



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE DE TRABALHO REMOTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
PARECER n. 01228/2023/NLC/ETRLIC/PGF/AGU

NUP: 23223.000642/2023-94

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

ASSUNTOS: REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC)

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MINUTA DE EDITAL. OBRA DE ENGENHARIA. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO, NA FORMA ELETRÔNICA. REGIME DE EXECUÇÃO DE EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL/UNITÁRIO. 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. APROVAÇÃO COM RESSALVAS.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo encaminhado a este órgão consultivo, para análise da regularidade jurídica da minuta do Edital do RDC Eletrônico, que tem por objeto a contratação de obra de reforma e adequação do ginásio do campus Barbacena às normas de acessibilidade e prevenção e combate a incêndio, para a IFSUDESTE, no valor estimado de R\$ 1.929.626,99.

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

- "ART" (Sequencial:12, Página:3)
- "AUTORIZAÇÃO" (Sequencial:12, Página:25)
- "CERTIFICAÇÃO PROCESSUAL" (Sequencial:13, Página:46)
- "COMPOSIÇÃO BDI" (Sequencial:8, Página:31)
- "CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO- DETALHAMENTO" (Sequencial:8, Página:33)
- "CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO" (Sequencial:5, Página:18, 26)
- "DOD" (Sequencial:1, Página:4)
- "DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA" (Sequencial:1, Página:31)
- "ETP" (Sequencial:1, Página:11)
- "JUSTIFICATIVAS TÉCNICO RELEVANTES" (Sequencial:1, Página:111)
- "LISTA DE VERIFICAÇÃO" (Sequencial:11, Página:43)
- "LISTA DE VERIFICAÇÃO" (Sequencial:12, Página:19)
- "MAPA DE RISCOS" (Sequencial:1, Página:21)
- "MINUTA DE EDITAL" (Sequencial:12, Página:28)
- "ORÇAMENTO NÃO DESONERADO" (Sequencial:11, Página:41)
- "PESQUISA DE PREÇOS" (Sequencial:9, Página:8)

- "PLANILHA DE CUSTOS UNITÁRIOS" (Sequencial:5, Página:27)
- "PLANILHA DE CUSTOS UNITÁRIOS" (Sequencial:6, Página:19)
- "PLANILHA DE ENCARGOS SOCIAIS" (Sequencial:8, Página:32)
- "PROJETO ARQUITETÔNICO" (Sequencial:1, Página:142)
- "PROJETO BÁSICO" (Sequencial:1, Página:36)
- "TERMO DE CONTRATO" (Sequencial:13, Página:28)
- "TITULARIDADE DO IMÓVEL" (Sequencial:1, Página:33)

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 LIMITES DA ANÁLISE JURÍDICA

5. A atividade de exame e aprovação de minutas de editais e contratos pelos Órgãos Consultivos é prévia, consoante art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de janeiro de 1993. 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.

6. A análise ora realizada se limita aos aspectos jurídicos do procedimento, excluídos, portanto, aqueles de natureza eminentemente técnica, tais como o detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e especificações. Com relação a esses dados, considera-se 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:

"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)

7. Feita a ressalva, passa-se à análise exclusivamente jurídica do presente processo.

2.2 PRELIMINARMENTE. DO REGIME DE TRANSIÇÃO DE QUE TRATA O ART. 191, DA LEI N. 14.133/2021

8. A Lei Complementar n. 198, de 28 de junho de 2023, alterou o art. 193, inc. II, da Lei n. 14.133/21, de modo a prorrogar até 30 de dezembro de 2023 a possibilidade da Administração de optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a Lei n. 8.666/93, da Lei n. 10.520/02 e da Lei n. 12.462/11.

9. Até o decurso do prazo de que trata o inc. II do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a Lei n. 14.133/21 ou de acordo com a Lei n. 8.666/93, da Lei n. 10.520/02 e da Lei n. 12.462/11, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso (art. 191, da Lei n. 14.133/21).

10. Se a Administração optar por licitar de acordo com a Lei n. 8.666/93, a Lei n. 10.520/02 e a Lei n. 12.462/11, o respectivo contrato será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência, vedada a aplicação combinada da referida legislação com a Lei n. 14.133/21 (art. 191, parágrafo único, da Lei n. 14.133/21).

