



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA PFE/INSS NO RIO DE JANEIRO/RJ
EQUIPE REGIONAL DE CONSULTORIA EM MATERIA ADMINISTRATIVA
RUA PEDRO LESSA, 36/10 ANDAR - CENTRO

PARECER n. 00044/2023/ERC-ADM/PFE-INSS-RIO/PGF/AGU

NUP: 35014.133664/2021-12

INTERESSADOS: CENTRAL DE PROJETOS E OBRAS - SR-II E OUTROS

ASSUNTOS: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. OBRA. REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO. APROVAÇÃO COM RESSALVAS.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta encaminhada pela Divisão de Logística, Licitações e Contratos da Superintendência Regional Sudeste III que foi submetida à Equipe Regional de Consultoria em Matéria Administrativa - ERC-ADM - vinculada à Procuradoria Federal junto ao INSS no Rio de Janeiro - PRFE-INSS/RJ - nos termos da Ordem de Serviço Conjunta n. 00005/2019/GAB/PRFE/INSS/RIO/PGF/AGU, de 3 de outubro de 2019, combinada com a Portaria PFE/INSS n. 13, de 30 de setembro de 2019 e com a Portaria n.00013/2022/GAB/PFE-INSS-SEDE/PGF/AGU, de 31 de março de 2022.

2. Versa o expediente sobre a pretensão de contratação de empresa especializada para a execução de obras emergenciais no imóvel localizado na Rua Maestro Felício Toledo, 513, Centro - Niterói/RJ.

3. Foi realizada licitação anteriormente, neste mesmos autos, a qual, contudo, foi fracassada, conforme constou do Despacho 9776825 (seq. 18 do SAPIENS). A Administração, considerando que a data base dos preços utilizados pela equipe de planejamento no cálculo do valor estimado para a contratação encontrava-se obsoleta, devido ao lapso temporal desde a finalização do Projeto Básico, entendeu necessária a atualização do orçamento estimativo antes que viesse a publicar novo edital de licitação.

4. Processo apresentado ao subscritor em mídia eletrônica, via SAPIENS, contendo até o momento 36 sequenciais. Dos documentos digitalizados, destacam-se os seguintes:

1. Documento de formalização da demanda, elaborado pelo setor requisitante do serviço, nos termos do modelo do Anexo II, IN SEGES 05/2017 (3515758);
2. Designação da equipe de planejamento (3545766);
3. Estudos Técnicos Preliminares Digitais (4214982 - 10278237) e Mapa de Gerenciamento de riscos (4215053);
4. Aprovação dos Estudos Técnicos Preliminares Digitais e Mapa de Gerenciamento de riscos (4262002);
5. Versão atualizada do Projeto Básico e demais anexos (10255753);
6. ART/RRT dos documentos técnicos produzidos (10281234);
7. Nota Técnica 1/2022/ENG-PRO - SR-III/DENGPAL - SR-III/COFL - SR-III/SR-III-INSS (10293783);
8. Despacho aprovando a versão atualizada do Projeto Básico (10316173);
9. Despacho de autorização para abertura de licitação (10422567);
10. Declaração Artigo 16 da Lei Complementar 101/2000 (10693364);
11. Versão atualizada das minuta de Edital e Contrato (10843432 e 10842539);

12. Despacho do Serviço de Licitações (10843791);
13. Despacho da Divisão de Logística, Licitações e Contratos (10859471).

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

6. **Houve pedido de urgência na análise, face a iminência do término da vigência da Lei nº 8.666/93.**

7. É o relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DOS LIMITES DA ANÁLISE JURÍDICA

8. O presente parecer tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Ele envolve, também, o exame prévio dos textos da minuta do contrato. A função desta unidade da Consultoria da Procuradoria do INSS é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

9. Como se sabe, a Administração Pública deve, antes de realizar contratações, promover licitação, procedimento que tem por objetivo dar máxima efetividade ao princípio constitucional da impessoalidade, além de obter a melhor contratação para o Poder Público, o que vai ao encontro do postulado da indisponibilidade dos bens públicos. O procedimento compreende a identificação do objeto, a comprovação da necessidade da contratação, o respeito à dotação orçamentária, à observância da regularidade formal, à publicidade ampla e à garantia de concorrência em igualdade de condições entre os interessados.

