



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE DE TRABALHO REMOTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
PARECER n. 00030/2024/NLC/ETRLIC/PGE/AGU

NUP: 23111.038916/2023-85

INTERESSADOS: UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ - UFPI

ASSUNTOS: PREGÃO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. FORNECEDOR EXCLUSIVO. **ARTIGO DA LEI Nº 14.133/2021.** LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: LEI Nº 14.133/2021, PORTARIA SEGES/ME Nº 8.678/2021, INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 65/2021, DECRETO Nº 10.947/2022, INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES Nº 58/2022, PORTARIA ME Nº 7.828/2022, DECRETO Nº 11.246/2022, INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 81/2022. PORTARIA SEGES/ME Nº 938/2022, INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 98, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2022 E INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5, DE 26 DE MAIO DE 2017, NO QUE COUBER. REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO. REGULARIDADE JURÍDICA, COM RESSALVAS.

I. Da natureza jurídica dos serviços de distribuição de publicidade legal prestados pela Empresa Brasil de Comunicações (EBC). Monopólio legal, instituído pelo art. 8º, VII, da Lei 11.652/08, condicionado à compatibilidade dos preços praticados com os de mercado. Parecer n. 00123/2017/DECOR/CGU/AGU.

II. Enquadramento legal da contratação da Empresa Brasil de Comunicação S.A. - EBC para a prestação do serviço de distribuição de publicidade legal. Inexigibilidade de licitação, com arrimo no art. 74, *caput*, da Lei nº 14.133, de 2021. Parecer nº 041/2010/DECOR/CGU/AGU.

III. Necessidade do preço praticado pela EBC ser compatível com o de mercado como condição para a contratação direta por inexigibilidade. Inteligência do art. 8º, §2º, Inciso II, da Lei nº 11.652, de 2008.

RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo encaminhado a este órgão consultivo para análise jurídica do procedimento de contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, prevista no art. 74 da Lei nº 14.133/2021, que tem por objeto a "Contratação da Empresa Brasil de Comunicação - EBC para prestação do serviço de distribuição da publicidade legal impressa e/ou eletrônica de interesse da Universidade Federal do Piauí- UFPI, no valor total estimado de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

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

- o documento de formalização da demanda (SEQ 1, fls. 4-6);
- o estudo técnico preliminar - ETP (SEQ 1, fls. 7-12);
- o mapa de gerenciamento de riscos (SEQ 1, fls. 93-94);
- o justificativa do preço (SEQ 1, fls. 68-69 - ETP item 5);
- o **pesquisa de mercado**;*;
- o **despacho com considerações a respeito da pesquisa de mercado**;*;
- o termo de referência/projeto básico (SEQ 1, fls. 95-115);
- o aprovação do ETP e do TR (SEQ 1, fl. 116);
- o documento de exclusividade (SEQ 1, fl. 18);
- o justificativa técnica da contratação direta (SEQ 1, fl. 70 - ETP, item 6);

- autorização da autoridade administrativa (SEQ 1, fl. 131);
 - **documentação referente à habilitação;***
 - **declaração de disponibilidade orçamentária;***
 - minuta do contrato de adesão (SEQ 1, fls. 42-52);
 - certificado de adoção das minutas padrão da AGU (SEQ 1, fls. 126-128);
 - lista de verificação de contratação direta (SEQ 1, fls. 117-125).
3. Por razões de economia processual, documentos não mencionados no item anterior serão devidamente referenciados ao longo do parecer.
4. É o relatório.

DA FUNDAMENTAÇÃO

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 explicita 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.

DOS LIMITES DA ANÁLISE JURÍDICA

8. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle prévio de legalidade, conforme art. 53 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Dessa maneira, não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas pela unidade jurídico-consultiva. Além do mais, na eventualidade de o administrador não atender as orientações do Órgão Consultivo, passa a assumir, inteiramente, a responsabilidade por sua conduta.

9. Ressalte-se que o exame aqui empreendido se restringe aos aspectos jurídicos do procedimento, excluídos, portanto, aqueles que abrangem conveniência e oportunidade para a celebração do ato, bem como os elementos de natureza eminentemente técnica, o que inclui o detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e especificações, uma vez que as questões técnicas fogem das atribuições deste órgão de consultoria, sendo afetos aos setores competentes da Administração.

10. 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/AGU 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)

11. 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.

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

DA VEDAÇÃO DA APLICAÇÃO COMBINADA DA LEI N. 14.133, DE 2021, COM A LEI N. 8.666, DE 1993, A LEI N. 10.520, DE 2002 E A LEI N. 12.462, DE 2011.

13. Não é demais destacar a vedação da aplicação combinada da Lei nº 14.133, de 2021, com a Lei nº 8.666, de 1993, Lei nº 10.520, de 2002, e a Lei n. 12.462, de 2011 (art. 191, da Lei nº 14.133, de 2021, e item 217 do PARECER n. 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU, NUP: 00688.000716/2019-43, sequencial 460), como se observa a seguir:

"217. Ante o exposto, conclui-se que: (...) b) a utilização de mesmos detalhamentos normativos para regimes jurídicos distintos, poderá causar tratamento não isonômico dos administrados e incerteza das consequências jurídicas; c) não é possível que os regulamentos editados na égide das Leis nº 8.666/93, nº 10.520/02 e nº 12.462/11 sejam recepcionados pela Lei nº14.133, de 2021, enquanto todos esses diplomas continuem em vigor, a luz do art. 191, parte final, da Lei nº 14.133/21 - ressalvada a possibilidade de que um novo ato normativo, editado pela autoridade competente, estabeleça expressamente a aplicação de tais regulamentos para a nova legislação" (PARECER n. 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU, NUP: 00688.000716/2019-43, sequencial 460).

DA AUTORIZAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA E DAS NORMAS DE GOVERNANÇA

14. No caso, foi juntada a autorização para a contratação direta, em cumprimento ao artigo 72, inciso VIII, da Lei nº 14.133/2021 (SEQ 1, fl. 131).

15. 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, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2019](#). A PORTARIA ME Nº 7.828, de 30 de agosto de 2022, estabelece normas complementares para o cumprimento do Decreto nº 10.193, de 2019.

16. **Tal providência deve ser juntada aos autos até antes da efetiva contratação** (Art. 3º, da PORTARIA ME Nº 7.828, de 30 de agosto de 2022).

17. Ressalte-se que a Administração deve certificar-se da obediência às regras internas de competência para autorização da presente contratação.

