



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE DE TRABALHO REMOTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
PARECER n. 01454/2022/NLC/ETRLIC/PGF/AGU

NUP: 23223.002134/2022-60

INTERESSADOS: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO SUDESTE DE MINAS GERAIS - IFSUDESTE MG

ASSUNTOS: EDITAL

EMENTA:

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. **DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 24, INC. XVI, DA LEI N. 8.666/93. CONTRATO DE ADESÃO.** TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. INCIDÊNCIA DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 01, DE 04.04.2019, DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA. REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO. APROVAÇÃO.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo encaminhado à Equipe de Trabalho Remoto de Licitações e Contratos- ETR-Licitações, para análise da regularidade jurídica da contratação direta, mediante dispensa de licitação, que tem por objeto a prestação do serviço de emissão, renovação e validação de certificação digital, dentro das especificações e normas da ICP-Brasil, incluindo o fornecimento de token e certificado digital armazenado em nuvem, no âmbito do IF Sudeste MG pelo período de 12(doze) meses, no valor de R\$ 6.627,00.

2. Os presentes autos encontram-se instruídos, dentre outros, com os seguintes documentos, pertinentes à presente análise:

1. Documento de oficialização da demanda (fls. 01/06);
2. Comprovante de inclusão no PAC 2022 (fl. 19);
3. Estudo técnico preliminar (fls. 20/30);
4. Pesquisa de preços (fls. 31/37);
5. Proposta SERPRO (fls. 38/40);
6. Análise da pesquisa de preços (fls. 41/51);
7. Termo de referência (fls. 52/75);
8. Mapa de riscos (fls. 100/101);
9. Declaração de disponibilidade e adequação orçamentária (fls. 104/105);
10. Minuta de contrato (fls. 109/130);
11. Aprovação do TR e ETP e autorização da contratação direta (fl. 137);
12. Documentos de habilitação (fls. 139/149);
13. Lista de verificação (fls. 152/162);
14. Certificação Processual (fls. 163/165).

3. Por razões de economia processual, documentos não mencionados no item anterior serão devidamente referenciados ao longo do parecer.

4. É o relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DO ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS À ETR-LICITAÇÕES

5. Inicialmente, cumpre registrar o que dispõe o art. 14 da Portaria PGF nº 931/2018, acerca do encaminhamento de processos para a Equipe de Trabalho Remoto de Licitações e Contratos – ETR-LIC:

Art. 14 São requisitos para o encaminhamento de processos administrativos contendo consultas sobre licitações e contratos da área meio à ETR-Licitações e Contratos:

I – a utilização de minutas padrão de termo de referência, edital de licitação, contrato e ata de registro de preços, conforme o caso, disponibilizados pela Procuradoria-Geral Federal, preferencialmente, ou pela Consultoria-Geral da União; e

II – a utilização das listas de verificação (checklists) da instrução processual disponibilizados pela Procuradoria-Geral Federal, preferencialmente, ou pela Consultoria-Geral da União.

§ 1º As inclusões, modificações e exclusões em minutas padrão deverão ser expressamente comunicadas e previamente submetidas à apreciação da ETR-Licitações e Contratos, em manifestação apartada que indique as disposições alteradas e explicitamente suas justificativas.

§ 2º Para otimização dos trabalhos, a Coordenação da ETR-Licitações e Contratos poderá definir modelos de comunicação de inclusões, modificações, exclusões ou informações de observância obrigatória.

§ 3º No caso de crescimento excepcional da demanda de processos encaminhados à ETR-Licitações e Contratos, sem que haja ingresso de novos integrantes, o DEPCONSU poderá, ouvido o Responsável pela coordenação da equipe, entre outras medidas, permitir que os processos sejam analisados pela Equipe em prazo superior àquele estabelecido no plano de trabalho.

§ 4º A ETR-Licitações e Contratos não atuará em processos com pedido de análise em regime de urgência ou de prioridade, competindo à Procuradoria Federal junto à autarquia ou fundação pública federal, nesses casos, a realização das respectivas atividades de consultoria jurídica, nos termos da Portaria PGF nº 261, de 05 de maio de 2017.

6. Sendo assim, nas hipóteses em que não forem observados os requisitos acima, incluindo a informação constante do §1º, os processos serão devolvidos para adequação, sem prejuízo de que, desde logo, sejam feitas considerações a respeito da legalidade do procedimento e recomendações para regularização.