11. No mesmo sentido, tem-se os arts. 38 e 39 do Decreto n. 11.462, de 31 de março de 2023, que regulamenta os arts. 82 a 86 da Lei n. 14.133/21 e a PORTARIA SEGES/MGI N° 1.769, DE 25 DE ABRIL DE 2023, que dispõe sobre o regime de transição de que trata o art. 191 da Lei ° 14.133, de 1° de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, fixando um cronograma para publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta.

12. Os contratos ou instrumentos equivalentes e as atas de registro de preços firmados em decorrência da aplicação do disposto supra serão regidos, durante toda a sua vigência, pela norma que fundamentou a sua contratação, inclusive quanto às alterações e às prorrogações contratuais.

13. Assim, cabe à Administração observar os requisitos da legislação acima, a fim de que: a) a publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta ocorra até 29 de dezembro de 2023, conforme cronograma constante do Anexo da PORTARIA SEGES/MGI N° 1.769, DE 25 DE ABRIL DE 2023 e b) a opção escolhida seja expressamente indicada no edital ou no ato autorizativo da contratação direta.

14. Os contratos celebrados com vigência por prazo indeterminado, como os serviços públicos essenciais de energia elétrica, água e esgoto, conforme dispõe a Orientação Normativa AGU n° 36, de 13 de dezembro de 2011, deverão ser extintos até 31 de dezembro de 2024, e providenciadas as novas contratações de acordo com a Lei n° 14.133, de 2021 (Art. 5°, da PORTARIA SEGES/MGI N° 1.769, DE 25 DE ABRIL DE 2023).

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

16. Dos autos eletrônicos consta autorização para abertura do procedimento licitatório (art. 38, caput, da Lei n. 8.666/93).

17. 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.

18. De igual modo, para atividades de custeio, deve a Administração Pública comprovar que foi obtida autorização para celebração de contrato prevista no art. 3° do [Decreto nº 10.193/2019](#), de 27 de dezembro de 2019.

19. Foi atestado nos autos que a presente contratação está contemplada no Plano Anual de Contratações da entidade, em atendimento ao Decreto 10.947/22.

20. Por fim, reputo que no ETP foi demonstrada a essencialidade e o interesse público da contratação, para os fins do previsto no art. 3° do Decreto n° 8.540/2015.

2.3 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO

21. 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. 1° daquela Lei, destacando-se a hipótese descrita no § 3°, 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.

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

23. O enquadramento do objeto como espécie de obra incumbe ao setor técnico competente da Administração, conforme [Orientação Normativa/AGU nº 54](#):

"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."

24. A Administração definiu o objeto como obra de engenharia no item 1.2 do Projeto Básico) e justificou a escolha da modalidade regime diferenciado de contratação - RDC às fls. 110 (justificativas técnicas relevantes), o que encontra amparo no art. 1°, parágrafos primeiro e terceiro, da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

25. 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 relativas à fase externa do procedimento em momento oportuno, posterior à presente manifestação jurídica.

26. Assim, serão feitas 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.

2.4 TITULARIDADE DOS DIREITOS REAIS SOBRE O IMÓVEL

27. Por cautela, na fase de planejamento da contratação, importante verificar a titularidade do bem, ou seja, conferir se a entidade é a legítima proprietária do imóvel onde se pretende realizar a obra ou que detém algum título legítimo de posse do bem que lhe garanta a possibilidade de execução da obra de forma regular, o que se dá por meio da certidão atualizada emitida pelo competente Registro de Imóveis e relativa à matrícula do imóvel.

28. 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, caso de trate de bem pertencente a esse ente.

29. 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.

30. No caso, foi juntado documento referente à titularidade/ocupação regular do imóvel objeto da intervenção.

2.5 JUSTIFICATIVA DA CONTRATAÇÃO E DEFINIÇÃO DO SEU OBJETO

31. Os atos administrativos devem ser devidamente justificados. A [Lei nº 9.784/1999](#), de 29 de janeiro de 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.

32. 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 pelas quais a contratação é 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.

33. No caso, a justificativa foi juntada aos autos, nos Estudos Técnicos Preliminares e parece que atende às diretrizes apontadas.

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

35. 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."

36. É certo que o aumento do nível de seu detalhamento tende a diminuir o universo de fornecedores aptos a atender à demanda. Consequentemente, 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

para objetos cujas características não atendam plenamente às necessidades efetivas da Administração, frustrando a finalidade da contratação.

37. 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.

38. 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 à norma mencionada, é necessário que sejam apresentados os quantitativos estimados para a licitação, de forma justificada, mesmo que resumidamente, considerando-se ainda que dessa estimativa dependerá o valor contratual.

39. 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.

