



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE DE TRABALHO REMOTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER n. 00585/2022/NLC/ETRLIC/PGF/AGU

NUP: 23223.001309/2022-11

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

ASSUNTOS: PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MINUTA DE EDITAL. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO, NA FORMA ELETRÔNICA. REGIME DE EXECUÇÃO DE EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL. CRITÉRIO DE JULGAMENTO PELO MAIOR DESCONTO. MODO DE DISPUTA FECHADO.

I. NO CASO DO RDC, SE O TIPO DE LICITAÇÃO FOR "MENOR PREÇO", O ORÇAMENTO É OBRIGATORIAMENTE SIGILOSO, ENQUANTO SE FOR "MAIOR DESCONTO", SERÁ OBRIGATORIAMENTE DIVULGADO.

II. REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO. ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA. ANÁLISE DAS MINUTAS. RESSALVAS E/OU RECOMENDAÇÕES.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de processo encaminhado à Equipe de Trabalho Remoto de Licitações e Contratos - ETR-Licitações, para análise da regularidade jurídica da minuta do Edital do RDC Eletrônico, tipo de licitação maior desconto, que tem por objeto a contratação da obra de construção do bloco Q do *campus* Juiz de Fora, no valor estimado de R\$ 2.679.416,31.

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

- a. documento de oficialização de demanda (fls.3/6, doc.296454);
- b. autorização para o prosseguimento da contratação (fls.9, doc.296562);
- c. estudo técnico preliminar 61/2022 (fls.17/28, doc.296728);
- d. matriz de riscos (fls.30/37, doc.296729);
- e. declaração de dotação orçamentária (fls.40/41, doc.296961);
- f. contrato de cessão de uso (fls.42/47, doc.297131);
- g. projeto básico (fls.50/126, doc. n.297132);
- h. termo de justificativas técnicas relevantes (fls.128/134, doc.297133);
- i. planilhas de orçamento e cronograma físico-financeiro (fls.423/542, doc.297201);
- j. declaração acerca da elaboração do orçamento (fls.544/545, doc.297202);
- k. termo de responsabilidade técnica (fls.555/556, doc.297218);
- l. ART (fls.558, fls.560/562, fls.564, doc.297255, doc.297256, doc.297257);
- m. declaração de utilização de minuta padronizada de Projeto Básico da Advocacia-Geral da União (fls.570/572, doc.297260);
- n. lista de verificação (fls.573/575, doc.300509);
- o. aprovação do projeto básico (fls.578, doc.301762);

- p. autorização para a licitação (fls.579, doc.301912);
- q. designação da comissão de licitação (fls.581, doc.302642);
- r. minuta do edital (fls.582/628, doc.302912);
- s. minuta do termo de contrato (fls.629/638, doc.302913);
- t. lista de verificação (fls.642/647, doc.302962);
- u. certificação processual (fls.648/650, doc.302986).

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 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.

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.

3. DA AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO E CELEBRAÇÃO DE NOVOS CONTRATOS

11. No doc.301912, consta autorização para abertura do procedimento licitatório (art. 38, caput, da Lei n. 8.666/93).

12. Ressalte-se que a Administração deve se certificar da obediência às regras internas de competência para autorização da presente contratação e aprovação do Projeto Básico/Projeto Executivo.

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 n.º 10.193, de 27 de dezembro de 2019.

14. Foi atestado nos autos 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, conforme item xxx dos estudos preliminares (doc.296454).

15. Por fim, no item 6 dos estudos preliminares, foi demonstrada a essencialidade e o interesse público da contratação, para os fins do previsto no art. 3º do Decreto nº 8.540/2015.

4. DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO

16. O RDC, previsto na Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, e regulamentado no Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, aplica-se exclusivamente às situações especificadas no art. 1º daquela lei, destacando-se a hipótese descrita no § 3º, qual seja: licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia.

17. A definição de obras está no inciso I do art. 6º da Lei 8666/93, como sendo *"toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta"*.

18. O enquadramento do objeto como espécie de obra incumbe ao setor técnico competente da Administração, conforme Orientação Normativa nº 54, da Advocacia-Geral da União: *"Compete ao agente ou setor técnico da Administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável."*

19. A Administração definiu o objeto como obra de engenharia (item 1.2. do Projeto Básico, doc. n.297132) e justificou a escolha da modalidade regime diferenciado de contratação - RDC (item 1.1. do doc.297133), o que encontra amparo no art. 1º, parágrafos primeiro e terceiro, da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

20. Deste modo, passa-se à verificação do atendimento dos requisitos previstos no Decreto nº 7.581/11, que regulamentou a Lei nº 12.462/11, necessários à instrução da fase preparatória do RDC, sendo certo que cabe ao gestor observar as demais exigências concernentes à fase externa do procedimento em momento oportuno, posterior à presente manifestação jurídica.

21. Assim, serão tecidas considerações acerca das determinações constantes do ordenamento jurídico, em face do caso vertente, com a ressalva de que os textos das minutas/anexos serão analisados em tópicos especialmente abertos para essa finalidade.

4.1. TITULARIDADE DO IMÓVEL

22. Constitui medida de precaução, na fase de planejamento da contratação, verificar a titularidade do bem. Significa dizer, é importante perquirir se a entidade é a legítima proprietária do imóvel onde se pretende realizar a obra ou serviço de engenharia, o que se dá por meio da certidão atualizada emitida pelo competente Registro de Imóveis, relativa à matrícula do imóvel. Afora isso, é necessário que a entidade verifique se a propriedade/posse do bem lhe foi devidamente transferida pela Superintendência do Patrimônio da União, a quem incumbe gerenciar o patrimônio da União.

23. Portanto, deve a Administração atestar expressamente nos autos a titularidade e regularidade da posse do imóvel em que será executada a obra licitada, com base em certidão atualizada do Registro Imobiliário.

24. No caso, foi juntada cópia do contrato de cessão de uso (doc.297131), o que presume a titularidade/ocupação regular do imóvel objeto da intervenção.

4.2. JUSTIFICATIVA DA CONTRATAÇÃO E DEFINIÇÃO DO SEU OBJETO

25. Os atos administrativos devem ser devidamente justificados. A Lei nº 9.784/1999, em seu art. 2º, caput, parágrafo único, VII, apresenta-nos o princípio da motivação, que exige a "indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão" administrativa.