7. Ainda, destaca-se a necessidade de que seja verificada, pela chefia da unidade de execução da PGF (ou a quem lhe for delegada competência), se os processos encaminhados estão, de fato, instruídos com as minutas da AGU. Essa análise é importante para evitar a devolução dos autos e, por conseguinte, atraso na sua análise jurídica. Para tanto, sugere-se orientar o órgão competente para a responsabilização administrativa em caso de divergência de informação em relação ao uso das minutas.

2.2 DOS LIMITES DA ANÁLISE JURÍDICA

8. Ressalte-se que o exame aqui empreendido se restringe aos aspectos jurídicos do procedimento, excluídos, portanto, aqueles de natureza eminentemente técnica, o que inclui o detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e especificações. Com relação a esses dados, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva – BPC nº 7, que assim dispõe:

"A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento". (Manual de Boas Práticas Consultivas aprovado pela Portaria Conjunta nº 01, de 2 de dezembro de 2016)

9. Ademais, nos termos do art. 2º, da Portaria PGF n. 931/2018, exclui-se da competência da ETR-LIC o exame de legislação específica afeta à atividade-fim do ente assessorado que porventura seja aplicável ao caso

concreto. Tal análise deve ser feita, pelo órgão de assessoramento jurídico local, preferencialmente antes do encaminhamento dos autos à ETR-LIC ou no despacho de aprovação do presente parecer.

10. Feitas as ressalvas, passa-se à análise estritamente jurídica do presente processo.

2.3. DA AUTORIZAÇÃO PARA CELEBRAÇÃO DE NOVOS CONTRATOS

11. No caso, verifica-se o cumprimento da exigência de autorização para a contratação direta à fl. 137.

12. Como esta unidade da PGF/AGU atua em ambiente remoto, fora do ente assessorado, deve ser atestada, no processo, a obediência às regras internas de competência para autorização da presente contratação.

13. De igual modo, para atividades de custeio, deve a Administração Pública comprovar que foi obtida autorização para celebração de contrato prevista no art. 3º do Decreto nº 10.193/2019.

14. Deverá ser atestado nos autos, também, que a presente contratação está contemplada no Plano Anual de Contratações da entidade, em atendimento ao Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022. Tal providência encontra-se atendida à fl. 19.

15. Por fim, foi demonstrada a essencialidade e o interesse público da contratação, para os fins do previsto no art. 3º do Decreto nº 8.540/2015 no documento de oficialização da demanda e no estudo técnico preliminar.

2.4. DO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

2.4.1. Da aplicabilidade da IN n. 01/2019/SGD/ME

16. O objeto da presente licitação é **considerado pela lei como solução de tecnologia da informação**, nos termos do art. 16-A, I e II, da Lei n. 8.248/91. Assim, a contratação pretendida deve observar a Instrução Normativa nº 01/2019/SGD/ME, que dispõe sobre o processo de contratação de Soluções de Tecnologia da Informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISP do Poder Executivo Federal.

17. O objeto da contratação foi definido como solução de tecnologia da informação e Comunicação (TIC), **no item 6. do estudo técnico preliminar**. Nessa senda, devem ser observadas as disposições da IN n. 01/2019/SGD/ME.

18. Preliminarmente, registra-se, ainda, a necessidade de que a instrução processual deve observar as minutas disponibilizadas pelo órgão central do SISP, a exemplo das minutas de documento de formalização da demanda, estudo técnico preliminar e mapa de gerenciamento de riscos, dentre outros, por meio do link <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/contratacoes/templates-e-listas-de-verificacao>, nos termos do art. 8º, §2º, da IN nº 1/2019/SGD/ME.

19. Sendo assim, a Administração deverá certificar expressamente nos autos que foram observadas todas as disposições e realizados os respectivos procedimentos previstos na Instrução Normativa n. 01/2019/SGD/ME e, se for o caso, os documentos técnicos deverão ser substituídos por outros de igual natureza, devidamente adaptados à norma de regência. Vale observar que tais documentos são técnicos e não jurídicos, de forma que não estão sujeitos à avaliação da ETR-LIC.

20. Embora sejam documentos de natureza essencialmente técnica, faremos algumas observações a título de orientação jurídica.

2.4.2. Dos requisitos do artigo 6º da IN nº 01/2019/SGD/ME - DA PROGRAMAÇÃO ESTRATÉGICA DE CONTRATAÇÕES

21. **As contratações de soluções de TIC no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do SISP deverão estar** (Art. 6º): I - em consonância com o PDTIC do órgão ou entidade, elaborado conforme Portaria SGD/ME nº 778, de

4 de abril de 2019; II - previstas no Plano Anual de Contratações; III - alinhadas à Política de Governança Digital, instituída pelo Decreto nº 8.638, de 15 de janeiro de 2016; e IV - integradas à Plataforma de Cidadania Digital, nos termos do Decreto nº 8.936, de 19 de dezembro de 2016, quando tiverem por objetivo a oferta digital de serviços públicos.