40. No presente caso, a Administração justificou o quantitativo estimado para a licitação.

2.6 PARCELAMENTO DO OBJETO

41. 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.”

42. 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 em tese), mais vantagem para a Administração.

43. Convém registrar que eventual agrupamento de itens não pode se basear no argumento genérico 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), no qual a corte de contas não aceitou justificativas genéricas para o agrupamento, como por exemplo, uma eventual dificuldade de apurar responsabilidades de prestadores distintos.

44. Em resumo: a justificativa técnica em qualquer agrupamento é obrigatória, por ser uma exceção à regra geral do parcelamento. Se não for viável o parcelamento, deve ser expressamente apresentada a justificativa de ordem técnica e/ou econômica que fundamenta a contratação conjunta do objeto.

45. 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.

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

47. No presente caso, consta dos autos a justificativa técnica quanto à inviabilidade de parcelamento do objeto nos estudos preliminares.

2.7 EXCLUSIVIDADE DO CERTAME À ME, EPP E COOPERATIVAS EQUIVALENTES

48. O Decreto nº 8.538, de 06 de outubro 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.

49. 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.

50. Ainda sobre o tema, Advocacia-Geral da União editou [Orientação Normativa n. 47](#), 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 nº11.488, 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".

51. Destaca-se que, embora tenha sido expedida em 2014, quando da vigência do Decreto nº 6.204, de 05 de setembro de 2007, pode-se afirmar que referida Orientação Normativa permanece vigente mesmo após a edição do Decreto nº 8.538/2015, diante do que estabelece o artigo 9º, do referido Decreto.

52. Por outro lado, a redação atualizada da [Orientação Normativa/AGU nº 10](#) pacifica 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. "

53. Diante disso, verifica-se que, no caso, a estimativa do valor da contratação ultrapassa R\$ 80.000,00. Foi acertada, portanto, a não exigência da participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte no presente certame.

2.8 PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS

54. 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. 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).

55. Conforme precedentes do TCU, caberá à Administração justificar a opção adotada, seja pela possibilidade ou vedação de empresas em consórcio em observância ao [Acórdão nº 1711/2017-Plenário](#) (que determina a motivação do ato que admite a participação de consórcios, desde que não vede a participação individual de empresa que pode cumprir seu objeto) e ao [Acórdão nº 2633/2019-Plenário](#) (que determina a motivação do ato de vedação à participação em consórcios).

56. 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](#), que dispõe sobre as condições que devem ser observadas nesse caso, quais sejam: I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados; II - indicação da pessoa jurídica responsável pelo consórcio, que deverá atender às condições de liderança fixadas no instrumento convocatório; III - apresentação dos documentos exigidos no instrumento convocatório quanto a cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado; IV - comprovação de qualificação econômico-financeira e V - impedimento de participação de consorciado, na mesma licitação, em mais de um consórcio ou isoladamente.

57. No caso concreto, não será admitida a participação de consórcio, conforme justificativa técnica apresentada na fl. 135.

2.9 CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

58. É de extrema relevância que as contratações da Administração Pública prevejam critérios da 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.

59. Nas licitações regidas pelo RDC não foi diferente, tendo o legislador estabelecido no art. 14, parágrafo único, inciso II, da [Lei nº 12.462/2011](#) a possibilidade de exigências de requisitos de sustentabilidade ambiental.

60. Em complementação ao adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, o Decreto nº 7.746, de 05 de junho de 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 7.746/2012](#)).

61. 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.

62. Não foi por outra razão que os arts. 1º e 2º da [IN SLTI/MPOG 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. 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.

63. Assim, devem ser observados o Decreto nº 7.746/2012 e a IN SLTI/MPOG nº 01/2010 e, caso 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.

64. 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.

65. 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).

66. Feitas essas considerações, verifica-se que a Administração declarou expressamente, no ETP/TR, que observou os critérios e práticas de sustentabilidade previstos pela legislação.

2.10 ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR

67. 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 (...)"

68. 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;"

69. É importante o Gestor 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.

70. 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)

71. 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 mesma norma.

72. 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.

73. No caso, o Estudo Preliminar foi elaborado pela Administração.

74. 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.

75. Os estudos técnicos preliminares devem ser juntados ao projeto básico, como anexo (art. 2º, inciso IV, alínea "a", da Lei nº 12.462/2011).

2.11 PROJETO BÁSICO

76. No caso, a Administração adotou o Modelo de Projeto Básico – Obra - Regime Diferenciado de Contratações (RDC), disponibilizado pela AGU.