26. Portanto, ao decidir pela contratação de determinado objeto, deve a Administração atuar em conformidade com o interesse público, situação que somente será demonstrada a partir da motivação/justificativa do ato de contratação, que deve apontar as razões por que a contratação se faz necessária para a execução das atividades administrativas. Em outras palavras, não se recomenda a elaboração de justificativa genérica, sem que haja a demonstração clara entre a necessidade administrativa e o objeto a ser contratado.

27. No caso, a justificativa foi juntada aos autos, nos Estudos Preliminares (item 6), e parece que atende às diretrizes apontadas.

28. Em relação à especificação do objeto, este deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias (art. 5º da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011).

29. Sobre o assunto, a Súmula TCU 177 dispõe:

“A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.”

30. É certo que o aumento do nível de seu detalhamento influi inversamente no universo de fornecedores aptos a atender à demanda, reduzindo-o. Conseqüentemente, a caracterização excessivamente pormenorizada poderá conduzir a um único ou nenhum fornecedor, ao passo que a especificação por demais genérica ou singela poderá ampliar as opções no mercado, porém para objetos cujas características não atendam plenamente às necessidades efetivas da Administração, frustrando a finalidade da contratação.

31. Assim, a Administração deverá tomar as cautelas necessárias para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais ao objeto, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração, evitando, por outro lado, detalhes considerados supérfluos ou desnecessários, que possam limitar a competição indevidamente.

32. Ademais, ressalte-se que o art. 7º, § 4º da Lei nº 8.666, de 1993, veda a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades. Em atenção ao preceito legal retromencionado, impõe-se que sejam apresentados os quantitativos estimados para a licitação, de forma justificada, mesmo que sucintamente, considerando-se ainda que de tal estimativa dependerá o valor contratual.

33. A ausência de dados seguros e respectiva justificativa acerca dos quantitativos que serão contratados – ainda que estimados – fere o art. 7º, § 4º, da Lei nº 8.666/93, além de comprometer a elaboração do orçamento estimativo.

4.3. PARCELAMENTO DO OBJETO

34. Nos termos da Súmula 247 do TCU:

“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.”

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

36. Convém registrar que eventual agrupamento de itens não pode se fundar na invocação geral de que há necessidade de integração entre os bens/serviços a serem adquiridos, devendo a justificativa avançar para aspectos técnicos e fáticos que confirmem tal posição. Sobre esse ponto, vale destacar o entendimento do TCU sobre a justificativa administrativa para o agrupamento de itens, conforme Acórdão TCU nº 1972/2018-Plenário (Rel. Min, Augusto Sherman, 22/08/2018):

“30. [...] Além disso, mesmo nas respostas às oitivas, constata-se não haverem sido apresentadas razões de ordem técnica para não se realizar o parcelamento do objeto, apenas sendo explicitados motivos de cunho gerencial, relacionados, principalmente, com eventuais dificuldades que poderiam surgir na apuração de responsabilidades de prestadores distintos.

[...] 32. Com efeito, forçoso reconhecer que sempre que existente algum grau de integração entre serviços, tal como no objeto em questão, a possibilidade de surgimento de tais dificuldades, como regra, estará presente. Contudo, a simples possibilidade de ocorrerem tais problemas, por si só, não pode servir de fundamento para contrariar-se a regra legal de priorizar-se o parcelamento do objeto, em especial considerando que os níveis de integração podem variar de um caso para outro, bem como tendo em conta a viabilidade de, em várias hipóteses, serem implementados parâmetros e controles que viabilizem o adequado funcionamento conjunto das prestações ou, se for o caso, a devida identificação de responsabilidades.

33. De todo modo, considero que qualquer grau de aglutinação do objeto que se pretenda, em função de constituir exceção à regra legal do parcelamento, deverá ser prévia e tecnicamente justificado.

34. As circunstâncias evidenciadas nesta Representação, aliás, sinalizam que a forma de proceder do Crea/MG, com a aglutinação de todos os serviços em questão em um só objeto, pode estar viabilizando que uma só empresa se eternize como a única prestadora possível". (grifo nosso)

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

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

39. Relembre-se, ainda, que a inserção, em mesmo lote, de itens usualmente produzidos por empresas de ramos distintos restringe o caráter competitivo da licitação (cf. Informativo de Licitações e Contratos nº 148/2013 - TCU).

40. No presente caso, consta dos autos a justificativa técnica quanto à inviabilidade de parcelamento do objeto (item 11 dos estudos preliminares).

4.4. EXCLUSIVIDADE DO CERTAME À ME, EPP E COOPERATIVAS EQUIVALENTES

41. O Decreto nº 8.538, de 2015, prevê tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública Federal.

42. O art. 6º do referido Decreto estabelece que as licitações para contratações cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00 deverão ser destinadas exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o que se aplica também às cooperativas com receita bruta equivalente à das empresas de pequeno porte, por força do art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007. Todavia, cabe ressaltar que não se aplica a restrição nos casos expressamente previstos no art. 10, situação que requer a devida justificativa.

43. A Advocacia-Geral da União editou Orientação Normativa n. 47/2014, segundo a qual:

"Em licitação dividida em itens ou lotes/grupos, deverá ser adotada a participação exclusiva de microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa (art. 34 da lei nº 11.488, de 2007) em relação aos itens ou lotes/grupos cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não haja a subsunção a quaisquer das situações previstas pelo art. 9º do decreto nº 6.204, de 2007".

44. Destaca-se que, embora tenha sido expedida em 2014, quando da vigência do Decreto nº 6.204/2007, pode-se afirmar que referida ON permanece vigente mesmo após a edição do Decreto nº 8.538/2015, diante do que estabelece o artigo 9º, do referido Decreto.

45. Por outro lado, a redação atualizada da Orientação Normativa AGU n. 10/2011 pacífica o entendimento no que diz respeito ao limite de até R\$ 80.000,00, para fins de realização de licitação exclusiva para microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa, nos seguintes termos:

"Para fins de escolha das modalidades licitatórias convencionais (concorrência, tomada de preços e convite), bem como de enquadramento das contratações previstas no art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/1993, a definição do valor da contratação levará em conta o período de vigência contratual e as possíveis prorrogações. Nas licitações exclusivas para microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas, o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) refere-se ao período de um ano, observada a respectiva proporcionalidade em casos de períodos distintos. "

46. Diante disso, verifica-se que, no caso, a estimativa do valor da contratação (OU de cada item/grupo/lote) ultrapassa R\$ 80.000,00. Foi acertada, portanto, a não exigência da participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte no presente certame.

