere às minutas do edital e do contrato, foram anexadas, respectivamente, nos documentos SEI 0822075 e SEI 0844698, conforme exige o art. 21, VIII e IX, do Decreto nº 3.555/2000 e art. 30, VII e VIII, do Decreto nº 5.450/2005.

16. Acerca da minuta do contrato, o parecer destaca que a última versão incluiu o item 10.11, tendo o Despacho CGCON (SEI 0844702) solicitado manifestação desta CONJUR sobre a legitimidade do dispositivo, que tem a seguinte redação:

10.11. As multas poderão ser glosadas diretamente da fatura a critério da Administração.

17. Segundo o parecer, a previsão em si não apresenta impedimento, mas deve ser interpretada com cautela, tendo em vista o que dispõe a Lei nº 8.666/93, arts. 86 e 87, que autorizam o desconto dos valores das multas nos pagamentos eventualmente devidos pela Administração, desde que o montante supere os valores da garantia. Ou seja, o legislador indicou expressamente uma ordem a ser seguida. O desconto relativo às multas deve atingir primeiramente a garantia e apenas posteriormente, caso essa se mostre insuficiente, poderão ser glosadas as faturas. Desse modo, a glosa ordinária, como deseja a área técnica, implicaria não só afronta à ordem expressamente prevista, como também o potencial de gerar possíveis desequilíbrios na relação Administração-contratada, podendo dificultar o adequado cumprimento dos termos do ajuste.

18. Assim, recomendou que a área responsável observe a ordem legalmente prevista nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93, descontando os valores de eventuais multas primeiramente sobre a garantia e, em caso de insuficiência desta, será possível a glosa de valores das faturas.

19. **Acolho o entendimento contido no parecer jurídico** e, em acréscimo às pertinentes observações feitas pelo Advogado da União parecerista, faço as seguintes ponderações.

20. Primeiramente, quanto à justificativa apresentada pela área técnica para o **não parcelamento do objeto**, registro a recomendação feita pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1.214/2013 - Plenário, no sentido de que deve ser evitado o parcelamento de serviços não especializados, a exemplo de limpeza, copeiragem, garçom e outros, conforme abaixo transcrito:

9.1.16 deve ser evitado o parcelamento de serviços não especializados, a exemplo de limpeza, copeiragem, garçom, sendo objeto de parcelamento os serviços em que reste comprovado que as empresas atuam no mercado de forma segmentada por especialização, a exemplo de manutenção predial, ar condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática;

21. Quanto à cláusula relativa à **possibilidade de glosa de multas** aplicadas à contratada, "*a critério da Administração*" (item 10.11 da minuta do contrato), ratifico o entendimento contido no parecer jurídico, por força do que determinam os arts. 86, §§ 2º e 3º, e 87, §1º, da Lei nº 8.666/93. Ou seja, quando se tratar de pagamento de multa, não se permite a infringência da ordem de preferência estabelecida nos referidos dispositivos da Lei de Licitações, devendo ser primeiro executada a garantia.

22. Por outro lado, é oportuno destacar que não só a insuficiência do valor da garantia, mas também a impossibilidade de execução direta autoriza a retenção dos créditos em favor da contratada para satisfação das multas aplicadas.

23. É o que entendeu a **Câmara Permanente de Licitações e Contratos da Procuradoria-Geral Federal/AGU, no Parecer nº 001/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU**, que assim ponderou:

27. Com efeito, se o objetivo da garantia é cercar a Administração das cautelas para evitar prejuízos ao patrimônio público, não seria razoável impedir a retenção dos créditos quando a garantia prestada não atender aos fins a que se destina.

28. Nesse caso, muito embora não seja obrigatório, é recomendável que conste dos editais e nos contratos, cláusula prevendo que, caso haja aplicação de multa, o valor será descontado da garantia prestada e, caso não haja êxito nessa operação, por qualquer razão, ou se a multa for superior ao valor da garantia, será possível o desconto direto dos valores devidos de qualquer fatura ou crédito existente em favor a contratada.

(grifo acrescentado)

24. Em nota de rodapé, o aludido Parecer ressalta ainda que “ a ausência de previsão expressa no edital e/ou no instrumento contratual não obsta que se tome a providência recomendada neste parágrafo”.

25. Além disso, como também concluiu o DEPCONSU/PGF, é possível à Administração realizar diretamente a retenção e compensação dos valores das multas nas faturas abertas, caso o próprio contratado manifeste esta vontade para a Administração, de não executar a garantia ofertada, e **autoriza** a realização do desconto direto na fatura. Portanto, nada impede que a Administração, quando de eventual aplicação de penalidade de multa, negocie com a contratada a possibilidade de glosa em faturas e/ou créditos em aberto, uma vez que se trata de direito disponível da pessoa jurídica prestadora do serviço.