22. A Administração deverá certificar, ainda, que atende ao requisito do inciso III do art. 6º da IN n. 01/2019, qual seja, que a contratação está alinhada à Política de Governança Digital, instituída pelo Decreto nº 8.638, de 15 de janeiro de 2016.

23. Verifica-se nos itens 3.2 e 4.5. do TR que foram atendidos tais requisitos.

2.4.3. Impossibilidade de contratação de mais de uma Solução de TI em um único contrato- art. 3º, inciso I da IN nº 01/2019-GD/ME

24. De acordo com o artigo 3º, I, da IN nº 01/2019 não poderá ser objeto de contratação mais de uma Solução de TI em um único contrato.

25. Verifica-se no item 2.2. do TR que a contratação envolve apenas certificação digital em 3 diferentes modalidades.

2.4.4. Limites de valores para aprovação do órgão central do SISP – art. 1º, §2º da IN nº 01/2019-GD/ME

26. Deve ser observado, ainda, o comando inserido no § 2º do art 1º da multi citada IN 01/2019/SGD/ME, a saber:

§ 2º Os órgãos e entidades deverão observar os limites de valores para os quais as contratações de TIC deverão ser submetidas à aprovação do Órgão Central do SISP, conforme disposto no art. 9º-A do Decreto nº 7.579, de 2011.

27. O art. 23, II, 'c', da Lei nº 8.666, de 1993, atualizado pelo Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2018, registra a cifra de R\$ 1.430.000,00. Consequentemente, o valor de 20 vezes esse numerário totaliza R\$ 28.600.000,00.

28. Considerando-se que o valor estimado da contratação, como se observa do TR, não ultrapassa esse valor, não é necessária a submissão dos autos à aprovação da Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia.

2.4.5. Documento de Oficialização da Demanda

29. A fase de planejamento da contratação se inicia com o recebimento, pela área de tecnologia da informação, do Documento de Oficialização da Demanda - DOD, a cargo da área requisitante da solução, prosseguindo, ainda, nas seguintes etapas:

1. Instituição da Equipe de Planejamento da Contratação;
2. Estudo Técnico Preliminar da Contratação;
3. Análise de Riscos e
4. Termo de Referência.

30. É obrigatória a execução de todas as etapas da fase de Planejamento da Contratação, independentemente do tipo ou do procedimento de contratação: inexigibilidade; **dispensa de licitação** ou licitação dispensada; formação de Ata de Registro de Preços; adesão à Ata de Registro de Preços; contratações com uso de verbas de organismos nacionais ou internacionais; ou contratação de empresas públicas de TIC (Art. 9º, §1º da IN SGD/ME nº 01, de 2019).

31. Destaca-se que, nos termos do art. 9º, § 8º, da mesma IN SGD/ME nº 01, de 2019, incluído pela IN SGD/ME nº 31, de 2021, os artefatos de planejamento da contratação, nos termos desta Instrução Normativa, deverão ser elaborados de forma digital, em sistema disponibilizado pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, o que deve ser observado pela Administração.

32. Consoante o art. 2º, X, da IN SGD/ME nº 01, de 2019, o documento de oficialização da demanda é o "documento que contém o detalhamento da necessidade da Área Requisitante da solução a ser atendida pela contratação." Nessa linha, seus requisitos específicos foram traçados do art. 10 da mesma IN.

33. Da análise do documento de oficialização da demanda, juntado às fls. 15/18, percebe-se que foram previstos os conteúdos previstos na norma, bem como os demais previstos no modelo de documento de oficialização da demanda divulgado pela Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia, especialmente a identificação da demanda, o alinhamento aos instrumentos de planejamento da Administração, a motivação/justificativa da necessidade da contratação, a descrição dos resultados a serem alcançados com a contratação, e fonte de recursos, e a identificação e ciência dos membros da equipe de planejamento.