4.5 PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS

47. O art. 33 da Lei nº 8.666/1993 prevê que o edital de licitação poderá possibilitar a participação de empresas em consórcio, observando as normas dispostas naquele artigo.

48. Nas licitações disciplinadas pelo RDC, será admitida a participação de licitantes sob a forma de consórcio, conforme estabelecido em regulamento (art. 14, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 12.462/2011).

49. Conforme precedentes do TCU (Acórdão nº 2869/2012-Plenário), caberá à Administração justificar a opção adotada, seja pela possibilidade ou vedação de empresas em consórcio.

50. Caso haja a possibilidade de participação de consórcios, sugere-se que a Administração observe o disposto no art. 51 do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011.

51. No caso concreto, não será admitida a participação de consórcio, conforme justificativa técnica apresentada no doc.297133.

4.6 CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

52. É de extrema relevância que as contratações da Administração Pública contemplem critérios de sustentabilidade ambiental, tendo por fundamento a Constituição Federal, a Lei nº 8.666, de 1993, compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, e outras legislações pertinentes, sem perder de vista os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

53. Em complementação ao adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, o Decreto nº 7.746/2012 estabeleceu diretrizes, critérios e práticas de sustentabilidade, os quais deverão ser observados pela Administração, considerando o objeto da contratação, destacando-os como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada (artigo 3º, Decreto nº 7.746, de 2012).

54. Em relação aos critérios e práticas de sustentabilidade (art. 3º, da Lei n. 8.666/1993 e art. 7º, II, da IN SG/ME nº 40/2020), 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.

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

56. Além do referido Decreto, no âmbito da Administração Pública Federal, também deve ser observada a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 1, de 19/01/2010, que dispõe em seu art. 1º:

As especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias primas.

57. Assim, devem ser observados o Decreto nº 7.746/2012 e a IN SLTI/MPOG nº 01/2010 e, acaso a Administração entenda que a obra ou serviço não se sujeita aos critérios de sustentabilidade ou que as especificações restringem indevidamente a competição em dado mercado, deverá apresentar a devida justificativa.

58. Posto isso, recomenda-se a consulta ao art. 5º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 01/2010, ao art. 3º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2014 (uso da Etiqueta Nacional de Conservação de Energia – ENCE) e ao

"Guia Nacional de Contratações Sustentáveis", disponibilizado pela Consultoria-Geral da União: <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>.

59. Em complementação ao adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, o Decreto nº 7.746/2012 estabeleceu diretrizes, critérios e práticas de sustentabilidade, os quais deverão ser observados pela Administração, considerando o objeto da contratação, destacando-os como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada (artigo 3º, Decreto nº 7.746, de 2012).

60. Feitas essas considerações, verifica-se que a Administração fez constar critérios relativos às práticas de sustentabilidade previstos pela legislação, conforme item 18 do Estudo Preliminar.

4.7 ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR / ANTEPROJETO

61. A elaboração do estudo técnico preliminar constitui-se em importante etapa que antecede o projeto básico, nos termos do artigo 6º, IX da Lei 8.666/93:

"Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...) IX – Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos (...)"

62. Por sua vez, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, dispõe que:

"Art. 2º Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:

(...) IV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no parágrafo único deste artigo:

a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares;"

63. É importante o Gestor se atentar para as orientações do Tribunal de Contas da União, constantes em seu Manual intitulado *"Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas"*, 4ª edição, 2014, referentes à elaboração de estudo técnico preliminar ou anteprojeto. Tal publicação se encontra disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/obras-publicas-recomendacoes-basicas-para-a-contratacao-e-fiscalizacao-de-obras-e-edificacoes-publicas.htm>

64. De acordo com o TCU, a fase preliminar à licitação envolve as seguintes etapas:

- **Programa de necessidades:**

Antes de iniciar o empreendimento, o órgão deve levantar suas principais necessidades, definindo o universo de ações e empreendimentos que deverão ser relacionados para estudos de viabilidade. Esse é o programa de necessidades. Em seguida, é necessário que a Administração estabeleça as características básicas de cada empreendimento, tais como: fim a que se destina, futuros usuários, dimensões, padrão de acabamento pretendido, equipamentos e mobiliários a serem utilizados, entre outros aspectos. Deve-se considerar, também, a área de influência de cada empreendimento, levando em conta a população e a região a serem beneficiadas. Do mesmo modo, precisam ser observadas as restrições legais e sociais relacionadas com o empreendimento em questão, isto é, deve ser cumprido o Código de Obras Municipal.

- **Estudos de viabilidade técnica, financeira e econômica:**

Os estudos de viabilidade objetivam eleger o empreendimento que melhor responda ao programa de necessidades, sob os aspectos técnico, ambiental e socioeconômico. No aspecto técnico, devem ser avaliadas as alternativas para a implantação do projeto. A avaliação ambiental envolve o exame preliminar do impacto ambiental do

empreendimento, de forma a promover a perfeita adequação da obra com o meio ambiente. A análise socioeconômica, por sua vez, inclui o exame das melhorias e possíveis malefícios advindos da implantação da obra. Durante esta etapa, deve ser promovida a avaliação expedita do custo de cada possível alternativa. Uma das maneiras para isso é multiplicar o custo por metro quadrado, obtido em revistas especializadas em função do tipo de obra, pela estimativa da área equivalente de construção, calculada de acordo com a NBR 12.721/1993 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Obtém-se, assim, uma ordem de grandeza do orçamento referente a cada empreendimento, para se estimar a dotação orçamentária necessária. Nessa etapa, ainda não é possível a definição precisa dos custos envolvidos na realização da obra, mas é preciso obter uma noção adequada dos valores envolvidos, que é fundamental para priorizar as propostas. Em seguida, deve-se verificar a relação custo/benefício de cada obra, levando em consideração a compatibilidade entre os recursos disponíveis e as necessidades da população do município. Concluídos os estudos e selecionada a alternativa, deve-se preparar relatório com a descrição e avaliação da opção selecionada, suas características principais, os critérios, índices e parâmetros empregados na sua definição, demandas que serão atendidas com a execução, e pré-dimensionamento dos elementos, isto é, estimativa do tamanho de seus componentes.