10. O exame desta setorial jurídica se dá em atenção ao disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, bem como nos termos do art. 10, § 1º, da Lei nº 10.480/2002, subtraindo-se análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária, considerando a delimitação legal de competência institucional deste órgão.

2.2 TRANSIÇÃO ENTRE A LEI Nº 14.133, DE 2021, E AS LEIS Nº 8.666, DE 1993, Nº 10.520, DE 2002

11. A Secretaria de Gestão, órgão central do Sistema de Serviços Gerais (SISG), por meio do Comunicado SEGES nº 10/2022 (disponível em <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/comunicados/comunicado-no-10-2022-transicao-entre-a-lei-no-14-133-de-2021-e-as-leis-no-8-666-de-1993-no-10-520-de-2002-e-os-arts-1o-a-47-a-da-lei-no-12-462-de-2011>), noticiou aos órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, que o Sistema de Compras do Governo Federal, a contar do dia 31 de março de 2023, estará configurado para recepcionar somente as licitações e contratações diretas à luz da Lei nº 14.133 (e demais leis específicas). Ratificou-se a transmissão dessa informação, por meio pelo Comunicado SEGES nº 13/2022 (disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/comunicados/comunicado-no-13-2022-transicao-entre-a-lei-no-14-133-de-2021-e-as-leis-no-8-666-de-1993-no-10-520-de-2002-e-os-arts-1o-a-47-a-da-lei-no-12-462-de-2011>).

12. A Secretaria de Gestão motivou o Comunicado SEGES nº 13 na determinação do Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU) Antônio Anastasia, nos autos da Representação TC nº 000.586/2023-4, para que a Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU (SEGECEX) realizasse estudos conclusivos sobre a compatibilidade dos precedentes do TCU e a manifestação jurídica da Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos (CNLCA) do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria Geral União (CGU) da Advocacia-Geral da União (AGU) - Parecer nº 0006/2022/CNLCA/CGU/AGU - aprovado por meio do Despacho do Advogado-Geral da União nº 481, de 25 de novembro de 2022 (disponível em: <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000717201998).

13. No que toca a análise estritamente jurídica do tema, de acordo com o art. 4º, inc. XI da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, cabe ao Advogado-Geral da União fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal (art.4º, inc. XI da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993), cuja observância é obrigatória para os órgãos da Procuradoria-Geral Federal, no caso a Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS. Segue a ementa da análise jurídica do Parecer nº 0006/2022/CNLCA/CGU/AGU aprovado pelo Advogado-Geral da União :

EMENTA: LEI 14.133/2021. REVOGAÇÃO DOS REGIMES LICITATÓRIOS (LEI Nº 8.666/93, LEI Nº 10.520/02 E ARTS. 1º A 47-A DA LEI Nº 12.462/11). MARCO TEMPORAL A SER UTILIZADO PARA A APLICAÇÃO DOS REGIMES LICITATÓRIOS QUE SERÃO REVOGADOS. DEMAIS ASPECTOS. EXEGESE DO ART. 191, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 14.133/21.

I - A expressão legal "opção por licitar ou contratar", para fins de definição do ato jurídico estabelecido como referência para aplicação da ultratividade da legislação anterior, deve ser a manifestação pela autoridade competente, ainda na fase preparatória, que opte expressamente pela aplicação do regime licitatório anterior (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 12.462/2011).

II - Desde que respeitada a regra do artigo 191, que exige a "opção por licitar" de acordo com o regime anterior, ainda no período de convivência normativa, a Ata de Registro de Preços gerada pela respectiva licitação continuará válida durante toda a sua vigência, que pode alcançar o prazo máximo de 12 meses, sendo possível firmar as contratações decorrentes desta ARP, mesmo após a revogação da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/2002 e da Lei nº 14.262/2011.

III - Uma vez que a Lei nº 14.133/2021 firmou a ultratividade de aplicação do regime contratual da Lei nº 8.666/93 aos contratos firmados antes de sua entrada em vigor (art. 190 da NLLCA) ou de correntes de processos cuja opção de licitar ou contratar sob o regime licitatório anterior seja feita ainda durante o período de convivência normativa (art. 191 da NLLCA), as regras de alteração dos contratos administrativos previstas nesta legislação anterior, mesmo após a sua revogação, poderão ser aplicadas no respectivo contrato durante toda a sua vigência.