2.4.6. Estudo Técnico Preliminar

34. A fase seguinte consiste no Estudo Técnico Preliminar da Contratação, cujo art. 11 da IN SGD/ME nº 01, de 2019, prevê os requisitos técnicos mínimos a serem obrigatoriamente observados pela Administração. Conforme já dito, **não é atribuição desta ETR-LIC analisar o conteúdo do Estudo Técnico Preliminar presente nos autos, uma vez que as questões técnicas saem das atribuições deste órgão de consultoria, sendo afetos aos setores competentes da entidade.**

35. Referido estudo **deve observar** os requisitos elencados no art. 11 da IN nº 01/2019/SGD/ME, devendo ainda ser avaliado e aprovado pela autoridade competente. Em tal hipótese, deve a autoridade administrativa decidir motivadamente pelo prosseguimento da contratação.

36. Na espécie, percebe-se que os Estudos Preliminares trazidos aos autos contêm, em geral, os elementos exigidos pela IN SGD/ME nº 01, de 2019, com a respectiva fundamentação, nos termos dos dispositivos acima citados.

37. Registre-se que o Acórdão nº 2037/2019 do Plenário do TCU recomendou que "a autoridade máxima da área de TI (ou seu superior hierárquico - IN 1/2019, art. 11, § 3º) de cada órgão e entidade sob sua supervisão manifestar-se, após a conclusão do Estudo Técnico Preliminar, declarando explicitamente a adequação do respectivo conteúdo às disposições da Instrução Normativa 1/2019-SGD/ME", o que deverá ser observado. Adicionalmente, o art. 11, § 2º, da IN SGD/ME nº 01, de 2019, prevê a necessidade de que o ETP seja aprovado e assinado pelos Integrantes Técnico e Requisitante da Equipe de Planejamento da Contratação e pela autoridade máxima da área de TIC.

38. Constata-se dos autos que a autoridade máxima da área de TIC declarou explicitamente a adequação do conteúdo dos Estudos Preliminares às disposições da referida IN, bem como que os Integrantes Técnico e Requisitante da Equipe de Planejamento da Contratação e autoridade máxima da área de TIC assinaram e aprovaram o ETP.

2.4.7. Análise de Riscos

39. A Análise de Riscos é o documento que contém a descrição, a análise e o tratamento dos riscos e ameaças que possam vir a comprometer o sucesso em todas as fases da contratação.

40. Segundo a doutrina, "*compreende a antecipação a eventuais problemas que podem ocorrer durante o processo de contratação e execução do contrato, bem assim, após seu término, alcançando desde a fase inicial do planejamento até o tempo de vida útil do contrato, do produto gerado ou dos serviços que serão usufruídos. (...) Antecipando-se os riscos, buscam-se meios de sua mitigação, de forma que os impactos sejam os menos danosos, quando não inteiramente afastados*" (CAVALCANTI, Augusto Sherman. In O novo modelo de contratação de soluções de TI pela Administração Pública, Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 109).

41. Deverá a Administração certificar-se quanto à conformidade de seu conteúdo, a aprovação e a devida assinatura do referido documento pela Equipe de Planejamento da Contratação.

2.4.8. Requisitos gerais

42. Durante a fase de planejamento, a Administração Pública deverá atender aos requisitos abaixo:
- a) demonstrar que o objeto a ser contratado atende às necessidades da Administração, definindo-se as unidades e quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa deverá ser obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação (art. 15, §7º, I e II, da Lei nº 8.666/1993);
 - b) parcelar o objeto da contratação sempre que técnica e economicamente viável (art. 15, IV e art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/1993);
 - c) especificar o objeto de acordo com critérios de sustentabilidade ambiental;
 - d) juntar termo de referência ou projeto básico datado, assinado e devidamente aprovado pela autoridade competente (art. 6º, IX e art. 15, I e §7º, ambos da Lei n. 8.666/93 e, por analogia, art. 14, I e II, do Decreto nº 10.024/2019).
43. Os requisitos acima serão analisados nos tópicos seguintes.

2.4.9. Justificativa da necessidade da contratação

44. Quanto à satisfação da alínea "a", a necessidade da contratação foi devidamente justificada no **estudo técnico preliminar e no termo de referência**.
45. O gestor deverá tomar as cautelas necessárias para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais à contratação, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração.

2.4.10. Parcelamento da contratação e regra geral da necessária adjudicação por itens

46. O segundo requisito diz respeito à regra do parcelamento do objeto a ser contratado em licitações. Em havendo divisibilidade de natureza técnica e econômica, a regra geral é realizar a adjudicação por itens, tal qual previsto na Súmula TCU nº 247:
- “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.”*

47. Dito isso, percebe-se que se trata de contratação direta do SERPRO para certificação digital, razão pela qual não há observação adicional a fazer.