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

78. 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.

79. 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 nº 361, de 10 de dezembro de 1991, e na Decisão Normativa CONFEA nº 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).

80. 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:

- o item 12- Subcontratação- limites

Na nota explicativa do modelo de Projeto Básico da AGU para RDC, destacamos os requisitos para a subcontratação parcial:

Nota explicativa: A subcontratação parcial é permitida e deverá ser analisada pela Administração com base nas informações dos estudos preliminares, em cada caso concreto. Caso admitida, o edital deve estabelecer com detalhamento seus limites e condições, inclusive especificando quais parcelas do objeto poderão ser subcontratadas. **É importante verificar que são vedadas (i) a exigência no instrumento convocatório de subcontratação de itens ou parcelas determinadas ou de empresas específicas; (ii) a subcontratação das parcelas de maior relevância técnica, assim definidas no instrumento convocatório; (iii) a subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte que estejam participando da licitação; e (iv) a subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte que tenham um ou mais sócios em comum com a empresa contratante.**

Saliente-se que é possível que, em um mesmo contrato, haja a presença de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte compulsoriamente subcontratadas (art. 7º do Decreto nº 8.538, de 2016) e outras empresas (ME/EPP ou não) subcontratadas pela empresa vencedora do certame, por seu interesse, com base apenas na permissão geral de subcontratação parcial do objeto. Não existe obrigatoriedade de que a totalidade da parcela passível de subcontratação em uma determinada licitação esteja enquadrada na subcontratação obrigatória do Decreto supracitado. Da mesma forma, é possível que o Edital preveja que todo o percentual passível de subcontratação deve ser preenchido por ME/EPP, de modo que nada impede que a Administração opte por permitir apenas a subcontratação convencional ou a acumulação entre a convencional e a obrigatória para ME/EPP, ou ainda que se estabeleça que todo o percentual previsto para a subcontratação seja preenchido por ME/EPP.

Caso a Administração entenda pelo estabelecimento da exigência de subcontratação **obrigatória** de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, deverá adotar a redação padronizada no item 8.4:

8.4 A licitante vencedora deverá subcontratar Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, nos termos do art. 7º do Decreto nº 8.538, de 2015, no percentuais mínimo **de e máximo de**, atendidas as disposições dos subitens acima, bem como as seguintes regras:

(...)

Caso a Administração entenda pelo **não** estabelecimento da exigência de subcontratação **obrigatória** de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, deverá suprimir toda a redação do item 8.4.

- o item 15.2- eliminar- recomenda-se seguir a redação padrão da minuta da AGU para evitar confusão de conceitos.

- o item 24.3.3.3- acompanhamento presencial da execução dos serviços pelo responsável técnico

81. Recomenda-se a eliminação desse item e adoção da redação padrão da minuta da AGU, ante o risco de a exigência eventualmente caracterizar-se como excessiva e onerosa.

2.12 PROJETO EXECUTIVO

82. 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, proíbe 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 dever do contratado, conforme 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).

83. No caso, consta dos autos o Projeto Executivo e sua aprovação formal pelo ordenador de despesa.

2.13 REGIME DE EXECUÇÃO

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

85. 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.

86. 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.

87. 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 2432/2016-Plenário](#))[1]

88. 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 2432/2016-Plenário)

89. 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.

90. 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.

91. A opção por regime de execução de forma diversa do que apontamos no parágrafo acima exigirá justificativa adequada (TCU, [Acórdão 1977/2013-Plenário](#))[2]

92. 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.

93. 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.

94. Ocorre que a análise sobre a melhor alternativa a ser escolhida pelo gestor, 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.

95. No caso concreto, houve a apresentação pelo setor técnico de justificativas a respeito da escolha pela empreitada por preço global.

3.

MATRIZ DE RISCOS - SUBESTIMATIVAS OU SUPERESTIMATIVAS RELEVANTES

96. 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).

97. 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.

98. 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 jurisdição, 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”.

99. 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.

100. 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.

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

3.1 ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA

102. 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:

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.

103. 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."*

104. Conforme Parecer nº 07/2017/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU que resolveu pela suspensão dos itens III, V, VI e VII da Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU 97/2015, 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.