26. Por fim, caso se trate de **contrato prestes a expirar, ou rescisão unilateral pela Administração**, é possível a retenção de faturas ou créditos da contratada para futura satisfação de multas aplicadas ou em vias de aplicação, como cautela para a hipótese de não se obter êxito na execução da garantia. Isso porque o art. 80 da Lei nº 8.666/93 não estabeleceu uma ordem de prioridade, como fez para os casos de atraso injustificado (art. 86) ou inexecução contratual (art. 87).

27. É o que também entendeu o Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal/AGU, em análise complementar ao referido Parecer nº 001/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, conforme conclusão abaixo transcrita:

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 119/2016

I - Nas hipóteses de rescisão contratual ou de proximidade do termo final do contrato, é possível à Administração efetuar a retenção de faturas ou créditos decorrentes do contrato até o limite do valor das multas aplicadas ou em curso de aplicação, paralelamente à execução da garantia ofertada, para posterior desconto desses valores, caso o órgão contratante não obtenha êxito na excussão da garantia.

II - A Administração também poderá realizar diretamente a retenção e compensação dos valores das multas nas faturas em aberto, em vez de tentar primeiramente executar a garantia quando o próprio contratado externar esta vontade, autorizando, de forma expressa a realização do desconto direto dos valores nas faturas ou créditos existentes.

28. À vista do exposto, aprovo o parecer jurídico, que concluiu pela possibilidade do prosseguimento do presente processo, **desde que observadas as recomendações feitas pelo Advogado da União subscritor, com os apontamentos feitos neste despacho**, conforme se segue:

a) seja feita a complementação do mapa de riscos, a fim de prever a possibilidade de “descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada”, bem como as possíveis medidas em caso de tal ocorrência, tudo com base no exigido no art. 18 da IN nº 05/2017;

b) seja complementada a pesquisa de preços, de forma a contemplar três ou mais preços em cada item que compõe a planilha de custos (equipamentos e materiais de consumo) ou, em caso de impossibilidade, seja esta condição devidamente justificada na forma do art. 2º, §6º da IN nº 05/2014;

c) seja anexada a documentação que comprove a designação do(s) pregoeiros e respectiva equipe de apoio;

d) que a área responsável observe a ordem legalmente prevista (arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93) e desconte os valores de eventuais multas primeiramente sobre a garantia; em caso de insuficiência desta, será possível a glosa de valores das faturas;

e) é possível realizar a retenção e compensação de créditos da contratada para pagamento de multas nas hipóteses mencionadas na CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 119/2016, acima transcrita.

São essas as ponderações a serem feitas nos autos encaminhados para esta CONJUR.

À apreciação superior.

Brasília, 12 de setembro de 2018.

CIBELY PELEGRINO CHAGAS

Advogada da União

Coordenadora-Geral de Processos Administrativos e Análise Legislativa

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190103418201815 e da chave de acesso 78eb9cd2

Documento assinado eletronicamente por CIBELY PELEGRINO CHAGAS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 168453168 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CIBELY PELEGRINO CHAGAS. Data e Hora: 12-09-2018 16:24. Número de Série: 13851089. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA
UNIÃO - CGU
GABINETE

DESPACHO n. 00486/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.103418/2018-15

INTERESSADOS: DIRETORIA DE GESTÃO INTERNA - DGI

ASSUNTOS: CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS

1. Aprovo, nos termos do **DESPACHO n. 00483/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU**, da Coordenadora-Geral da CIBELY PELEGRINO CHAGAS, o **PARECER n. 00242/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU**, da lavra do Advogado da União BRUNO FROTA ROCHA, que opinou pela possibilidade do prosseguimento do presente processo, desde que observadas as recomendações desta CONJUR.
2. Ressalvo apenas erro material constante do item 6 do **DESPACHO n. 00483/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU**, para registrar que a estimativa para os quatro meses restantes do presente exercício é de R\$ 256.852,88 (duzentos e cinquenta e seis mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e oitenta e oito centavos).
3. Encaminhe-se à Diretoria de Gestão Interna.

Brasília, 13 de setembro de 2018.

RENATO DE LIMA FRANÇA
Consultor Jurídico

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190103418201815 e da chave de acesso 78eb9cd2

Documento assinado eletronicamente por RENATO DE LIMA FRANCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 169421403 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DE LIMA FRANCA. Data e Hora: 13-09-2018 15:10. Número de Série: 102353. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v4.