2.4.11. Critérios e práticas de sustentabilidade nas aquisições

48. Em relação aos critérios e práticas de sustentabilidade, deverão ser tomados três cuidados gerais à luz dos arts. 2º e 3º do Decreto nº 7.746/2012:
- a) definir os critérios e práticas objetivamente no instrumento convocatório como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial;
 - b) justificar a exigência dos mesmos nos autos;
 - c) verificar se os critérios e práticas preservam o caráter competitivo do certame.

49. Não foi por outra razão que os arts 1º e 2º da IN/SLTI/MPOG nº 01/2010 dispuseram que as especificações para aquisição de bens devem conter critérios de sustentabilidade ambiental, devendo a Administração Pública formular as exigências de forma a não frustrar a competitividade.

50. Posto isso, para definição dos critérios e práticas de sustentabilidade, recomenda-se consulta ao art. 5º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 01/2010, ao art. 3º da IN SLTI/MPOG nº 02/2014 e ao "Guia Nacional de

Contratações Sustentáveis" (disponível em <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/modelos-de-convenios-licitacoes-e-contratos/modelos-de-licitacoes-e-contratos/licitacoes-sustentaveis>).

51. Especificamente quanto ao "Guia Nacional de Contratações Sustentáveis", sugere-se que a Administração Pública verifique se há algum ponto no índice do Guia AGU que mereça destaque.

52. Se a Administração entender que os serviços não se sujeitam aos critérios de sustentabilidade ou que as especificações restringem indevidamente a competição em dado mercado, deverá apresentar a devida justificativa.

53. Feitas essas considerações, verifica-se que a Administração previu critérios e práticas de sustentabilidade previstos pela legislação **item 4.7 do termo de referência**.

2.4.12 Do orçamento da contratação e da obrigatoriedade de elaboração de planilhas

54. As contratações celebradas pela Administração exigem a prévia realização de pesquisa de mercado, bem como a estimativa de gastos, conforme preceituam os artigos 7º, § 2º; 40, § 2º, II e 43, IV, todos da Lei nº 8.666, de 1993 e no caso das contratações de soluções de TIC, o disposto no art. 20 da Instrução Normativa SGD/ME nº 1, de 2019, que, expressamente, determina seja a pesquisa de mercado realizada com base na Instrução Normativa SEGES/ME nº 73, de 5 de agosto de 2020, que disciplina o tema e deve ser observada.

55. Esta necessidade de todos os custos unitários da contratação estarem discriminados na planilha foi exigido recentemente pelo TCU, no Acórdão nº 2341/2020, publicado no Diário Oficial da União de 11/09/2020, seção 1, página 162 (Ata nº 33, de 02/09/2020).

56. Há que se ressaltar, contudo, que a pesquisa de preços deverá ser executada de acordo com a Instrução Normativa SEGES/ME nº 73, de 2020.

57. Adicionalmente, deve a pesquisa de preços refletir o valor praticado na praça em que será prestado o serviço ou fornecido o produto, refletindo, tanto quanto possível, o valor de mercado da localidade onde será realizada a contratação.

58. Todas estas informações devem constar de despacho expedido pelo servidor responsável pela realização da pesquisa, no qual, além de expor o atendimento das exigências acima, irá realizar uma análise fundamentada dos valores ofertados pelas empresas, inclusive cotejando-os com os valores obtidos junto às outras fontes de consulta.

59. Considerando que se trata de matéria estritamente técnica, inerente à competência da Administração, cabe à Procuradoria orientar a respeito do tema, sem necessariamente fazer juízo de valor a respeito do resultado da pesquisa.

60. **O objetivo desta recomendação é garantir a contratação mais vantajosa ao erário público, verificando a compatibilidade da tabela de preços da SERPRO com o valor praticado pelo mercado**, nos termos do art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93, evitando eventual superfaturamento e decorrente responsabilidade do gestor público, nos termos do parágrafo segundo, do art. 25, da Lei n. 8.666/93, a seguir:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

§ 2º Na hipótese deste artigo e **em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.**

2.4.13. Termo de referência/projeto básico

61. O Termo de Referência é o documento que deverá conter 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, o critério de aceitação do objeto, os deveres das partes, a relação dos documentos essenciais à verificação da

qualificação técnica e econômico-financeira, os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços, o prazo para execução do contrato e as sanções.