IV - Os contratos sob o regime jurídico da Lei nº 8.666/93, que tenham sido firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021 (art. 190 da NLLCA) ou decorrentes de processos cuja opção de licitar ou contratar sob o regime licitatório anterior tenha sido feita ainda durante o período de convivência normativa (art. 191 da NLLCA), terão seu regime de vigência definido pela Lei nº 8.666/93, aplicação que envolve não apenas os prazos de vigência ordinariamente definidos, mas também suas prorrogações, em sentido estrito ou em sentido amplo (renovação).

14. Recentemente, em 17 de fevereiro de 2022, a Unidade de Auditoria Especializada em Contratações da Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU concluiu seus estudos com as seguintes proposições:

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

73. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

73.1 declarar a compatibilidade do Parecer 6/2022 da Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, consubstanciada no Acórdão 2.279/2019-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes;

73.2 firmar o entendimento de que a opção pelo regime antigo para licitar ou contratar (Lei 8.666/93, Lei 10.520/2002 e arts. 1º a 47-A da Lei 12.462/2011), que será revogado em 1º/4/2023, somente poderá ser feita por cada órgão ou pelos órgãos centrais da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos, na etapa preparatória da contratação, até o dia 31/3/2023, sem prejuízo de que seja fixada uma data limite para a publicação do edital;

73.3. recomendar à Secretaria de Gestão e Inovação (Seges) do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI), com fundamento no art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que, tendo em vista o entendimento firmado no tópico anterior, defina um

cronograma ou estipule marco(s) limite(s), a exemplo da data da publicação do edital, em conformidade com os princípios da razoabilidade e da duração razoável do processo, para a:

- i) utilização do regime antigo, pelos órgãos sob sua jurisdição; e
- ii) utilização dos sistemas de contratações federais, para todos os órgãos, entidades ou entes públicos de quaisquer esferas.

73.4. encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida, acompanhada desta instrução e do voto que a fundamentam, ao Conselho Nacional de Justiça, ao Conselho Nacional do Ministério Público, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e à Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon);

73.5 nos termos do art. 8º da Resolução-TCU 315/2020, fazer constar, na ata da sessão em que estes autos forem apreciados, comunicação do relator ao colegiado no sentido de monitorar a recomendação contida no item 73.3 acima.

15. O Comunicado SEGES nº 13 condiciona a ratificação da data limite: dia 31 de março de 2023, para receber as licitações e contratações diretas regidas pelas leis revogadas à conclusão dos estudos da SEGECEX, todavia, não se tem conhecimento de informes mais recentes alterando o posicionamento do órgão do central do Sistema de Serviços Gerais (SISG).

16. Esse é o contexto, até a presente data, no âmbito da Administração Pública Federal, em que se insere a transição entre a Lei nº 14.133, de 2021, e as Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002. Cabe, destarte, a este órgão de execução de consultoria jurídica da Procuradoria-Geral Federal (PGF) alertar a Administração sobre a possibilidade de inviabilização do prosseguimento da licitação, no âmbito do Sistema de Compras do Governo Federal - cuja operação é restrita aos atos discricionários das autoridades da Secretaria de Gestão -, caso a publicação do Edital, objeto do presente parecer, ocorra após a data fixada no Comunicado SEGES nº 13/2023.

2.3 DA AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO E CELEBRAÇÃO DE NOVOS CONTRATOS

17. Já de início verifica-se que **a autorização para abertura da licitação**, nos termos do art. 38 da Lei n. 8.666/93, **foi apresentada no Despacho da Coordenação de Gestão de Orçamento, Finanças e Logística, de 30/01/2023** (10421409). Ressalte-se que a Administração deve se certificar da obediência às regras internas de competência para autorização da presente contratação.

18. Para atividades de custeio, deve a Administração Pública comprovar que foi obtida autorização para celebração de contrato prevista no art. 3º do Decreto n. 10.193, de 27 de dezembro de 2019.