18. Deverá ser atestado nos autos que a presente contratação está contemplada no Plano de Contratações Anual da entidade e alinhada com o Plano Diretor de Logística Sustentável, além de outros instrumentos de planejamento da Administração (Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022, art. 7º da IN SEGES/ME nº 81/2022 e [Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021](#)). Tal providência encontra-se declarada no subitem 2.3 do TR quanto ao plano de contratações, **pendente** de verificação eventual alinhamento com o Plano Diretor de Logística Sustentável.

19. Por fim, observa-se que no ETP foi demonstrada a essencialidade e o interesse público da contratação, para os fins do previsto no art. 3º do Decreto nº 8.540, de 9 de outubro de 2015.

DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA

20. O artigo 72 da Lei nº 14.133, de 2021, elenca providências e documentos que devem instruir a fase de planejamento do processo de contratação direta, conforme abaixo transcrito:

- I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
- II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;
- III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
- IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;
- V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;
- VI - razão da escolha do contratado;
- VII - justificativa de preço;
- VIII - autorização da autoridade competente.

21. Assim, para viabilizar a contratação direta, a Administração deverá **elaborar parecer técnico** (artigo 72, inciso III, da Lei nº 14.133, de 2021) que comprove o atendimento dos requisitos exigidos, acompanhado da documentação comprobatória.

22. Dito isso, passamos a análise dos documentos juntados aos autos, quanto ao preenchimento das exigências legais.

PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

Da recomendação para adoção do Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação (IPP)

23. A Advocacia-Geral da União elaborou, em parceria com o Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI), o Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação (IPP), que se caracteriza como um guia destinado a orientar gestores públicos em procedimentos de contratação.

24. Recomenda-se que o planejamento da contratação seja realizado em conformidade com as diretrizes constantes do referido instrumento, que se encontra disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/instrumento-de-padronizacao-dos-procedimentos.pdf> ou em <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/manuais/manual-fase-interna>.

25. Cabe à Administração, portanto, observar o IPP, que vai servir como referência para as contratações públicas em todo o país. O documento está em formato de um verdadeiro manual, cujo objetivo central é facilitar e, ao mesmo tempo, dar maior segurança à atuação dos administradores públicos, de modo a prevenir eventuais riscos e conferir economia de tempo e de recursos nos processos licitatórios e nas contratações diretas.

Documentos necessários ao planejamento da contratação

26. De acordo com a Lei nº 14.133, de 2021, a IN SEGES Nº 58/2022 e a IN SEGES/ME Nº 81/2022, a Administração Pública deverá produzir os documentos abaixo durante a fase de planejamento da contratação:

- a) documento para formalização da demanda;
- b) estudo técnico preliminar;
- c) mapa(s) de risco;
- d) termo de referência.

27. Dito isso, percebe-se que os documentos foram juntados aos autos, conforme indicado no relatório deste parecer.

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

Documento para formalização da demanda e estudos preliminares: principais elementos

29. Da análise do documento de formalização da demanda, percebe-se que foram previstos os conteúdos do art. 8º do Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022, especialmente a justificativa da necessidade da contratação, o nome da área requisitante ou técnica com a identificação do responsável e a indicação da data pretendida para a conclusão da contratação.

30. Quanto aos estudos preliminares, a equipe de planejamento deverá certificar-se de que trazem os conteúdos previstos no art. 9º, da IN SEGES nº 58/2022. Tal dispositivo estabelece que os estudos preliminares, obrigatoriamente, deverão conter:

- descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público (inc. I);
- estimativa das quantidades a serem contratadas, acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, considerando a interdependência com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala (inc. V);
- estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação (inc. VI);
- justificativas para o parcelamento ou não da solução (inc. VII);
- posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina (inc. XIII).

31. Eventual não previsão de qualquer dos conteúdos descritos art. 9º, da IN SEGES nº 58, de 2022, deverá ser devidamente justificada no próprio documento, consoante art. 9º, § 1º, da IN SEGES nº 58, de 2022.

32. No caso, verifica-se que a Administração juntou o estudo técnico preliminar no SEQ 1, fls. 7-12.

33. Percebe-se que referido documento contém, em geral, os elementos exigidos pela IN SEGES nº 58, de 2022.

Gerenciamento de riscos

34. Cabe pontuar que “Mapa de Riscos” não se confunde com cláusula de matriz de risco, a qual será tratada quando da minuta de contrato e é considerada como a caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em que se aloca, de forma prévia e acertada, a responsabilidade das partes por possível ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação. Assim, a idealização e elaboração do “Mapa de Riscos” não supre a necessidade da Administração Pública, em momento oportuno, discutir a matriz de riscos a ser estabelecida no instrumento contratual (item 5.2. do Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação: Advocacia-Geral da União: Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos, 2023).

35. O Gerenciamento de Risco se materializa pelo denominado “Mapa de Riscos” e deverá ser confeccionado no módulo de Gestão de Riscos Digital, consoante o item 5.2. do Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação: Advocacia-Geral da União: Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos, 2023, disponível em <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/saiba-como-guia-elaborado-pela-agu-e-pelo-ministerio-da-gestao-facilitara-contratacoes-publicas-em-todo-o-pais>.

36. Quanto ao mapa de riscos (art. 72, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021), percebe-se que foi confeccionado no módulo de Gestão de Riscos Digital, consoante o item 5.2. do Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação, com indicação do risco, da probabilidade, do impacto, do responsável e das ações preventiva e de contingência (SEQ 1, fls. 93-94).

Termo de referência

37. O Termo de Referência é o documento que deverá conter a definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação, a fundamentação da contratação, a descrição da solução, os requisitos da contratação, o modelo de execução do objeto, o modelo de gestão do contrato, os critérios de medição e de pagamento, a forma e critérios de seleção do fornecedor, as estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado e a adequação orçamentária (art. 6º, inciso XXIII, da Lei nº 14.133, de 2021).