o Anteprojeto

Após a escolha do empreendimento a ser realizado, pode ser necessária a elaboração de anteprojeto, que não se confunde com o projeto básico da licitação. O anteprojeto deve ser elaborado no caso de obras de maior porte e consiste na representação técnica da opção aprovada na etapa anterior. Deve apresentar os principais elementos – plantas baixas, cortes e fachadas – de arquitetura, da estrutura e das instalações em geral do empreendimento, além de determinar o padrão de acabamento e o custo médio. O anteprojeto não é suficiente para licitar, pois ele não possui elementos para a perfeita caracterização da obra, pela ausência de alguns estudos que somente serão conduzidos nas próximas fases. Ele apenas possibilita melhor definição e conhecimento do empreendimento, bem como o estabelecimento das diretrizes a serem seguidas quando da contratação do projeto básico. A documentação gerada nesta etapa deve fazer parte do processo licitatório.

65. Quanto aos estudos preliminares, a equipe de planejamento deverá certificar-se de que trazem os conteúdos previstos no art. 7º, da IN ME nº 40/2020, cuja vigência teve início no dia 01/07/2020. Destaque-se, em especial, que o art. 7º, § 2º, da IN ME nº 40/2020 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);
- descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso, acompanhada das justificativas técnica e econômica da escolha do tipo de solução (inc. IV);
- 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, se aplicável (inc. VII);
- demonstração do alinhamento entre a contratação e o planejamento do órgão ou entidade, identificando a previsão no Plano Anual de Contratações ou, se for o caso, justificando a ausência de previsão (inc. IX);
- posicionamento conclusivo sobre a viabilidade e razoabilidade da contratação (inc. XIII).

66. Eventual não previsão de qualquer dos conteúdos descritos no art. 7º, da IN ME nº 40/2020, deverá ser devidamente justificada no próprio documento, consoante art. 7º, §2º, da IN ME nº 40/2020.

67. Finalmente, importante observar que, de acordo com comunicação da SEGES/ME, a partir de 1º de agosto de 2020, somente poderão ser publicados, no SIASG, editais licitatórios relativos aos procedimentos em que o setor demandante tenha elaborado o ETP por meio do sistema ETP digital.

68. No caso, o Estudo Preliminar foi elaborado pela Administração (doc.296728).

69. Apesar de se tratar de documento extremamente técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, à própria Administração assistida, não foi constatada a necessidade de atendimento adicional a recomendações específicas.

4.8. PROJETO BÁSICO

70. No caso, a Administração adotou o Modelo de Projeto Básico – Obra - Regime Diferenciado de Contratações (RDC), Atualização: outubro/2020, disponibilizado pela AGU.

71. Ademais, devem ser justificadas e destacadas visualmente, no processo, eventuais alterações ou a não utilização do modelo de Projeto Básico da AGU.

72. Todavia, dado o seu caráter genérico, e considerando-se as possíveis peculiaridades de cada objeto, ressalta-se que o gestor responsável deverá tomar as medidas de cautela quanto a eventuais adaptações ou acréscimos que se fizerem necessários na minuta padronizada para a sua adequação ao caso concreto.

73. A área técnica deve certificar expressamente nos autos que o Projeto Básico atende:

- a) aos elementos mínimos previstos no art. 2º, IV e parágrafo único, da Lei n.º 12.462/2011;
- b) ao disposto na Resolução CONFEA n.º 361, de 10 de dezembro de 1991, e na Decisão Normativa CONFEA n.º 106, de 17 de abril de 2015;
- c) à padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas (art. 4º, inciso I, da Lei 12462/11).

74. O projeto básico (doc. n.297132) foi devidamente aprovado pela autoridade administrativa (doc.301762).

75. Apesar de se tratar de documento extremamente técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, à própria Administração assistida, recomenda-se ao setor técnico avaliar o atendimento adicional às recomendações abaixo, a saber:

- a) O item 1.4 deverá ter a seguinte redação, conforme modelo da AGU: "*O contrato terá vigência pelo período de xxxxx, sendo prorrogável apenas na forma do art. 57, §1º da Lei nº 8.666, de 1993*";

Referida redação não impede eventual prorrogação no interesse da administração diante de atraso atribuível ao contratado.

Nas Notas Explicativas referentes à cláusula primeira do Termo Aditivo-modelo para prorrogação contratual, atualização Abril/2021, da Câmara Nacional de Modelos de Licitação e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União, consta a seguinte orientação:

"diante da proximidade do termo final dos prazos de execução ou de vigência, caso a Administração pretenda estendê-los, é necessário formalizar a adequação desses prazos, que, se cabível, deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada, por meio de termo aditivo aprovado pela assessoria jurídica e pela autoridade competente para celebrar o contrato, sem prejuízo da aplicação das penalidades decorrentes de eventual atraso – Fundamento: Parecer n. 133/2011/DECOR/CGU/AGU".

Nessa senda, tem-se o Manual de Auditoria de Obras Públicas, Brasília, agosto/2018 (disponível em

https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44975/5/Manual_de_Auditoria_de_Obras_Publicas.pdf), a seguir:

2.3.20.2 Atrasos de responsabilidade da Empresa Contratada
Neste caso, a empresa descumprir o contrato alocando insumos em quantidade inferior à necessária, gerando

produção inferior à programada, dentre outras causas. O fiscal do contrato deve estar alerta para estes fatos, checando constantemente o efetivo de pessoal, o provisionamento de insumos e a disponibilidade de equipamentos, comparando as quantidades planejadas versus as quantidades disponíveis em cada etapa da obra.

Pequenos atrasos podem ocorrer por questões tais como falta momentânea de insumos e equipamentos, acidentes, avarias em equipamentos, etc. O importante é que, ocorrido o atraso, haja uma imediata atuação da fiscalização junto à contratada para a correção do desvio. Estes pequenos atrasos, regra geral, podem ser compensados pela contratada, com remanejamentos dentro da obra e reforço dos serviços mais importantes e críticos para o atendimento do prazo previsto.