19. Deve ser atestado nos autos, também, que a presente contratação está contemplada no Plano Anual de Contratações da entidade, em atendimento à Instrução Normativa nº 01/2019, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia. **No presente caso, referido ateste consta do documento SEI 6250896.**

20. Por fim, quanto à demonstração da essencialidade e do interesse público da contratação, para os fins do previsto no art. 3º do Decreto nº 8.540/2015, **foram apresentadas as razões contidas no item 2 do Estudo Técnico Preliminar 15/2021** (SEI 4214982).

2.4 DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO - DISTINÇÃO ENTRE OBRA E SERVIÇO DE ENGENHARIA

21. No caso em exame, o objeto da contratação foi classificado como obra, conforme item 1.2 do Projeto Básico (10255753).

22. A definição do objeto, no caso, é de extrema importância tendo em vista que influencia diretamente na modalidade da licitação adequada para a contratação.

23. Apesar de tal definição ser de natureza técnica, há alguns aspectos jurídicos que devem ser considerados. O PARECER Nº 06/2012/DEPCONSU/PGF/AGU dispõe o seguinte:

"10. Enquanto "obra" tem a ver com "construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação" de um ambiente (art. 6º, I, da Lei nº 8.666/93), o "serviço" pode ser considerado a contratação de um fazer, uma atividade física e/ou intelectual que, à luz do estatuto licitatório, pode materializar-se em diversos objetos contratuais: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção (art. 6º, II, da Lei nº 8.666/93).

(...)

13. Do ponto de vista legal, contudo, há distinção clara na Lei nº 8.666/93. E, mesmo sob o ponto de vista técnico, há a necessidade dessa diferenciação. Confira-se, nesse sentido, a [Orientação Técnica IBR 002/2009](#) do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP:

3. DEFINIÇÃO DE OBRA

Obra de engenharia é a ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem, na qual seja necessária a utilização de conhecimentos técnicos específicos envolvendo a participação de profissionais habilitados conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66.

(...)

4. DEFINIÇÃO DE SERVIÇO DE ENGENHARIA

Serviço de Engenharia é toda a atividade que necessite da participação e acompanhamento de profissional habilitado conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66, tais como: consertar, instalar, montar, operar, conservar, reparar, adaptar, manter, transportar, ou ainda, demolir. Incluem-se nesta definição as atividades profissionais referentes aos serviços técnicos profissionais especializados de projetos e planejamentos, estudos técnicos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias, consultorias, auditorias, fiscalização, supervisão ou gerenciamento.

14. No íterim da Orientação Técnica IBR 002/2009, também existem vários exemplos dessa distinção, de forma que dificilmente se poderia acatar um conceito doutrinário de "serviço" tão amplo a ponto de incluir a "obra" como uma espécie do gênero "serviço de engenharia".

24. Assim, há necessidade de constarem nos autos as justificativas técnicas para a caracterização do objeto da contratação como obra e não serviço de engenharia (que podem ser licitados por meio de pregão, caso comuns), a fim de comprovar a adequação da modalidade licitatória eleita. Nesse sentido, consta do processo no item 1 do APÊNDICE I - TERMO DE JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS RELEVANTES (10256309):

A contratação objetiva a reforma de telhados, lajes de cobertura e revestimento de fachadas, além da construção de rede de drenagem de águas pluviais provenientes destes telhados. A reforma das fachadas requer comprovação da capacidade técnico-operacional do licitante quanto à execução das obras. Considerando-se a complexidade das atividades licitadas, bem como a experiência na execução dos itens listados, **o objeto da contratação caracteriza-se por obra.**

25. Tratando-se de contratação de obra, a Lei nº 8.666/1993 estabelece 3 (três) modalidades diferentes de licitação, quais sejam: concorrência, tomada de preços e convite. A escolha entre uma modalidade e outra será norteadada pelo valor do objeto a ser licitado. No que diz respeito especificamente às obras e serviços de engenharia, o artigo 23 do diploma legal em questão prevê o seguinte:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

26. Referidos valores foram atualizados pelo Decreto n.º 9.412, de 18 de junho de 2018, que assim dispõe:

Art. 1º Os valores estabelecidos nos [incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), ficam atualizados nos seguintes termos:

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) na modalidade convite - até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);
- b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais);
- e
- c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais);

27. No caso dos autos, a Administração pretende contratar empresa especializada para a execução de obras emergenciais em imóvel da GEX/Niterói, no valor estimado de **R\$ 440.006,62 (quatrocentos e quarenta mil, seis reais e sessenta e dois centavos)**, sendo eleita a modalidade de licitação TOMADA DE PREÇOS, o que apresenta-se adequado.