38. Cumpre lembrar que **é recomendável a utilização do modelo de termo de referência disponibilizado pela Advocacia-Geral da União**, a fim de garantir o conteúdo mínimo necessário, bem como a padronização e a celeridade na análise (art. 19, IV, da Lei nº 14.133, de 2021).
39. Recomenda-se, ainda, que as alterações realizadas no modelo padronizado de termo de referência sejam destacadas visualmente e justificadas por escrito no processo (art. 19, § 2º, da Lei nº 14.133, de 2021).
40. No caso, consta dos autos o Termo de Referência (SEQ 1, fls. 95-115), elaborado pela área requisitante e aprovado pela autoridade competente (SEQ 1, fl. 116).
41. Além disso, foi juntada declaração da área técnica informando sobre a adoção, na espécie, do modelo de minuta padronizada de Termo de Referência disponibilizado pela AGU (SEQ 1, fls. 126-128).
42. A não utilização do catálogo eletrônico de padronização é situação excepcional, devendo ser justificada por escrito e anexada ao respectivo processo de contratação (art. 6º, inciso LI, c/c art. 19, inciso II, § 2º, da Lei nº 14.133, de 2021, c/c art. 10, parágrafo único, da PORTARIA SEGES/ME Nº 938, de 2 de fevereiro de 2022).
43. Ademais, a IN SEGES/ME nº 81, de 25 de novembro de 2022, dispõe sobre a elaboração do Termo de Referência – TR, para a aquisição de bens e a contratação de serviços, e sobre o Sistema TR digital. A Administração deve cuidar para que suas exigências sejam atendidas no caso concreto.
44. Nesse contexto, em análise eminentemente formal, verifica-se que o termo de referência contemplou todas as exigências contidas nos normativos acima citados.
45. Registre-se a adoção do modelo recomendado, com alterações inerentes ao caso concreto, providência adequada.
46. Quanto à fixação de preços unitários máximos para cada item do termo de referência (art. 6º, inciso XXIII, alínea "i", art. 23, § 1º, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021 c/c art. 5º, inc. I da IN SEGES/ME Nº 65, de 7 de julho de 2021, Súmula TCU nº 259, por analogia), calha registrar que a contratação se dá sobre valores constantes em tabela de preços públicos, conforme declarado pela EBC, de modo que o valor a ser despendido, lançado no TR é estimado e dependerá do número de publicações legais efetivamente demandadas.

Necessidade da contratação e vedações às especificações restritivas

47. A necessidade da contratação foi justificada, tendo sido estimados os **quantitativos** do objeto no ETP.
48. Como se sabe, a justificativa da necessidade da contratação constitui questão de ordem técnica e administrativa, razão pela qual, a teor do Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia Geral da União, não deve esta Procuradoria se pronunciar conclusivamente acerca do mérito (oportunidade e conveniência) da motivação apresentada e das opções feitas pelo administrador, exceto na hipótese de afronta a preceitos legais, o que não nos parece ser o caso.
49. Observe-se, ainda, que são vedadas especificações do objeto que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização ou direcionem ou favoreçam à contratação de prestador específico (art. 9º, da Lei nº 14.133, de 2021). Portanto, o gestor deverá tomar as devidas cautelas para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais à contratação, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração.
50. No caso de serviços, registre-se que o gestor deverá estar atento às diretrizes gerais do subitem 1.1 do anexo V da IN SEGES/MP nº 05, de 2017, quais sejam:
- a) prever especificações que representem a real demanda de desempenho do órgão ou entidade, não sendo admissíveis especificações que deixem de agregar valor ao resultado da contratação ou sejam superiores às necessidades do órgão ou entidade;
 - b) não fixar especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitam, injustificadamente, a competitividade ou direcionam ou favoreçam a contratação de prestador específico;
 - c) não adotar especificações que estejam defasadas tecnológica e/ou metodologicamente ou com preços superiores aos de serviços com melhor desempenho.

51. Recomenda-se que a Administração se certifique de que as especificações técnicas previstas no Termo de Referência atendem às premissas acima citadas.
52. Ainda sobre esse tema, vale destacar que, caso as especificações somente possam ser atendidas por uma quantidade de fornecedores considerada restrita, deverá ser avaliada a pertinência de retirar ou flexibilizar requisitos, de modo que se possa manter apenas aqueles considerados indispensáveis (art. 9º, inc. I, §2º, da IN SEGES Nº 58, de 2022).

Parcelamento da contratação e regra geral da necessária adjudicação por itens

53. Outro ponto relevante diz respeito ao parcelamento do objeto a ser contratado. 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.

54. No caso de serviços, na aplicação do princípio do parcelamento, **deverão ser considerados** (art. 47, II, § 1º, Lei nº 14.133, de 2021):

I - a responsabilidade técnica;

II - o custo para a Administração de vários contratos frente às vantagens da redução de custos, com divisão do objeto em itens;

III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

55. Dito isso, percebe-se que o presente procedimento previu a não adoção do parcelamento do objeto, por se tratar de contratação direta de fornecedor exclusivo, consoante justificativa presente no item 9 do ETP.

Critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações

56. Em relação aos critérios e práticas de sustentabilidade (art. 5º, art. 11, IV, art. 18, §1º, XII, e §2º, da Lei nº 14.133, de 2021, art. 7º, XI da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 e art. 9º, II e XII, da IN SEGES nº 58, de 2022), deverão ser tomados os seguintes cuidados gerais:

a) definir os critérios e práticas objetivamente no termo de referência como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial;

b) justificar a exigência nos autos;

c) verificar se os critérios e práticas preservam o caráter competitivo da contratação.

d) verificar o alinhamento da contratação com o Plano de Gestão de Logística Sustentável.

57. Posto isso, para definição dos critérios e práticas de sustentabilidade, recomenda-se consulta ao Guia Nacional de Contratações Sustentáveis, disponibilizado pela Advocacia-Geral da União em seu sítio eletrônico.

58. Se a Administração entender que os serviços não se sujeitam a critérios de sustentabilidade, deverá apresentar a devida justificativa.

59. Feitas essas considerações, verifica-se que a Administração incluiu, no item 4.1 do termo de referência, critérios e práticas de sustentabilidade.

Do orçamento da contratação, da obrigatoriedade de elaboração de planilhas e da justificativa de preço

60. Quanto ao orçamento, **é dever da Administração, elaborar planilha detalhada com a consolidação dos quantitativos e preços unitários e total da contratação** (art. 6º, XXIII, alínea "i", art. 18, IV, e § 1º, VI, art. 72, inciso II, da Lei nº 14.133, de 2021).

61. Tendo em conta a natureza estritamente técnica do orçamento, a adequação da metodologia empregada para estimar o valor de mercado do objeto contratual deixará de ser examinada por esse órgão jurídico, posto ser atribuição não afeta à formação jurídica e ao prisma do exame da estrita legalidade.