Entretanto, podem os atrasos chega a comprometer o atendimento do prazo contratado, levando fatalmente à prorrogação do contrato. Com isto, serão postergados os benefícios da obra ao público-alvo. **Neste caso, os atrasos decorrentes da atuação deficiente da empresa contratada devem ser coibidos, com aplicações das sanções contratuais e, em casos extremos, à rescisão do contrato.**” (destaque)

No caso de atraso atribuível à contratada, a regra é a prorrogação do contrato, em atenção ao postulado da primazia do interesse público, da continuidade do serviço público e/ou da solução mais vantajosa para o erário público (art. 3º, caput da Lei n. 8.666/93), sendo a rescisão do contrato exceção reservada para casos extremos.

Nesse ponto, cabe ainda ao gestor atentar para o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e os arts. 2º e 3º do Decreto n.º 9.830/2019, a seguir:

Decreto-Lei n. 4.657/1942

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Decreto n. 9.830/2019

CAPÍTULO II

DA DECISÃO

Motivação e decisão

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o Conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

Motivação e decisão baseadas em valores jurídicos abstratos

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

b) sugere-se que a Administração esclareça a inclusão do item 14.15.11 que menciona "Avaliar e aprovar, nos termos deste Projeto Básico, os Projetos Executivos apresentados pela Contratada.", tendo em vista que foi juntado Projeto Executivo como anexo ao Projeto Básico.

4.9. PROJETO EXECUTIVO

76. Quanto ao Projeto Executivo, definido como o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes (art. 2º, V, da Lei nº 12.462, de 2011), o § 7º do art. 8º da Lei nº 12.462, de 2011, veda a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo. Tal disposição não impede a possibilidade de se prever que a sua elaboração constitua encargo do contratado, consoante preço previamente fixado pela Administração Pública (art. 36, § 2º, da Lei nº 12.462, de 2011, e art. 66 do Decreto nº 7.581, de 2011).

77. No caso, não consta dos autos a aprovação formal do projeto executivo pelo ordenador de despesa. Tal providência deverá ser sanada, nos termos da exigência contida no art. 66 do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011.

4.10 DO REGIME DE EXECUÇÃO

78. O regime de execução deve ser sopesado pela Administração, em particular em termos de eficiência na gestão contratual.

79. Como regra, exige-se que as características qualitativas e quantitativas do objeto sejam previamente definidas no edital, permitindo-se aos licitantes a elaboração de proposta fundada em dados objetivos e seguros.

80. Quando isso não é possível, ou seja, quando não se sabe ao certo a estimativa precisa dos itens e quantitativos que compõem o objeto a ser contratado, o gestor deve avaliar a melhor forma de execução contratual.

81. No regime de execução mediante empreitada por preço global, cada parte assume, em tese, o risco de eventuais distorções nos quantitativos a serem executados, que podem ser superiores ou inferiores àqueles originalmente previstos na planilha orçamentária da contratação. Justamente por isso, a adoção de tal regime pressupõe um termo de referência de boa qualidade, que estime com adequado nível de precisão as especificações e quantitativos da obra ou serviço, fornecendo aos licitantes todos os elementos e informações necessários para o total e completo conhecimento do objeto e a elaboração de proposta fidedigna (art. 47 da Lei nº 8.666/93), para evitar distorções relevantes no decorrer da execução contratual (TCU, Acórdão 1978/2013-Plenário, TC 007.109/2013-0, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013).

82. No regime de execução mediante empreitada por preço unitário, em que o preço é fixado por unidade determinada, os pagamentos correspondem à medição dos serviços efetivamente executados, de modo que os riscos dos contratantes em relação a diferenças de quantitativos são menores. Tal regime é mais apropriado para os casos em que não se conhecem de antemão, com adequado nível de precisão, os quantitativos totais da obra ou serviço: a execução das "unidades" se dará de acordo com a necessidade observada, com a realização de medições periódicas a fim de quantificar os serviços efetivamente executados e os correspondentes valores devidos (TCU, Acórdão 1978/2013-Plenário, TC 007.109/2013-0, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013).

83. Assim, na empreitada por preço unitário haverá a execução do contrato conforme a demanda, e esse regime de execução foi criado para resolver o problema da necessidade de fixar uma remuneração sem que se tivesse, desde logo, a quantidade exata do encargo a ser executado.

84. A opção da Administração por um ou outro regime não decorre de mera conveniência, mas sim da possibilidade, no caso concreto, de predefinir uma estimativa precisa dos itens e respectivos quantitativos que compõem o objeto a ser licitado. Se tal possibilidade existir, a regra é a adoção da empreitada por preço global – normalmente atrelada às obras e serviços de menor complexidade. Do contrário, deve ser adotada a empreitada por preço unitário.

85. Como desdobramento direto disso, em contratações por empreitada por preço global, a tramitação de eventuais aditivos contratuais quantitativos e qualitativos exigirá a apresentação de robusta justificativa.

86. Sobre a escolha do regime de execução, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, prescreve o seguinte:

Art. 8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - contratação por tarefa;

IV - empreitada integral; ou

V - contratação integrada.

§ 1º Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do caput deste artigo.

§ 2º No caso de inviabilidade da aplicação do disposto no § 1º deste artigo, poderá ser adotado outro regime previsto no caput deste artigo, hipótese em que serão inseridos nos autos do procedimento os motivos que justificaram a exceção.

87. Ocorre que a análise sobre a suficiência da descrição quantitativa e qualitativa não tem como ser feita por este órgão jurídico, motivo pelo qual tal incumbência recai sobre os órgãos e autoridades técnicas responsáveis pela descrição do objeto, cabendo-lhes a observância ao tanto quanto exposto até aqui.

88. No caso concreto, houve a apresentação pelo setor técnico de justificativas a respeito da escolha pela empreitada por preço global no item 4 do ETP.

4.11. MATRIZ DE RISCOS - SUBESTIMATIVAS OU SUPERESTIMATIVAS RELEVANTES

89. Nos regimes de empreitada por preço global e empreitada integral, recomenda-se que haja a elaboração da matriz de riscos com a identificação dos itens relevantes e dos correspondentes graus de riscos. Saliente-se que tal recomendação decorre do entendimento do Tribunal de Contas da União nesse sentido (vide Acórdão TCU 1977/2013-Plenário).