62. Especificamente quanto à contratação de solução de tecnologia da informação e comunicação, encontra-se no art. 12 da IN SGD/ME nº 01, de 2019 o Termo de Referência, que será elaborado pela Equipe de Planejamento da Contratação a partir do Estudo Técnico Preliminar da Contratação, o qual deverá conter, no mínimo, as informações trazidas nos seus 12 incisos e 6 parágrafos.

63. Considerando que grande parte dos elementos constantes do termo de referência possui reflexo direto sobre a minuta de contrato, seus aspectos serão analisados nos tópicos seguintes desta manifestação.

64. No caso, consta dos autos o termo de referência de fls. 20/30, firmado pelos membros da Equipe de Planejamento da Contratação e pela Autoridade máxima da área de TIC, assim como foi aprovado pela Autoridade administrativa competente na entidade, em atenção ao § 6º do art. 12 da IN SGD/ME nº 01, de 2019.

65. Em todo caso, recomenda-se, neste contexto, que a Administração certifique nos autos se as diretrizes estabelecidas no termo de referência são as adequadas ao atendimento do interesse público envolvido, se estão compatíveis com o estudo técnico preliminar da contratação, depois de sua atualização e, ainda, se o instrumento contém todos os elementos necessários para a caracterização da contratação.

66. Ademais, o termo de referência deverá observar os modelos elaborados pelo Órgão Central do SISP - qual seja, Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia. Pelo exposto, **competete à Administração Pública**:

- utilizar o modelo de termo de referência da Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia mais atualizado, disponível em seu sítio eletrônico (<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/contratacoes/templates-e-listas-de-verificacao>);
- também em razão do disposto na IN SGD/ME nº 1, de 2019, a Secretaria de Governo Digital elaborou e disponibilizou em seu sítio na internet (disponível em <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/contratacoes/templates-e-listas-de-verificacao> Acessado em 15/11/2022), além do modelo de termo de referência modelos para a elaboração dos seguintes documentos para o Planejamento da Contratação de soluções de Tecnologia da Informação: documento de oficialização da demanda; estudo técnico preliminar; mapa de gerencialmente de riscos; histórico da gestão do contrato; ordem de serviço; termo de ciência; termo de compromisso de manutenção do sigilo; termo de recebimento provisório; termo de recebimento definitivo e termo de encerramento do contrato, pelo que desde já se recomenda sua adoção integral. No mesmo sítio há ainda a indicação de uma lista de verificação para contratação de soluções de TIC;
- destacar, formal e visualmente, todas as alterações realizadas no modelo de termo de referência, justificando as inclusões, adaptações, modificações e exclusões de texto da minuta.

67. Nesse contexto, em análise eminentemente formal, verifica-se que o termo de referência contemplou todas as exigências contidas nos normativos acima citados.

2.5. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 24, INC. XVI, DA LEI N. 8.666\93.

68. A hipótese abstrata de contratação direta mediante dispensa de licitação é prevista no art. 24, inc. VIII c/c XVI, da Lei n. 8.666\93, nos moldes a seguir:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, **desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;**

(...)

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como **para prestação de serviços de informática a pessoa**

jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

69. Verifica-se, pois, que o legislador preocupou-se em estabelecer vários requisitos para que se opere legitimamente a contratação direta, quais sejam:

- a) que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno;
- b) que o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública;
- c) que o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante; e
- d) que o objeto da contratação seja serviços gráficos ou serviços de informática.

70. O Decreto nº 3.072, de 16 de outubro de 2001, que aprovou o Estatuto Social do Serviço Federal de Processamento de Dados - SERPRO, dispõe:

"ESTATUTO SOCIAL DO SERPRO

(...)

Art. 12 O Serviço Federal de Processamento de Dados - SERPRO, empresa pública vinculada ao Ministério da Fazenda, criado pela Lei nº 4.516, de 12 de dezembro de 1964, regido pela Lei nº 5.615, de 13 de outubro de 1970, pelo presente Estatuto Social e pelas normas legais que lhe forem aplicáveis, tem por objeto a execução de serviços de tratamento de informações e processamento de dados, incluindo as atividades de teleprocessamento e comunicação de dados, voz e imagens, que sejam requeridas, em caráter limitado e especializado, para a realização dos referidos serviços, e a prestação de assessoramento e assistência técnica no campo de sua especialidade.

Art. 2º O SERPRO tem sede e foro em Brasília, Distrito Federal, e atuação em todo o território nacional, sendo indeterminado o prazo de sua duração.