62. A contratação por inexigibilidade de licitação não dispensa a justificativa do preço (art. 72, inciso VII, da Lei nº 14.133, de 2021). Assim, deve a Administração verificar se o preço a ser contratado encontra-se em consonância com o valor de mercado, por exemplo, com os demais valores pagos pela Administração Pública em contratações similares, de forma que não exista superfaturamento.

63. Nesse sentido, a Administração deve observar o que dispõe a Orientação Normativa/AGU nº 17, a seguir:

"A RAZOABILIDADE DO VALOR DAS CONTRATAÇÕES DECORRENTES DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PODERÁ SER AFERIDA POR MEIO DA COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM OS PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A OUTROS ENTES PÚBLICOS E/OU PRIVADOS, OU OUTROS MEIOS IGUALMENTE IDÔNEOS."

64. A pesquisa de mercado nas contratações diretas é tratada na Lei n. 14.133, de 2021:

Art. 23 (...) § 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

65. Nos termos do art. 7º, caput, da IN SEGES/ME nº 65, de 2021, nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, aplica-se o disposto no art. 5º, da IN SEGES/ME nº 65, de 2021.

66. Quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida no art. 5º da IN SEGES/ME nº 65, de 2021, a justificativa de preços será dada com base em valores de contratações de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo (art. 7º, § 1º, da IN SEGES/ME nº 65, de 2021).

67. Excepcionalmente, caso a futura contratada não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço de que trata o caput pode ser realizada com objetos de mesma natureza, devendo apresentar especificações técnicas que demonstrem similaridade com o objeto pretendido (art. 7º, § 2º, da IN SEGES/ME nº 65, de 2021).

68. Se, por outro lado, a justificativa de preços aponte para a possibilidade de competição no mercado, proibida está a inexigibilidade (art. 7º, § 3º, da IN SEGES/ME nº 65, de 2021).

69. Dessa forma, a pesquisa de preços deverá ser executada de acordo com a IN SEGES/ME nº 65, de 2021. Em especial, deverão ser cumpridas as orientações abaixo:

- a pesquisa de preços deve contemplar bens cujas especificações guardam identidade com aqueles efetivamente desejados, evitando a comparação entre bens que não sejam equivalentes;
- a pesquisa de preços será materializada em documento que conterà, no mínimo: identificação do(s) agente(s) responsável(is) pela pesquisa ou, se for o caso, da equipe de planejamento; caracterização das fontes consultadas; série de preços coletados; método estatístico aplicado para a definição do valor estimado; justificativas para a metodologia utilizada, em especial para a desconsideração de valores inconsistentes, inexequíveis ou excessivamente elevados, se aplicável; memória de cálculo do valor estimado e documentos que lhe dão suporte, justificativa da escolha dos fornecedores, no caso da pesquisa direta (art. 3º).
- na pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos parâmetros, empregados de forma combinada ou não (art. 5º).
- quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, deverá ser observado o prazo de resposta conferido ao fornecedor compatível com a complexidade do objeto a ser licitado e obtenção de propostas formais, contendo, no mínimo: descrição do objeto, valor unitário e total; número do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ do proponente; endereço físico e eletrônico e telefone de contato; data de emissão e nome completo e identificação do responsável, bem como registro nos autos da relação de fornecedores que foram consultados e não enviaram propostas como resposta à solicitação (art. 5º, § 2º);
- os preços pesquisados devem ser examinados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados, por meio de manifestação técnica fundamentada, cumprindo à Administração o discernimento sobre os efetivamente aptos a comporem a planilha de preços, podendo até serem excluídos aqueles demasiadamente discrepantes dos demais (art. 6º, §§ 3º e 4º);
- entre as fontes da pesquisa de preços, devem ser priorizadas a "composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente nos sistemas oficiais de governo, como Painel de Preços ou banco de preços em saúde, observado o índice de atualização de preços

correspondente” e as “contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente”, em detrimento da “pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo” (desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital, contendo a data e a hora de acesso), de “pesquisa direta” com fornecedores (desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital) e de “pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas (desde que a data das notas fiscais esteja compreendida no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do edital), cuja adoção deve ser vista como prática subsidiária, suplementar, conforme art. 5º, § 1º;

- na pesquisa de preços, sempre que possível, deverão ser observadas as condições comerciais praticadas, incluindo prazos e locais de entrega, instalação e montagem do bem ou execução do serviço, quantidade contratada, formas e prazos de pagamento, fretes, garantias exigidas e marcas e modelos, quando for o caso, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto (art. 4º).

- somente em casos excepcionais, será admitida a determinação de preço estimado com base em menos de três preços, desde que devidamente justificada nos autos pelo gestor responsável e aprovada pela autoridade competente (art. 6º, § 5º);

- justificar a metodologia empregada para a estimativa dos custos da contratação (art. 6º, §§ 1º, 2º e 3º).

- o preço estimado da contratação poderá ser obtido, ainda, acrescentando ou subtraindo determinado percentual, de forma a aliar a atratividade do mercado e mitigar o risco de sobrepreço (art. 6º, §2).

70. Adicionalmente, é recomendável que a pesquisa de preços reflita 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.

71. 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. É através desta análise fundamentada, que a Administração irá estabelecer o valor estimado da contratação.

72. Nesse contexto, cumpre ressaltar que o órgão assessorado é quem dispõe de condições técnicas adequadas para avaliar a idoneidade da proposta formulada pela pretensa contratada, não tendo este órgão de consultoria conhecimento técnico para se pronunciar a respeito das conclusões apresentadas.

73. No caso concreto, trata-se de contratação de serviço exercido em regime de monopólio pela EBC, tendo sido carreado ao feito declaração de os preços exercidos são os constantes nas Tabelas Públicas de Preços (SEQ 1, fl. 82), com o que **deve** ficar atenta a Administração durante a execução contratual de modo a evitar qualquer forma de sobrepreço.

74. Prudente inclusive **recomendar** a juntada de manifestação técnica conclusiva no ponto, com a juntada da Tabela Pública de Preços referida pela EBC, o que se debaterá adiante, na análise acerca da própria inexigibilidade.

DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

75. Em princípio, todas as obras, serviços, compras e alienações promovidas pelo Poder Público devem ser precedidas de licitação, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta (CF art. 37, XXI).

76. Entretanto, casos há em que a competição se torna inviável ou impossível. A licitação será, pois, inexigível, já que ausente uma de suas razões de existir: a pluralidade de ofertas a promover uma disputa entre particulares.