90. Nos casos em que há incertezas relevantes e mesmo assim se opta pela contratação por preço global, é recomendável que, a exemplo da contratação integrada - e, por semelhança, do EPC (Engineering Procurement and Construction) -, a Administração elabore uma matriz de riscos, com vistas à objetivação dos eventos que podem afetar o empreendimento, tais como as imprecisões de projeto ou anteprojeto, prevendo contratualmente a quem caberá suportá-los, se ocorrerem na fase de execução. Acórdão 2172/2013-Plenário, Relator: André de Carvalho.

91. A partir dessa matriz, o Projeto Básico deverá contemplar os índices de “subestimativas ou superestimativas relevantes” a fim de garantir segurança jurídica de eventual necessidade de aditivos para correção de Projeto, como orienta o Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1977/2013-Plenário: “(...) recomendação à jurisdicionada, para que, doravante, inclua nos editais cláusula a estabelecer, de forma objetiva, o que será objeto de aditamentos durante a execução da avença, bem como a definição do que venha a ser “subestimativas ou superestimativas relevantes”.

92. Isso consiste em um percentual parâmetro para aferição se eventual necessidade de modificação no projeto básico já estaria inclusa nos riscos do empreendimento (sendo remunerada no contrato pelo BDI) ou se poderia fundamentar uma alteração do projeto e de seu valor mediante termo aditivo. No caso, apenas se a modificação no projeto gerar uma alteração de valor superior ao percentual referencial supracitado é que seria possível a alteração do valor por Termo Aditivo, já que somente neste caso a subestimativa/superestimativa seria considerada "relevante" e superior aos riscos ordinários inclusos no BDI. Tudo isso sem prejuízo da análise técnica acerca dos demais requisitos necessários para que possa haver alteração ulterior do projeto básico, nos termos art. 39 da Lei 12.462/2011 c/c art. 65, II da Lei nº 8.666/93.

93. Dessa forma, a área técnica deverá definir o que será considerado como mera imprecisão, a ser tolerada pelas partes e quais os percentuais de superestimativas ou subestimativas dos itens de maior valor e relevância técnica (avaliado de acordo com a metodologia ABC) que, por erros ou omissões, devem ensejar a elaboração de termos aditivos para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, observando-se o limite máximo de tolerância de erros de 10% do valor total do contrato, previsto no art. 42, § 4º, III do Decreto nº 7.581/11, em prestígio ao princípio da segurança jurídica.

94. No caso concreto, tal questão recebeu tratamento especial no Projeto Básico, conforme consta em seus itens 15.9 e seguintes.

4.12. ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA

95. O projeto básico que trate de obra/serviço de engenharia deve ser elaborado por um responsável técnico a ele vinculado, com inscrição no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) que efetuará o registro das Anotações de Responsabilidade Técnica (ARTs), referentes a esse instrumento. A propósito já se manifestou o TCU, por meio da Súmula nº 260/2010:

96. É dever do gestor exigir apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART referente ao projeto, execução, supervisão e fiscalização de obras e serviços de engenharia, com indicação do responsável pela elaboração de plantas, orçamento-base, especificações técnicas, composições de custos unitários, cronograma físico-financeiro e outras peças técnicas.

97. A matéria a respeito da constitucionalidade das taxas de polícias pela ART restou superada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 838.284, que declarou a constitucionalidade da cobrança de ART. Segundo o STF, *"não viola a legalidade tributária a lei que, prescrevendo o teto, possibilita o ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal, valor esse que não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos."*

98. Conforme a Nota Interna nº 02/2016/CPLC/DEPCONSUS/PGF/AGU, o ente público produtor do trabalho técnico especializado é o sujeito passivo das taxas referentes à Anotação de Responsabilidade Técnica, decorrente do exercício do poder de polícia do CREA, e das taxas referentes ao Registro de Responsabilidade Técnica, em razão do exercício do poder de polícia do CAU.

99. Dessa forma, todos os trabalhos técnicos que demandem registro de responsabilidade técnica estão obrigados ao registro da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART ou Registro de Responsabilidade Técnica - RRT, conforme se trate de engenheiro, arquiteto ou urbanista.

100. No caso, consta o efetivo registro da ART relativa aos elementos e peças técnicas de arquitetura e engenharia que instruem os autos (doc.297255, doc.297256, doc.297257), nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 6.496/1977, art. 45 da Lei nº 12.378/2010 e Súmula TCU nº 260).

4.13. LICENCIAMENTO AMBIENTAL

101. Na etapa de preparação do Projeto Básico é necessário verificar se o empreendimento necessita de licenciamento ambiental.

102. No caso, não se localizou nos autos o enfrentamento da questão da necessidade ou não de licenciamento ambiental, o que demanda a complementação do processo.

4.14. CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO

103. O Projeto Básico deve abarcar, também, o cronograma físico-financeiro com as etapas necessárias à medição, ao monitoramento e ao controle da obra ou serviço. Esse cronograma também auxiliará na estimativa dos recursos orçamentários necessários ao longo de cada exercício financeiro.

104. No caso de obras ou serviços de engenharia, o instrumento convocatório conterá ainda o cronograma de execução, com as etapas necessárias à medição, ao monitoramento e ao controle das obras (Art. 8º, § 2º, inc. I, do Decreto n° 7.581/2011).

105. No caso, a Administração providenciou a elaboração do cronograma físico-financeiro e anexou tal instrumento ao edital (doc.297201).

4.15. ORÇAMENTO DE REFERÊNCIA

106. Quanto ao orçamento, é dever da Administração elaborar planilha detalhada do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados (art. 2º, par. único, VI, da Lei n° 12.462, de 04 de agosto de 2011, com base nos parâmetros previstos nos §§ 3º e 4º do art. 8º da Lei n° 12.462, de 2011).

107. Tendo em conta a natureza estritamente técnica do orçamento, a adequação da metodologia empregada para estimar os custos unitários da contratação deixará de ser examinada neste parecer, por se tratar de atribuição não afeta à formação jurídica e ao prisma do exame da estrita legalidade.