Art. 3º São finalidades do SERPRO:

I - atender prioritariamente, com exclusividade, aos órgãos do Ministério da Fazenda;

II - aplicar as disponibilidades de sua capacidade técnica e operacional na execução dos serviços de sua especialidade que venham a ser convencionados com outros órgãos e entidades da Administração Pública Federal Estadual e Municipal, mediante contratação;

III - viabilizar soluções no campo da modernização e do apoio à tomada de decisão, no âmbito da Administração Pública;

IV - atuar no sentido de racionalizar e simplificar as atividades atinentes à tecnologia da informação no setor público;

V - incentivar o desenvolvimento do setor de informática, de acordo com as diretrizes definidas pelo Governo Federal".

71. O Tribunal de Contas da União possui precedente sobre a possibilidade da contratação direta, por dispensa de licitação, do SERPRO, senão veja-se:

"9.1.2. a legalidade da contratação do SERPRO por dispensa de licitação, com amparo no inciso XVI do art. 24 da Lei nº 8.666/93;"

(Acórdão 255/2004 - Plenário, DOU de 29/03/2004, relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça)

"2. Quanto ao mérito, compartilho do posicionamento externado pela Unidade Técnica, quando propõe considerá-la improcedente. Conforme pode ser visto no Relatório precedente, a Unidade Técnica, na primeira instrução, considerou legítima, no caso concreto, a contratação do Serpro pelo MPOG mediante dispensa de licitação. Para tanto, foi constatada a correspondência entre o objeto do contrato e atividade finalística do Serpro, sendo possível, desta forma, o enquadramento da contratação no art. 24, inciso XVI, da Lei nº 8.666/93."

(Acórdão TCU nº 869/2006, DOU de 09/06/2006, Relator Ministro Marcos Vilaça)

72. Verifica-se, portanto, que o Serviço Federal de Processamento de Dados - SERPRO atende o requisito acima delineado, pois é uma empresa pública, criada pela Lei nº 4.516, de 1º de dezembro de 1964, revogada pela Lei nº

5.615, de 13 de outubro de 1970, para atender, com prioridade, o Ministério da Fazenda e, mediante contratação, órgãos e entidades da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

73. Prestados os devidos esclarecimentos sobre o enquadramento por dispensa, ao amparo do inciso XVI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, passamos a seguir à análise dos demais requisitos necessários à legitimação da contratação.

2.5.1. Da Justificativa Da Contratação Direta

74. A situação de inexigibilidade ou de dispensa de licitação eventualmente existente deve ser justificada obrigatoriamente, sendo o processo instruído com: a caracterização da situação de dispensa ou inexigibilidade, razão da escolha do fornecedor ou executante e justificativa do preço, conforme parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.”

(destaques nossos)

75. A situação de inexigibilidade ou de dispensa de licitação eventualmente existente deve ser justificada obrigatoriamente, sendo o processo instruído com a caracterização da situação de dispensa ou inexigibilidade, razão da escolha do fornecedor ou executante e justificativa do preço.

76. Certo é que, a hipótese da dispensa encontra-se prevista no art. 24, inc. XVI, da Lei nº 8.666/93, cabendo ao setor técnico competente aos demais requisitos para a comprovação fática da situação abstrata de dispensa prevista neste dispositivo legal, com a a decorrente justificativa da escolha do fornecedor e a justificativa do preço, os quais devem decorrer de pesquisa de mercado, com a posterior ratificação pela autoridade superior e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

77. No caso dos autos, temos que:

a) a caracterização da situação da dispensa foi feita com indicação do respaldo legal no item 8. do ETP (fl. 24);

b) a justificativa do preço foi suprida por meio da Análise da pesquisa de preços (fls. 41/51);

c) o gestor demonstrou o atendimento dos requisitos para a contratação direta **relativamente à escolha do fornecedor** (fl. 137).

2.5.2. Da Minuta De Contrato De Adesão

78. O art. 62, § 3º, incisos I e II da Lei nº 8.666\1993 preceitua:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

79. Isso significa que, nestes casos, a Administração acaba por se submeter, de forma predominante, às normas específicas relativas ao objeto do ajuste (contrato de adesão), de modo que a aplicação da Lei nº 8.666, de 1993, ocorre subsidiariamente.

80. A aplicação do princípio do *pact sunt servanda* não é absoluta nem no campo do Direito Civil, e muito menos o será no campo do Direito do Consumidor, como no caso em tela.

81. A relação que une as partes está submetida às regras de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e, em se tratando de contrato de adesão, sua interpretação deve ser direcionada a compreendê-lo da forma mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC), sobretudo diante dos princípios e preceitos insculpidos no mencionado Diploma, derogam as disposições contratuais que com eles colidirem.