105. Mais recentemente, a Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União exarou o PARECER Nº 40/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU, corroborando o entendimento contido no PARECER Nº 01/2016/DECOR/CGU/AGU e no PARECER Nº 30/2018/DECOR/CGU/AGU, albergando, por consequência, o entendimento de que *"todos os "trabalhos técnicos" que demandem registro de responsabilidade técnica produzidos por servidores públicos estão obrigados ao registro da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART ou Registro de Responsabilidade Técnica - RRT, conforme se trate de engenheiro, arquiteto ou urbanista"* (parágrafo 34 do Parecer), ressaltando, contudo, o seu entendimento pela inaplicabilidade do Parecer da Consultoria-Geral em relação aos trabalhos técnicos executados no âmbito de *"atividades típicas de estado que possuem legislação própria, tais como: controle, fiscalização ambiental, do trabalho, tributária, dentre outras"* (parágrafo 36, negrito no original). Em acréscimo, conforme consignado no parágrafo 41 do referido parecer *"Em cada caso concreto, portanto, deve ser analisada a legislação que regula o exercício do poder de polícia, as normas que regulam as carreiras e a própria legislação que regulamenta a profissão."*

106. No caso, consta o efetivo registro da ART ou RRT relativa aos elementos e/ou peças técnicas de arquitetura e/ou engenharia que instruem os autos (fls. 571), 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).

3.2 LICENCIAMENTO AMBIENTAL

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

108. No caso concreto, a Administração enfrentou a questão da necessidade ou não de licenciamento ambiental, concluindo pela sua inexigibilidade (item 17 dos estudos preliminares).

3.3 CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO

109. 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.

110. 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 nº 7.581/2011).

111. No caso, a Administração providenciou a elaboração do cronograma físico-financeiro e anexou tal instrumento ao edital.

3.4 ORÇAMENTO DE REFERÊNCIA

112. 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 nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, com base nos parâmetros previstos nos §§ 3º e 4º do art. 8º da Lei nº 12.462, de 2011).

113. 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 campo do exame da estrita legalidade.

114. 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.

115. De acordo com o art. 8º, § 3º da Lei nº 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.

116. 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.

117. Por outro lado, **não há aplicação do Decreto nº 7.983/2013**, de 08 de abril de 2013, **nas contratações feitas pelo RDC**. Seja porque o Decreto nº 7.581/11 já traz a vasta maioria das previsões relevantes daquele ato; seja porque o próprio art. 18 do Decreto nº 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 nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, obedecerão às normas específicas estabelecidas no Decreto n. 7.581, de 11 de outubro de 2011."

118. Insta salientar que a aplicação do Decreto 7.581/11 em detrimento do Decreto 7.983/13 para fins de formação de orçamento de referência no Regime Diferenciado de Contratação – RDC foi ratificado pelo Enunciado nº 262/2020, do Departamento de Consultoria da PGF que dispõe:

"Nos casos de obras e serviços de engenharia, a pesquisa de preço para a formação do orçamento de referência deve ser realizada de acordo com o Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, salvo no tocante ao Regime Diferenciado de Contratação, regido pela Lei n. 12.462/2011, no qual a elaboração do orçamento de referência e o custo global das obras e serviços de engenharia obedecerão às normas específicas estabelecidas no Decreto n. 7.581/2011 (art. 18, do Decreto n. 7.983/2013)." (Fonte: Parecer n. 00004/2018/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, revisão do Parecer n. 00012/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU. NUP 00407.000072/2020-36 - Seq. 135 e 47).

119. Recomenda-se a consulta ao [Acórdão nº 2622/2013 - Plenário](#) para a obtenção de percentuais de referência para o BDI.

120. 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".

121. 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, de 24 de julho de 1991.

122. 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.

123. 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.

124. Portanto, para que a Administração elabore seu orçamento de referência, deverá avaliar o regime tributário que lhe for mais vantajoso. 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.

125. Ainda sobre o orçamento de referência, vale a pena ressaltar que no RDC a regra é o sigilo na forma do art. 6º da Lei 12.462/11, garantindo as informações necessárias à elaboração das propostas e sua divulgação realizada imediatamente após o encerramento da licitação. Tal regra não será aplicada para julgamentos por maior desconto e não prevalece para os órgãos de controle interno e externo que possuem acesso irrestrito na forma do §3º do mesmo artigo acima mencionado.

126. No caso, foram elaboradas as seguintes peças técnicas:
- a) planilha de orçamento, com data-base julho/2023;
 - b) composição dos benefícios e despesas indiretas - BDI;
 - c) planilha de composição de encargos sociais.

127. 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.