77. Diferentemente da dispensa de licitação, onde a competição é possível, mas a realização do certame não é obrigatória por força de lei; na inexigibilidade, o ente público não tem opção, não há discricionariedade a observar. O que vale é a impossibilidade de obter propostas equivalentes, ou melhor, de ter o produto ou serviço necessário prestado satisfatoriamente por mais de um indivíduo. Em última análise, a inexigibilidade é condição que se impõe à Administração, como única forma de atendimento ao interesse público.

78. A contratação direta por inexigibilidade de licitação é uma exceção à regra do art. 37, XXI, da Constituição Federal, e está prevista no art. 74 da Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos **ou** de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

(...) § 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, **vedada a preferência por marca específica.**

79. A situação de inexigibilidade eventualmente existente deve ser justificada obrigatoriamente, devendo o processo ser instruído com a caracterização da situação de inexigibilidade, razão da escolha do fornecedor (ou executante) e justificativa do preço, tudo conforme o art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021.

80. Nesse prisma, é cabível a contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, desde que o setor competente elabore parecer técnico (artigo 72, inciso III, da Lei n. 14.133, de 2021) e demonstre documentalmente nos autos, a existência dos seguintes requisitos, cumulativamente:

a) **a inviabilidade de competição**, deve a Administração demonstrar as reais necessidades e a essencialidade que justifiquem a especificidade do objeto, o qual deve apresentar características especiais e ímpares, ou seja, só haver uma solução que atenda à necessidade da Administração;

b) **a existência de apenas um único fornecedor** com capacidade e qualificações para ser contratado.

81. A seguir, passaremos à análise quanto ao cumprimento dos requisitos acima indicados.

DA NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE PUBLICIDADE LEGAL, PRESTADOS PELA EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÕES - EBC. MONOPÓLIO LEGAL CONDICIONADO À VANTAJOSIDADE DE PREÇOS.

82. A Empresa Brasil de Comunicação S.A – EBC constitui-se em empresa pública vinculada à Casa Civil da Presidência da República, conforme dispõe o artigo 5º, da Lei nº 11.652, de 2008, e tem por finalidade a prestação de serviços de radiodifusão pública e serviços conexos.

83. Nos termos do art. 8º da Lei nº 11.652, de 2008, à EBC compete o desempenho das seguintes atividades:

Art. 8º Compete à EBC:

(...)

VII - distribuir a publicidade legal dos órgãos e entidades da administração federal, à exceção daquela veiculada pelos órgãos oficiais da União;

(...).

§ 1º Para fins do disposto no inciso VII do *caput* deste artigo, entende-se como publicidade legal a publicação de avisos, balanços, relatórios e outros a que os órgãos e entidades da administração pública federal estejam obrigados por força de lei ou regulamento.

§ 2º É dispensada a licitação para a:

(...)

II - contratação da EBC por órgãos e entidades da administração pública, com vistas na realização de atividades relacionadas ao seu objeto, **desde que o preço contratado seja compatível com o de mercado.**

84. Por seu turno, o Decreto nº 6.555, de 8 de setembro de 2008, que trata das ações de comunicação do Poder Executivo Federal, assevera que a publicidade legal não veiculada nos órgãos oficiais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **deverá ser distribuída pela EBC.** Confira-se:

Art. 3º As ações de comunicação do Poder Executivo Federal compreendem as áreas de:

(...)

V - Publicidade, que se classifica em: (Redação dada pelo Decreto nº 7.379, de 2010)

a) publicidade de utilidade pública; (Redação dada pelo Decreto nº 7.379, de 2010)

- b) publicidade institucional; (Redação dada pelo Decreto nº 7.379, de 2010)
 - c) publicidade mercadológica; e (Redação dada pelo Decreto nº 7.379, de 2010)
 - d) publicidade legal;** (Redação dada pelo Decreto nº 7.379, de 2010)
- (...)

Art. 9º As ações de publicidade do Poder Executivo Federal serão executadas por intermédio de agência de propaganda, com exceção da publicidade legal veiculada nos órgãos oficiais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

(...)

§ 3º A publicidade legal não enquadrada no *caput* será distribuída pela Empresa Brasil de Comunicação - EBC, nos termos do art. 8º, inciso VII, da Lei nº 11.652, de 7 de abril de 2008, observadas as instruções da Secretaria de Comunicação Social.

85. Portanto, no que concerne especificamente ao objeto da presente manifestação jurídica, é de se destacar o que prescreve o artigo 8º, VII, da Lei nº 11.652/2008, supratranscrito. Os serviços de distribuição de publicidade legal dos órgãos e entidades da administração federal - com exceção daquela veiculada pelos órgãos oficiais da União -, foram legalmente atribuídos à EBC.

86. Impende destacar que, em relação à contratação dos serviços prestados pela EBC, a Advocacia-Geral da União uniformizou entendimento no sentido de que, tratando-se de serviços de distribuição da publicidade legal da Administração Pública Federal, a contratação da referida empresa deve ser realizada mediante **inexigibilidade de licitação**, tendo em vista a inviabilidade de competição, por conta do **monopólio legal instituído em favor da EBC pelo inciso VII, do art. 8º, da Lei 11.652/08**.

87. Nesse sentido, vide o **Parecer nº 041/2010/DECOR/CGU/AGU** (Processo nº 00400.016883/2009-11) com a aprovação do Consultor-Geral da União, cuja conclusão restou vazada nos seguintes termos:

32. Ante o exposto, em resposta à provocação do Núcleo de Assessoramento Jurídico em Porto Alegre, entendo que, nos termos do art. 8º, inciso VII, e § 2º, inciso II, da Lei 11.652/08, e do art. 9º, § 3º, do Decreto 6.555/08, a contratação da Empresa Brasil de Comunicação – EBC pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal **deve se dar por inexigibilidade de licitação**, nos termos do art. 25 da Lei 8.666/93.

88. Referido Parecer faz referência ao Acórdão n. 538/1999-TCU/Plenário que assentou a tese de que "*por impositivo legal, existe apenas uma empresa apta a realizar esse mister*", isto é, a inviabilidade de competição decorre de imposição legal, que determina que a distribuição da publicidade legal seja realizada pela EBC, de modo que a Administração Pública não tem alternativa.