2.5 PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

2.5.1 Documentos necessários ao planejamento da contratação

28. Apesar de não ser exigida para a contratação da obra em análise, a Administração aplicou a a IN SEGES/MP nº 05/2017, além da IN SG/ME nº 40/2020, produzindo os documentos abaixo durante a fase de planejamento da contratação:

- a) documento para formalização da demanda (SEI 3515758);
- b) estudo técnico preliminar (SEI 4214982 - 10278237);
- c) mapa(s) de risco (SEI 4215053);
- d) projeto básico (SEI 10255753).

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

2.5.1.1 Documento para formalização da demanda e estudos preliminares: principais elementos

30. Da análise do documento de formalização da demanda, percebe-se que foram previstos os conteúdos do anexo II da IN SEGES/MP nº 05/2017, especialmente a justificativa da necessidade da contratação, a indicação dos membros da equipe de planejamento e a data prevista para o início da execução contratual.

31. Quanto aos estudos preliminares, a equipe de planejamento deverá certificar-se de que trazem os conteúdos previstos no art. 7º, §2º, da IN ME nº 40/2020. Tal dispositivo estabelece que os estudos preliminares, obrigatoriamente, deverão conter:

- descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público (inc. I);
- 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)

32. 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.

33. Verifica-se que a Administração juntou o estudo técnico preliminar ao doc. SEI n. 4214982, devidamente aprovado pela autoridade competente (SEI 4262002).

34. Percebe-se que referido documento contém, em geral, os elementos exigidos pela IN SG/ME nº 40/2020.

2.5.1.2 Gerenciamento de riscos

35. Quanto ao mapa de riscos (SEI 4215053), percebe-se que foi adotado o anexo IV da IN SEGES/MP nº 05/2017, com indicação do risco, da probabilidade, do impacto, do responsável e das ações preventiva e de contingência.

2.5.1.3 Do Projeto Básico

36. A Lei nº 8.666/1993 exige que nas licitações para a execução de obras e prestação de serviços seja seguida a sequência: (1) projeto básico; (2) projeto executivo; (3) execução das obras e serviços. A execução de cada etapa deve ser precedida de conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, sob pena de nulidade dos atos e contratos realizados e responsabilização de quem lhe tenha dado causa (art. 7º, *caput*, §§ 1º e 6º, da Lei nº 8.666/93).

37. O § 2º do supramencionado artigo é enfático em afirmar que a obra ou serviço somente poderá ser licitado quando presente projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados.

38. As definições de Projeto Básico e Projeto Executivo encontram-se no art. 6º, incisos IX e X da Lei nº 8.666/1993, com o seguinte teor:

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:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
 - f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;
- X - Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;

39. No projeto básico devem ser considerados também, por exigência da norma contida no art. 12, da Lei de Licitações, os seguintes requisitos: segurança; funcionalidade e adequação ao interesse público; economia na execução, conservação e operação; possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação; facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço; adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas; impacto ambiental.

40. A norma em questão exige a presença de projeto básico aprovado pela autoridade competente como requisito para a realização da licitação, cuja finalidade é levar ao conhecimento de todos e, principalmente, dos interessados em participar do certame, os elementos necessários e suficientes para a caracterização da obra, ou seja, suas especificidades.

41. No tocante à elaboração do Projeto Básico, não se pode olvidar que o Tribunal de Contas da União tem apontado como falha a existência de projeto básico deficiente, na medida em que não apresenta todos os elementos necessários e suficientes para se avaliar, com precisão, o custo das obras, chamando a atenção, ainda, para a inadequação do cronograma físico-financeiro, bem como a insuficiência de detalhamento dos diversos elementos que compõem o objeto de forma a minimizar a necessidade de reformulações durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras, entendendo que tal proceder afronta o disposto no artigo 6º, inciso IX, alínea “b”, da Lei nº. 8.666/93 - (Acórdão Plenário nº 2319/2010 e nº. 2146/2010).