82. Nesta toada, é nulo de pleno direito cláusula que desrespeita o princípio da boa-fé objetiva e não se harmoniza com as prescrições da legislação consumerista, pois o CDC proíbe as cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem excessiva.

83. Vale a transcrição de alguns dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, a fim de que se possa deixar delineado o direito do consumidor.

“ART. 6º – São direitos básicos do consumidor:

(...)

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;...”

ART. 39 – É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:

(...)

IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;...”

84. A lei consumerista também coíbe a inserção de cláusulas abusivas nos contratos, considerando-as nulas de pleno direito. Para o caso em tela, citamos:

“ART. 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(...)

X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

(...)

Parágrafo Primeiro. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos e obrigações fundamentais a natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

85. Nessa senda, não é demais destacar a possibilidade de questionar a validade de eventual cláusula, caso haja necessidade, perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal, conforme previsto no contrato na CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA - DA CONCILIAÇÃO, aplicando-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado, mediante as normas das Leis 8.666/93 e 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro), previsão esta constante no preâmbulo do contrato e no art. 54, da Lei n. 8.666/93.

2.6. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

86. Verifica-se que foi juntada declaração de dotação orçamentária, consoante arts. 14 e 38, *caput*, da Lei nº 8.666/93 (fls. 104/105).

87. Atenta-se que as exigências do art. 16, incisos I e II, da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, somente se aplicam às licitações e contratações fundadas em ações orçamentárias do tipo projeto, pois somente essas teriam potencial para criar, expandir ou aperfeiçoar ação com o consequente aumento de despesa (cf. Acórdão TCU nº 1.973/2006 – Plenário).

88. Por consequência, **só há necessidade de juntar os cálculos previstos no art. 16, I, §2º, da LRF e a declaração de compatibilidade do aumento da despesa com a LDO e o PPA se a despesa for considerada não rotineira** (art. 16, I e II, da Lei Complementar nº 101/2000, Orientação Normativa AGU nº 52 e Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 01/2012).

2.7. DA TRANSPARÊNCIA

89. A publicidade deverá seguir o disposto na norma específica disposta na **IN n. 01/2019/SGD/ME, cujas disposições devem ser observadas pelo pelo setor técnico competente**, nos moldes a seguir:

Art. 34. O órgão ou entidade deverá providenciar a publicação de, pelo menos, os seguintes documentos em sítio eletrônico de fácil acesso, observando a legislação específica relativa à proteção de informações:

I - Documento de Oficialização de Demanda, Estudo Técnico Preliminar da Contratação, Termo de Referência ou Projeto Básico:

a) até a data de publicação do edital da licitação; ou

b) **até a data de publicação do extrato de contratação, nos casos de contratação direta; ou**

c) até a data de assinatura do contrato, nos casos de adesão à ata de registro de preços;

II - O inteiro teor do contrato e seus Termos Aditivos, se houver, em até 30 (trinta) dias após suas assinaturas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo é facultativo para os contratos assinados até a data prevista no inciso III do art. 44 desta norma.

3. CONCLUSÃO

90. Considerando todo o acima exposto e, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, o parecer manifesta-se favoravelmente ao prosseguimento do procedimento analisado e aprova com ressalvas a minuta de contrato, desde que cumpridas as observações lançadas ao longo deste parecer.

91. As orientações emanadas dos Pareceres Jurídicos, ainda que apenas opinativos, devem ser seguidas ou, caso contrário, justificadas no corpo do processo.

92. Não há, ademais, determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas pela ETR-Licitações. Eis o teor do BPC nº 05: "Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo

conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas".

À consideração da chefia da entidade consulente.

Brasília, 15 de novembro de 2022.

Adalberto do Rêgo Maciel Neto
Procurador Federal

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Cynthia Regina de Lima Passos
Procuradora Federal

Danilo Eduardo Vieira de Oliveira
Procurador Federal

George Macedo Pereira
Procurador Federal

Gerson Leite Ribeiro Filho
Procurador Federal

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

Juliana Fernandes Chacpe
Procuradora Federal

Karina Bacciotti Carvalho Bittencourt
Procuradora Federal

Marina Define Ottavi
Procuradora Federal

Maristela Silva Menezes Plessim
Procuradora Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23223002134202260 e da chave de acesso fba774f8



Documento assinado eletronicamente por MARISTELA PLESSIM, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1036788431 e chave de acesso fba774f8 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARISTELA PLESSIM, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 15-11-2022 13:52. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.