108. Considera-se prudente, contudo, ressaltar alguns pontos considerados relevantes sob o prisma jurídico, a fim de melhor orientar, nesse particular, a atuação administrativa. Senão, veja-se.

109. De acordo com o art. 8º, § 3º da Lei n° 12.462, de 4 de agosto de 2011, o custo global de obras e serviços de engenharia **deverá** ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.

110. No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto acima, a estimativa de custo global **poderá** ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

111. Por outro lado, **não há aplicação do Decreto n° 7.983/13 nas contratações feitas pelo RDC.** Seja porque o Decreto n° 7.581/11 já traz a vasta maioria das previsões relevantes daquele ato; seja porque o próprio art. 18 do Decreto n° 7.983/13 é expresso ao prever que "*Art. 18 A elaboração do orçamento de referência e o custo global das obras e serviços de engenharia nas contratações regidas pela Lei n° 12.462, de 04 de agosto de 2011, obedecerão às normas específicas estabelecidas no Decreto n. 7.581, de 11 de outubro de 2011.*".

112. Recomenda-se a consulta ao Acórdão TCU n° 2622/2013- Plenário para a obtenção de percentuais de referência para o BDI.

113. O gestor deverá observar ainda o teor das Súmulas TCU:

Súmula 253: "Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem

apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens".

Súmula 254: "O IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica – e a CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas - BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado".

Súmula 258: "As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão verba ou de unidades genéricas".

Súmula 259: "Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor".

114. Por força do art. 7º da Lei nº 12.546/2011 foi afastado o caráter obrigatório do recolhimento das contribuições previdenciárias mediante alíquota da receita bruta e permitido que a empresa opte pela regra veiculada, ou pela tradicional, definida no art. 22 da Lei nº 8.212/1991.

115. Portanto, ante a possibilidade de escolha da forma de recolhimento do tributo pelas empresas, surge para a Administração o dever de buscar a proposta mais vantajosa prestigiando o princípio de economicidade e as planilhas devem todas, para obras e para serviço de engenharia, serem avaliadas quanto ao melhor critério de tributação, o previsto no art. 7º da Lei nº 12.546/2011, ou o estabelecido no art. 22, da Lei nº 8.212/91.

116. Nessa linha, a Consultoria-Geral da União, por meio do PARECER n. 00044/2019/DECOR/CGU/AGU, elaborado pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgão Jurídicos e aprovado pelo Senhor Consultor Geral da União, exarou entendimento orientando que:

- a) é de cada empresa a responsabilidade pela cotação correta dos encargos tributários, devendo o setor responsável da Administração Pública aplicar a legislação vigente e analisar a adequação dos encargos previstos, quando da análise das propostas apresentadas na licitação.
- b) na fase preparatória da licitação, ao fazer uma estimativa do valor do futuro contrato, a Administração deverá confeccionar um único orçamento de referência, no qual considerará o regime tributário que lhe for mais vantajoso, embora os licitantes possam elaborar suas planilhas de custos e formação de preços com observância do regime tributário a que se sujeitam.
- c) Caso o licitante adote em sua proposta os critérios constantes do orçamento de referência (se estes não lhe foram aplicáveis), não pode, em hipótese de adjudicação e ulterior contratação, pleitear reequilíbrio econômico do contrato com base nesta discrepância.
- d) durante a análise das propostas, a comissão de licitação ou o pregoeiro deverão analisar a adequação do planilhamento feito pelo licitante com eventual opção ou não pela desoneração previdenciária, tendo em vista que tal diligência é essencial para a verificação da exequibilidade da planilha de formação de preços, bem como para afastar eventuais riscos de inexecução contratual.
- e) em contratos vigentes, não deve ser feita a redução unilateral de percentuais de tributos inadequadamente previstos na proposta e superiores ao efetivamente incidentes, porém aceitos pela administração antes da contratação;
- f) inexistente direito do contratado à reequilíbrio econômico, quando em sua proposta subdimensionou os percentuais de tributos incidentes;
- g) na hipótese de em que os percentuais de tributos previstos na proposta são superiores ao efetivamente incidentes, e esta discrepância é identificada apenas depois da contratação, é possível abrir-se negociação para uma redução consensual, sob pena, inclusive, de eventual rescisão contratual ou não prorrogação do contrato.

117. Portanto, para que a Administração elabore seu orçamento de referência, deverá avaliar o regime tributário que lhe for mais vantajoso. Para tanto, recomenda-se a simulação de duas planilhas nas duas condições possíveis de recolhimento da contribuição previdenciária pelas empresas, a fim de constatar qual será o mais vantajoso.

118. O menor valor global obtido a partir das planilhas simuladas, deverá ser utilizado para a elaboração do orçamento de referência para a licitação das obras e serviços, cabendo à Administração dar ampla publicidade a respeito do regime de tributação adotado para a elaboração dos orçamentos no termo de referência ou projeto básico e no edital da licitação.

119. Assim, recomenda-se à Administração avaliar os dois orçamentos, nas duas condições possíveis de recolhimento da contribuição previdenciária pelas empresas, para se constatar qual será o mais vantajoso e elaborar o orçamento de referência a partir deste. Deve manifestar-se precisamente sobre o ponto, com inclusão no Termo de Referência/Projeto Básico o orçamento de referência e o regime tributário adotado, dando ampla publicidade aos licitantes.

120. No caso, foram elaboradas as seguintes peças técnicas:
a) planilha de orçamento, com data-base fevereiro/2022 (doc.297201);
b) composição dos benefícios e despesas indiretas - BDI (297201);
c) planilha de composição de encargos sociais - embora conste na relação dos anexos ao Termo de Referência, não foi localizada nos autos a Planilha de Composição de Encargos Sociais - Anexo I.4.6, o que deve ser corrigido;

121. Consta dos autos manifestação formal do setor competente contendo a análise e as justificativas acerca da metodologia de obtenção dos custos global e unitários de referência da licitação (doc.297202).

4.16. DESIGNAÇÃO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO

122. A legislação (art. 34, da Lei do RDC) prescreve que a autoridade competente designará, dentre os servidores da Administração, a comissão de licitação.

123. No caso, observa-se que tal exigência foi cumprida (doc.302642).

4.17. DAS MINUTAS PADRONIZADAS DA AGU – EDITAL E CONTRATO

124. Inicialmente, cumpre dizer que, no regime jurídico do RDC, a utilização de minutas padronizadas da AGU pela Administração é obrigatória (art. 4, inciso II, da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011).