42. No caso, observa-se a existência de Projeto Básico e anexos (SEI 10255753), devidamente aprovado pela autoridade competente (SEI 10316173). Embora não tenha sido juntado ao feito declaração da área técnica, observa-se que o projeto básico observou o Modelo de Projeto Básico – Obra e Serviço de Engenharia (não comum), Atualização: Setembro/2021, da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União, extraído do site da Advocacia-Geral da União.

43. Nesse contexto, em análise eminentemente formal, verifica-se que o Projeto Básico contemplou todas as exigências contidas nos normativos acima citados.

44. Sem embargo disso, e apesar de se tratar de documento extremamente técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, à própria Administração, constata-se a necessidade de atendimento adicional às recomendações abaixo, a saber:

a) Os itens 5.4 e 21.2.2 do Projeto Básico deverão ser compatibilizados, considerando que há divergências entre as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação então indicadas.

b) Deverá ser compatibilizado o conteúdo dos estudos preliminares com o Projeto Básico elaborado, de modo que não existam contradições entre os documentos. Ver em especial itens 4 (parcelas de maior relevância e valor significativo da contratação), 5 (levantamento de mercado) e 8 (estimativa do valor da contratação).

45. No que diz respeito ao Projeto Executivo, a teor do artigo 6º, inciso X, da Lei nº. 8.666/1993, o Projeto Executivo é “o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT”.

46. Evidentemente, trata-se de elemento obrigatório na contratação de obras públicas, de precisão significativamente maior comparado ao Projeto Básico, admitindo a Lei, porém, que seja desenvolvido

concomitantemente com a execução da obra – modalidade denominada “as built” –, desde que autorizado pela Administração, como se depreende do artigo 7º, § 1º, da lei regente:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

47. Registre-se que, de acordo com o TCU, a Administração deve apresentar justificativa técnica para a adoção da modalidade “as built”, conforme julgado abaixo:

Projeto executivo concomitante com a execução – necessidade de justificativa

TCU decidiu: “Quando for necessária a realização de licitação sem a existência do projeto executivo, faça constar do respectivo processo as justificativas técnicas que motivaram a decisão da autoridade administrativa em realizar o projeto executivo concomitante à execução física das obras e serviços, em conformidade com o art. 7º, incisos I, II, III e § 1º da Lei nº 8.666/1993.

(Fonte: TCU. Processo nº TC-015.183/2003-0. Acórdão nº 1.306/2004 - Plenário)

48. A legislação permite, outrossim, que a contratação de obra inclua a elaboração do Projeto Executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração (artigo 9º, § 2º, da Lei nº 8.666/1993).

49. No caso em análise, constou do APÊNDICE I - TERMO DE JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS RELEVANTES (10256309), item 14: **"FORAM elaborados os projetos executivos relativos ao objeto, juntados aos autos e divulgados como edital da licitação"**.

2.5.2 Necessidade da contratação e vedações às especificações restritivas

50. A necessidade da contratação foi devidamente justificada, tendo sido estimados os quantitativos de serviço a partir de método devidamente amparado por documentos juntados aos autos (item 2.1 do Projeto Básico SEI 10255753).

51. Como se sabe, a justificativa da necessidade da contratação constitui questão de ordem técnica e administrativa, razão pela qual, a teor do Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia Geral da União, não deve esta Procuradoria se pronunciar conclusivamente acerca do mérito (oportunidade e conveniência) da motivação apresentada e das opções feitas pelo administrador, exceto na hipótese de afronta a preceitos legais, o que não nos parece ser o caso.

52. Observe-se, ainda, que são vedadas especificações do objeto que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização (art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993 e art. 3º, XI, “a”, 1, do Decreto nº 10.024/2019). Portanto, **o gestor deverá tomar as devidas cautelas para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais à contratação**, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração.

53. Registre-se que o gestor deverá estar atento às diretrizes gerais do subitem 1.1 do anexo V da IN SEGES/MP nº 05/2017, quais sejam:

a) prever especificações que representem a real demanda de desempenho do órgão ou entidade, não sendo admissíveis especificações que deixem de agregar valor ao resultado da

contratação ou sejam superiores às necessidades do órgão ou entidade;

b) não fixar especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitam, injustificadamente, a competitividade ou direcionam ou favoreçam a contratação de prestador específico;

c) não adotar especificações que estejam defasadas tecnológica e/ou metodologicamente ou com preços superiores aos de serviços com melhor desempenho.