89. **Embora tal entendimento faça menção ao art. 25, da Lei n. 8.666/93, o regime jurídico acerca da matéria na Lei nº 14.133/21 se manteve inalterado, diante da reprodução daquele dispositivo legal no art. 74 da nova lei.**

90. Nem se diga que a contratação direta por inexigibilidade no presente caso estaria vedada pelo art. 74, III, da Lei 14.133/21. A referida vedação - de utilização da inexigibilidade para contratação de serviços de "publicidade e divulgação" - já estava presente no art. 25, II, da Lei n. 8.666/93, sobre a qual o TCU entendeu que:

"Entendo, finalmente, que não seja cabível, no caso em questão, a alegação do inculpidado no inciso II, do art. 25, da Lei nº 8.666/93, quando veda a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação. Tal fato é válido para o caso de contratação de publicidade institucional junto às agências privadas de publicidade e divulgação, isto é, a Radiobrás tem excepcionalidade prevista em Lei, avaliada (*sic*) pela Constituição Federal."

(Excerto do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator Adylson Motta, Acórdão n. 538/1999-TCU/Plenário)

91. Ademais, segundo o **Parecer nº 041/2010/DECOR/CGU/AGU**, embora o art. 8º, § 2º, da Lei nº 11.652/2008, fale em "licitação dispensada", a exegese unicamente gramatical do referido dispositivo não se desvela suficiente para extrair do seu texto o sentido que melhor se coaduna com o sistema em que está inserido. Tal dispositivo deve ser lido, portanto, à luz do **monopólio legal** estabelecido pelo inciso VII, do *caput* do art. 8º da mesma lei:

25. De tal operação resulta que a correta interpretação de referido dispositivo é a de que, ao utilizar a expressão "*dispensada a licitação*", a Lei 11.652/08 teria se limitado, tão-somente, a esclarecer que a EBC poderia ser contratada diretamente pela Administração Pública Federal, independentemente de prévio processo licitatório.

(...)

28. Assim sendo, apesar do quanto disposto no inciso II, do §2º, do art. 8º, da Lei 11.652/08, entendendo que o inciso VII, *caput*, do mesmo artigo, manteve, em favor da EBC, o "**monopólio legal**" da prestação dos serviços de distribuição da publicidade legal da Administração Pública Federal, devendo, porém, os agentes desta última, nos termos da jurisprudência do TCU, **exigir que a EBC pratique preços compatíveis com o mercado, devendo referida empresa pública, por sua vez, envidar todos os esforços possíveis na obtenção dos maiores descontos possíveis em favor dos entes públicos contratantes.**

92. Pois bem. **A contratação direta da EBC não autoriza fazê-lo a qualquer preço, havendo a necessidade de que seja verificada a compatibilidade da contratação com os preços praticados no mercado,** conforme consta do **Parecer nº 00123/2017/DECOR/CGU/AGU** (NUP: 00443.000031/2016-27), assim ementado:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITOS COMUNICATIVOS. PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DIREITO ADMINISTRATIVO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL. LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONTRATAÇÃO DIRETA. EMPRESA PÚBLICA. EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. SISTEMA BRASILEIRO DE COMUNICAÇÃO PÚBLICA. DISTRIBUIÇÃO DE PUBLICIDADE LEGAL. **MONOPÓLIO CONDICIONADO.** LEI Nº 11.652/08. LEI Nº 11.303/16.

1. **Há obrigação de a Empresa Brasil de Comunicação ser contratada diretamente, todavia apenas nas hipóteses em que os preços guardem correlação com o praticado no âmbito mercadológico,** nos termos da Lei nº 11.652/08, art. 8º, inciso II, §2º, assim como o art. 29, XI, da Lei nº 11.303/16 (Lei das Estatais). **Detectada a disparidade, é necessário novo pronunciamento da EBC sobre a oferta, vez que neste ponto detém preferência para ser a última a se manifestar sobre os valores encontrados pelos órgãos e entidades.**

2. Os órgãos e entidades devem realizar tratativas junto à EBC para propiciar a pesquisa eficiente dos preços praticados pela empresa pública em seu sistema de informação, para fins de aplicação adequada do método comparativo de análise dos preços, sem prejuízo de outras providências para o trâmite célere das negociações.

3. **Quando os preços estiverem acima do valor de mercado, variação esta comprovada documentalmente nos autos dos processos administrativos, necessariamente deve ser aplicada a Lei nº 8.666/93, diploma essencialmente focado na obtenção dos valores de mercado e adequado ao cumprimento da condicionante jurídica prevista na Lei nº 11.652/08 (art. 8º, inciso II, §2º).**

93. Daí falar-se **em submissão da EBC a um regime de monopólio legal condicionado** à compatibilidade dos preços praticados com os de mercado, quando da prestação do serviço de distribuição da publicidade legal.

94. Portanto, a lei impõe a contratação da EBC para prestação dos serviços de distribuição de publicidade legal desde que o preço contratado seja compatível com o de mercado. Em sentido contrário, havendo incompatibilidade do preço praticado pela EBC com o de mercado, não poderá ser efetivada a contratação por inexistência de licitação, sendo inaplicáveis as disposições da presente manifestação.

95. No que se refere especificamente à verificação da **compatibilidade de preços**, vale trazer à colação, resumidamente, as orientações exaradas pelo já mencionado Parecer n. 00123/2017/DECOR/CGU/AGU, **cuja observância ora se recomenda:**

- **Os preços da EBC devem ter correlação com os de mercado. Portanto, deve ser feita uma ampla pesquisa de preços do mercado;**
- **A empresa pública disponibiliza sistema operacional para os órgãos ou entidades pesquisarem os preços cobrados pela EBC em relação ao meio de comunicação selecionado;**
- **É razoável que a EBC indique aos órgãos e entidades a melhor forma de pesquisa de preços em seu sistema, sem prejuízo de aperfeiçoamentos, bem como qual o seu departamento competente para manter o diálogo quando constatados preços além dos praticados no mercado. A vantagem da proposta é examinada à luz do mesmo anúncio e veículo;**
- **Na falta disso, os órgãos e entidades devem realizar tratativas junto à EBC para propiciar a pesquisa eficiente dos preços praticados pela empresa pública em seu sistema de informação,**

para fins de aplicação adequada do método comparativo de análise dos preços, sem prejuízo de outras providências para o trâmite célere das negociações;

- Detectada a disparidade, é necessário novo pronunciamento da EBC sobre a oferta, vez que neste ponto detém preferência para ser a última a se manifestar sobre os valores encontrados pelos órgãos e entidades;
- Portanto, a comprovação, por qualquer forma admitida em direito, da existência de preços incompatíveis pode partir do referido sistema, através de método comparativo entre um ou mais valores obtidos e as cotações realizadas diretamente junto às agências de publicidade que atuam no mercado, desde que observada a resistência da EBC em reduzir o seu valor ou a ausência de resposta em prazo razoável;
- Quando os preços estiverem acima do valor de mercado (variação comprovada documentalmente nos autos dos processos administrativos) e frustrada a negociação com a EBC, caberá ao órgão afastar a contratação direta e tomar providências para aplicação da Lei (licitação ou outra forma de contratação direta);
- Nos termos do art. 8º, § 2º, II, da Lei nº 11.652/08, se o preço estiver compatível com o de mercado, os órgãos ou entidades são proibidos de licitar, sendo inafastável a contratação direta da EBC.