125. Consta dos autos que foram utilizadas as minutas padronizadas de edital e contrato elaboradas e disponibilizadas pela Advocacia-Geral da União:

- a) minuta de edital de RDC eletrônico, Atualização: julho/2020 (doc.302912);
- b) minuta contratual, Atualização: julho/2020 (doc.302913);

126. Vale observar que a não identificação de eventuais inclusões, adaptações, modificações e exclusões de texto da minuta, a um só tempo, ofende a exigência do art. 4, II, da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e compromete a eficiência da análise jurídica e, por consequência, a celeridade na manifestação deste órgão jurídico.

127. Quanto ao uso propriamente dito dos modelos, não há ressalvas a fazer, pois foram adotadas as minutas atualizadas.

128. **No caso de RDC, se a licitação for do tipo "menor preço", o orçamento é obrigatoriamente sigiloso, enquanto se for "maior desconto", será obrigatoriamente divulgado (art. 9º, §1º e § 2º, inciso I, do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011).**

129. Sem embargo disso, quanto ao conteúdo das minutas, constata-se a necessidade de atendimento adicional às recomendações abaixo, a saber:

a) tendo em vista a adoção do critério de julgamento do tipo "maior desconto", o orçamento deve ser obrigatoriamente divulgado (art. 9º, §1º e § 2º, inciso I, do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011), demandando ajuste do edital e anexos.

b) item 10.5.1.5. - Sobre a habilitação de empresas estrangeiras, recomenda-se cumprir o disposto na Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018 (disponível em <https://www.gov.br/compras/pt-br/acao-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-3-de-26-de-abril-de-2018>), que estabelece as regras de funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, no âmbito do Poder Executivo Federal.

A título de orientação, sugere-se que sejam observadas as diretrizes disponíveis no portal de compras (<https://www.gov.br/compras/pt-br/acao-a-informacao/perguntas-frequentes/sicaf-normativo>), bem como recomenda-se a observância do MANUAL OPERACIONAL DO SICAF PARA EMPRESAS ESTRANGEIRAS, que se encontra disponível em <https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/manuais/manual-sicaf/manual-do-sicaf-para-empresas-estrangeiras.pdf>.

As empresas estrangeiras que funcionem no País, autorizadas por decreto do Poder Executivo na forma do inciso V, do art. 28, da Lei nº 8.666, de 1993, devem se cadastrar no SICAF com a identificação do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas.

As empresas estrangeiras que não funcionem no país para participarem de licitações, devem se cadastrar no Sicafe, acessando o sistema por meio do Portal de compras do Governo Federal (Comprasnet) pelo endereço eletrônico <https://www.gov.br/compras/pt-br>, e se registrar de acordo com o disposto no art. 20-A da Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018, sendo que o registro cadastral compreende os níveis de: I - credenciamento, II - habilitação jurídica, III - regularidade fiscal federal e trabalhista, IV - regularidade fiscal estadual e/ou municipal, V - qualificação técnica e VI - qualificação econômico-financeira, que suprem as exigências dos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (vide item 36 do SICAF – Normativo, Empresas Estrangeiras, conforme link acima).

c) incluir, no item 9, a obrigação de detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas - BDI e dos Encargos Sociais - ES, conforme consta no modelo da AGU;

c) Os itens 10.5.3.4 e 10.5.3.5 deverão ser consolidados, conforme a redação do modelo da AGU: *“As empresas, cadastradas ou não no SICAF, que apresentarem resultado inferior ou igual a 1(um) em qualquer dos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), deverão comprovar patrimônio líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação”*.

Tal orientação decorre da Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018 estabelece o seguinte: *“Art. 24. O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no art. 22 desta Instrução Normativa, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, para fins de contratação”*.

d) Suprimir a cláusula 3.3 da minuta contratual, em razão de o presente certame adotar o regime de execução de "empregada por preço global".

4.18. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

130. No presente caso, em atenção ao art. 4º, inciso V, do Decreto nº 7.581/2011, consta do processo a declaração do setor competente acerca da previsão dos recursos orçamentários necessários para fazer face às despesas decorrentes da futura contratação, com a indicação da respectiva rubrica (doc.296961).

131. 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").

132. 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, de 2000).

4.19 DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL E DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

133. A publicidade do instrumento convocatório deve obedecer ao disposto no art. 11 do Decreto nº 7.581/2011, observando-se o prazo mínimo para apresentação das propostas, conforme art. 15, da Lei nº 12.462/2011.

134. Ademais, de acordo com o art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.527/2011, c/c art. 7º, § 3º, inciso V, do Decreto nº 7.724/2012, deverão ser disponibilizados os seguintes documentos e informações no sítio oficial do órgão licitante na internet:

- a) cópia integral do edital com seus anexos;
- b) resultado da licitação;
- c) contratos firmados e notas de empenho emitidas.

5. CONCLUSÃO

135. 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 APROVA COM RESSALVAS a minuta de edital e anexos (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93), desde que cumpridas as observações lançadas ao longo deste opinativo, em especial o disposto nos **itens 13, 75, 77, 102, 120, 129 e 132**.

136. 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".

É o parecer, elaborado por meio do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens), assinado digitalmente.

À consideração da chefia da entidade consulente.

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 <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23223001309202211 e da chave de acesso 1b0b71f1



Documento assinado eletronicamente por DANILO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA, 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 900233655 e chave de acesso 1b0b71f1 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DANILO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 01-06-2022 17:42. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO SUDESTE DE MINAS
GERAIS

PARECER N° 222/2022 - REIPROJUR (11.01.08)

N° do Protocolo: NÃO PROTOCOLADO

Juiz de Fora-MG, 09 de Junho de 2022

PARECER_n._00585-2022.pdf

Total de páginas do documento original: 20

(Assinado digitalmente em 09/06/2022 17:46)

RAQUEL BLANK PERLEBERG

ASSISTENTE EM ADMINISTRACAO

2209085

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sig.ifsudestemg.edu.br/documentos/> informando seu número: **222**, ano: **2022**, tipo: **PARECER**, data de emissão: **09/06/2022** e o código de verificação: **29de757906**