128. No tocante a alguns insumos pesquisados, verificamos que a pesquisa limitou-se a fornecedores, sem aparente consulta ao painel de preços (ex. plataformas elevatórias). Nesse sentido, deverá a Administração demonstrar que tentou obter preços de referência em consultas ao painel de preços e em outras contratações públicas (art. 2º, § 1º, da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 5/2014, e Acórdão TCU nº 1.445/2015 - Plenário).

129. Nesses termos, a Administração deverá rever a pesquisa de preços, para corrigir a falha aventada, pois a pesquisa com fornecedores somente deverá ser utilizada quando não for viável a obtenção de informações sobre os preços nos dois parâmetros indicados acima.

Se, por alguma razão, for tecnicamente inviável a adoção dos dois parâmetros preferenciais (Painel de Preços e pesquisa em contratações públicas similares), deverá ser trazida aos autos justificativa para o não atendimento da orientação, observada a Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 143/2018, segundo a qual:

II - Deve o gestor ficar atento aos casos nos quais a utilização dos parâmetros previstos nos incisos I e II do artigo 2º da IN nº 05/2014-SLTI/MP se mostre ineficaz, situações essas em que as orientações do TCU para o uso do conceito de “cesta de preços aceitáveis” devem prevalecer, ou seja, a pesquisa de preços deve ser feita em variadas fontes, tais como: contratações com entes públicos, pesquisa com fornecedores, bancos de preços, tabelas de fabricantes, sites especializados, entre outros, sempre buscando o preço de mercado do que se deseja adquirir;

Caso sejam feitas adequações no orçamento da licitação, deverão ser realizadas as adaptações correspondentes no valor estimado da licitação em todas as minutas trazidas aos autos, devendo ser feita análise específica sobre a participação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas equiparadas.

3.5 DESIGNAÇÃO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO

130. A legislação (art. 34, da Lei 12.462/11) prescreve que a autoridade competente designará, dentre os servidores da Administração, a comissão de licitação.

131. No caso, observa-se que tal exigência foi cumprida.

3.6 MINUTAS PADRONIZADAS DA AGU – EDITAL E CONTRATO

132. 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).

133. Consta dos autos que foram utilizadas as minutas padronizadas de edital e contrato elaboradas e disponibilizadas pela Advocacia-Geral da União, conforme certificação processual.

134. 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.

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

136. **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).**

3.7 DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

137. No presente caso, em atenção aos arts. 14 e 38, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, c/c o art. 8º, inciso IV, do Decreto n.º 10.024/2019, 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.

138. Necessário destacar, outrossim, que o atendimento ao art. 16, incisos I e II, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (LRF), 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").

139. No caso, consta nos autos declaração do setor competente no sentido de que se trata de despesa administrativa considerada ordinária, já prevista no orçamento e destinada à manutenção de ação preexistente, pelo que resta dispensada, com base na autorização constante da Orientação Normativa AGU nº 52/2014, a juntada aos autos dos documentos indicados no art. 16, incisos I e II, da Lei de Responsabilidade Fiscal

3.8 PUBLICAÇÃO DO EDITAL E DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

140. 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.

141. Ademais, de acordo com o art. 8º, § 2º, da [Lei nº 12.527/2011](#), de 18 de novembro de 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.

4. CONCLUSÃO

142. Ante o exposto, ressalvadas as questões técnico-administrativas e as aquelas ditadas por motivos de conveniência e oportunidade, que extrapolam as atribuições jurídico-consultivas, esta Procuradoria Federal opina, sob o aspecto jurídico, pela possibilidade de contratação pretendida, estando o feito, pois, apto a prosseguir em seus ulteriores atos, termos e trâmites desde que sejam observadas as cautelas e atendidas as recomendações/sugestões assinaladas, em especial as constantes dos itens 80, 128 e 129 deste parecer.

143. Somente após o acatamento das recomendações emitidas ao longo do Parecer, ou após seu afastamento, de forma motivada conforme previsão do art. 50, inciso VII, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, será possível dar-se prosseguimento ao feito, nos seus demais atos, termos e trâmites sem nova manifestação desta Procuradoria Federal.

144. 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, 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 (arts. 2º, inc. I e II e art. 4º, inc. I, da Portaria PGF nº 931/2018).

À consideração superior.

145. Brasília, 21 de setembro de 2023.

146. MARINA DEFINE OTTAVI

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23223000642202394 e da chave de acesso 1913523e



Documento assinado eletronicamente por MARINA DEFINE OTTAVI, 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 1287651696 e chave de acesso 1913523e no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARINA DEFINE OTTAVI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 24-09-2023 17:51. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