96. No despacho de aprovação da citada manifestação – Despacho nº 00460/2018/DECOR/CJU/AGU - houve a abordagem da hipótese da EBC não conseguir chegar aos preços compatíveis de mercado. Nestes casos, a conclusão foi a seguinte:

Nestes casos, em obediência aos princípios basilares do art. 37 da Constituição da República e da supremacia do interesse público, dever-se-á aplicar a lei de licitações para a contratação do serviço pretendido, devendo, por primordial, que o processo que objetive a contratação de empresa distinta da EBC para o serviço de distribuição de publicidade legal, tenha como requisito de início válido a comprovação inequívoca de compatibilidade de preço requerido pela empresa pública.

97. Os termos deste Despacho foram aprovados pelo Sr. Consultor-Geral da União, conforme despacho 000602/2018, constante no mesmo processo administrativo.

98. Embora por determinação expressa em lei de que a publicidade dos serviços de distribuição de publicidade legal impressa e ou eletrônica da Administração Pública Federal devam ser realizados pela EBC, tais serviços são realizados por muitas empresas no mercado.

99. Assim, na eventual situação em que haja disparidade entre os preços praticados pela EBC e os de mercado, não poderá ser efetivada a contratação por inexigibilidade de licitação.

100. Outrossim, no caso em apreço, recomenda-se complementar a instrução processual conforme parâmetros acima destacados, juntando-se pesquisa de preços junto ao mercado de fornecedores privados conforme orientações jurídicas exaradas pela AGU, demonstrando a ausência de sobrepreço em despacho fundamentado.

101. Registradas as principais orientações jurídicas quanto ao tema, convém acrescentar que a verificação de compatibilidade de preços é uma matéria de ordem técnica, competindo ao gestor público adotar as providências necessárias para certificar-se da adequação dos valores encontrados e, conseqüentemente, da solução a ser adotada no caso.

102. Esse é, inclusive, um dos motivos para a emissão da presente manifestação jurídica condicionada, restando, então, a verificação da compatibilidade do preço, que se reflete em uma análise documental de conteúdo técnico, e não jurídico.

103. De qualquer forma, é bom ressaltar que a contratação direta em exame somente será juridicamente possível no caso concreto se a entidade encontrar preços da EBC compatíveis com os oferecidos pelas empresas que atuam no mercado, com base no artigo 8º, VII, e §2º, II, da Lei nº 11.652/2008.

104. Caso, porém, mesmo após tentativa de negociação de valores junto à empresa pública, os valores estejam incompatíveis, a entidade assessorada deverá tomar providências para realizar o procedimento de licitação cabível de acordo com a Lei nº 14.133, de 2021, que deverá ser previamente analisada pela Procuradoria Federal.

DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO

105. De início, alertamos que, mesmo nas dispensas ou inexigibilidades de licitação, a comprovação da habilitação do contratado deve ser exigida com relação aos aspectos essenciais à regularidade da contratação (art. 72, inciso V, c/c art. 91, § 4º, art. 92, inc. XVI, e art. 161 da Lei nº 14.133, de 2021).

106. Compete ao gestor verificar a situação da futura contratada junto aos seguintes cadastros/sistemas:
- o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF;
 - o Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal - CADIN
 - o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, mantido pela Controladoria-Geral da União;
 - o Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ
 - o Lista de Inidôneos, mantida pelo Tribunal de Contas da União – TCU;
 - o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas – CNDT.

107. Ressalte-se que é essencial, também, a declaração relativa ao cumprimento do disposto no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal.

108. Atente-se que o cadastro do CADIN é meramente informativo, de modo que a existência de pendências não impede a contratação (art. 6º, III, da Lei nº 10.522, de 2002).

109. Verifica-se, no caso concreto, que não foram juntados documentos que comprovem a regularidade fiscal e trabalhista da pretensa contratada, com anotação de que tal providência se dará posteriormente (SEQ 1, fl. 120). **Recomenda-se**, pois, as devidas cautelas, com a juntada da documentação referida acima previamente à contratação.

DA MINUTA DE CONTRATO DE ADESÃO

110. Usualmente, recomenda-se a utilização das minutas disponibilizadas pela AGU, conforme art. 19, inciso IV, § 2º, c/c art. 25, § 1º, da Lei nº 14.133, de 2021, bem como que as alterações realizadas nos modelos sejam destacadas visualmente e justificadas por escrito no processo (art. 19, § 2º, da Lei nº 14.133, de 2021).

111. Os requisitos e elementos a serem contemplados na minuta de contrato são aqueles previstos no art. 92, da Lei nº 14.133, de 2021, com as devidas adaptações às especificidades de cada contratação.

112. Foi apresentada minuta de contrato fornecida pela empresa concessionária, padronizada, destinada a todos os consumidores de uma determinada categoria. É efetivamente um contrato de adesão, assim definido pelo artigo 54 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

113. Porém, nesses casos, a Administração não tem prerrogativas e não pode alterar seu conteúdo, devendo acatar as regras impostas, sob pena de ver frustrado o atendimento a uma necessidade essencial.

114. 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 de Licitações ocorre subsidiariamente.

115. O Tribunal de Contas da União (Decisão 537/1999 – TCU - Plenário), na vigência da Lei nº 8.666, de 1993, já tratou do assunto, concluindo que, quando for usuária de serviço público, como energia elétrica, água e esgoto, a Administração não tem posição privilegiada, já que o contrato não é administrativo típico. Nesse ponto, vale registrar que o fundamento jurídico do entendimento da Corte de Contas permanece válido à luz da Lei nº 14.133, de 2021, motivo pelo qual se optou por sua referência neste parecer.

116. Portanto, é plenamente aceita a assinatura de contrato de adesão pela Administração Pública, quando for usuária de um serviço público e, por isso, equiparada ao consumidor comum, sem que possa usar prerrogativas especiais.

117. Sendo assim, não é demais destacar a possibilidade de questionar a validade de eventual cláusula abusiva ou manifestamente ilegal, caso haja necessidade, perante a Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal e/ou o Poder Judiciário, conforme o caso.

118. Nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990), eventuais cláusulas que possam ser reputadas abusivas são nulas de pleno direito, independentemente de terem sido ou não objeto de qualquer ressalva por parte do consumidor no momento da contratação. Insista-se: tendo em vista a essencialidade do serviço de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, pode a Administração celebrar o contrato de adesão, ainda que repute ilegal ou abusiva alguma ou algumas de suas disposições, pois a nulidade pode ser alegada a qualquer tempo, mesmo depois de celebrada a avença.

119. A título de esclarecimento, registre-se que o Parecer nº GQ-170, aprovado pelo Exmo. Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União em 13/10/1998, obrigatório para toda a Administração Pública Federal, nos termos do artigo 40, §1º, da Lei Complementar nº 73/1993, fixou a legalidade da cobrança da multa de mora do órgão federal consumidor no caso de atraso no pagamento de tarifa fixada por concessionária de serviço público. Ademais, o Parecer nº 33/2012/DECOR/CGU/AGU entendeu que é exigível a incidência de atualização monetária no caso de pagamento em atraso pela União, mesmo quando o contrato não contenha tal previsão.

120. Por sua vez, o Parecer nº 78/2011/DECOR/CGU/AGU entendeu que é legítima a suspensão de serviços não essenciais, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Assim, caso haja necessidade (por exemplo, na eventual hipótese de violação à continuidade do serviço público essencial), deve o gestor comunicar o fato à Procuradoria Federal respectiva, a quem compete adotar as medidas cabíveis.

121. Sobre a forma de indicação dos recursos orçamentários para lastrear as despesas decorrentes, convém que tal comprovação, a cada exercício financeiro, seja formalizada por simples apostila, nos termos do art. 136, inciso IV, da Lei nº 14.133, de 2021.

122. Finalmente, o PARECER n. 00004/2022/CNMLC/CGU/AGU (NUP: 00688.000716/2019-43), ao tratar sobre a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados nos modelos de licitação e contratos, fixou o entendimento de que, nos contratos administrativos, “[...] **não constem os números de documentos pessoais das pessoas naturais que irão assiná-los, como ocorre normalmente com os representantes da Administração e da empresa contratada. Em vez disso, propõe-se nos instrumentos contratuais os representantes da Administração sejam identificados apenas com a matrícula funcional [...]. Com relação aos representantes da contratada também se propõe que os instrumentos contratuais os identifiquem apenas pelo nome, até porque o art. 61 da Lei nº 8.666, de 1993, e o §1º do art. 89 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, exigem apenas esse dado**”, **o que merece ser diligenciado pela Administração junto à empresa que será contratada.**

DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO

123. No presente caso, embora conste no SEQ 1, fl. 58 a declaração de adequação orçamentária, **não se localiza** a indispensável declaração do setor competente acerca da previsão dos recursos orçamentários necessários para arcar com as despesas decorrentes da futura contratação, indicando a respectiva rubrica, em descumprimento ao artigo 72, inciso IV, da Lei nº 14.133, de 2021. Sendo assim, **deverá ser providenciada a juntada da declaração de disponibilidade orçamentária.**

124. **Alerta-se**, ainda, para a necessidade de juntar ao feito, antes da celebração do contrato administrativo, a nota de empenho suficiente para o suporte financeiro da respectiva despesa, em atenção ao disposto no art. 60 da Lei nº 4.320/64.

125. Necessário destacar, outrossim, que o atendimento ao art. 16, incisos I e II, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, somente será necessário se as despesas que amparam a ação orçamentária em apreço não forem qualificáveis como atividades, mas, sim, como projetos, isto é, se não constituírem despesas rotineiras, como estabelece a Orientação Normativa AGU nº 52/2014 (“As despesas ordinárias e rotineiras da administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, dispensam as exigências previstas nos incisos I e II do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000”).

126. **Recomenda-se**, pois, que a Administração informe nos autos a natureza da ação que suporta a despesa decorrente da futura contratação, adotando, a depender do caso, as providências previstas no art. 16, incisos I e II, da Lei de Responsabilidade Fiscal, com as premissas da estimativa de impacto orçamentário-financeiro e a metodologia de cálculo utilizadas (art. 16, §2º, da *Lei Complementar* n.º 101/2000).

DA PUBLICIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA E DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

127. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial (art. 72, parágrafo único, da Lei nº 14.133, de 2021).

128. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos, conforme determina o art. 94 da Lei nº 14.133, de 2021.

129. De acordo com o art. 8º, §2º, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 c/c art. 7º, §3º, V, do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, deverá haver disponibilização dos seguintes documentos e informações no sítio oficial do ente na internet:

- a) cópia integral do termo de referência;
- b) contratos firmados e notas de empenho emitidas.

CONCLUSÃO

130. Em face do exposto, manifesta-se esta Procuradoria pela **REGULARIDADE JURÍDICA, COM RESSALVAS** do procedimento submetido ao exame desta unidade consultiva, condicionada ao atendimento das recomendações formuladas nos itens 16, 18, 21, 73, 74, 95, 100, 109, 123 e 126 deste parecer, ressalvado o juízo de mérito da Administração e os aspectos técnicos, econômicos e financeiros, que escapam à análise deste órgão.

131. Registre-se, por fim, que não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas. 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".

132. É o parecer, segundo o entendimento consolidado da ETR LIC, elaborado por meio do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens), assinado digitalmente pelo parecerista, consoante os objetivos de eficiência, padronização e uniformidade na atividade submetida à sua consultoria jurídica (art. 2º, incisos I e II e art. 4º, inc. I, da Portaria PGF nº 931/2018).

À consideração da chefia da entidade consulente.

Brasília, 15 de janeiro de 2024.

DOUGLAS ALEXANDRE GOERGEN
PROCURADOR FEDERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23111038916202385 e da chave de acesso 334233fe



Documento assinado eletronicamente por DOUGLAS ALEXANDRE GOERGEN, 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 1380931955 e chave de acesso 334233fe no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DOUGLAS ALEXANDRE GOERGEN, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 15-01-2024 11:35. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