54. Recomenda-se que a Administração se certifique de que as especificações técnicas previstas no Termo de Referência atendem às premissas acima citadas.

55. Ainda sobre esse tema, vale destacar que, caso as especificações somente possam ser atendidas por uma quantidade de fornecedores considerada restrita, deverá ser avaliada a pertinência de retirar ou flexibilizar requisitos, de modo que se possa manter apenas aqueles considerados indispensáveis (art. 7º, §1º, da IN ME nº 40/2020).

2.5.3 Da viabilidade jurídica da terceirização

56. O § 1º do art. 3º do Decreto nº 9.507/2018, aplicável a toda a Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e sociedades de economia mista, explicita que somente poderão ser objeto de execução indireta *“Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado”*.

57. Por sua vez, o mesmo art. 3º estabelece a vedação de execução indireta na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, dos seguintes serviços:

- que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;
- que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;
- que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e
- que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

58. Diante disso, como condição preliminar à realização da licitação, **cabe à Administração atestar nos autos, à luz dos dispositivos acima citados, a viabilidade jurídica de terceirização das atividades a serem licitadas e contratadas. Também é necessário que a Administração registre no processo que as atividades listadas no Termo de Referência estão contempladas na Portaria n.º 443, de 27 de dezembro de 2018**, editada pelo então Ministro do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, a qual elenca as atividades que devem ser preferencialmente terceirizadas.

59. Adverte-se, ainda, nos termos do parágrafo único da Portaria acima mencionada, que outras atividades que não estejam listadas no normativo indicado poderão ser passíveis de execução indireta, desde que atendidas as vedações constantes no Decreto n.º 9.507/2018.

60. Percebe-se, nesse sentido, que a Administração declarou, no final do item 2 do Estudo Técnico Preliminar 15/2021 (SEI 4214982) que as atividades podem ser terceirizadas em razão de indisponibilidade de mão de obra especializada no quadro de servidores do INSS para a execução dos serviços em várias modalidades e, em especial, as que compõem o objeto desta contratação, bem como a falta de equipamentos e ferramental para a execução dos mesmos.

2.5.4 Parcelamento da contratação e regra geral da necessária adjudicação por itens

61. Outro ponto relevante diz respeito ao parcelamento do objeto a ser contratado em licitações. Em havendo divisibilidade de natureza técnica e econômica, a regra geral é realizar a adjudicação por itens, tal qual previsto na Súmula TCU nº 247:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, **serviços**, compras e alienações, **cujo objeto seja divisível**, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

62. Convém registrar que eventual agrupamento de itens não pode se fundar na invocação geral de que há necessidade de integração entre os bens 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)

63. Dito isso, percebe-se que o presente certame previu a adjudicação do objeto a um único vencedor, com as justificativas de ordem técnica e econômica no item 9 do Estudo Técnico Preliminar 15/2021 (SEI 4214982). Por essa razão, não há observação adicional a fazer.

2.5.5 Critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações

64. 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.

65. 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.

66. Posto isso, para definição dos critérios e práticas de sustentabilidade, recomendam-se consultas ao art. 6º da Instrução Normativa SLTI/MP nº 01/2010 e ao Guia Nacional de Contratações Sustentáveis (2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Setembro/2019), disponibilizado pela Consultoria-Geral da União no sítio <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>.

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

68. Feitas essas considerações, verifica-se que a Administração incluiu, no item 14 do Estudo Técnico Preliminar 15/2021, critérios e práticas de sustentabilidade.

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

69. Quanto ao orçamento, é dever da Administração, na contratação de serviços, elaborar planilha detalhada com a consolidação dos quantitativos e preços unitários e total da contratação (arts. 7º, §2º, II, e 40, §2º, II, da Lei nº 8.666/1993).

70. 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.

71. 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.

Definição de critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global:

72. No que se refere à produção da planilha orçamentária, é importante que a Administração se pautar conforme a expressa determinação do Decreto nº 7.983, de 2013, não relegando toda a responsabilidade pela definição dos insumos necessários para o serviço de engenharia e o seu quantitativo (material, mão de obra e equipamentos) apenas para os projetistas, mas se certificando de que os elementos constantes dos projetos e planilhas orçamentárias por eles elaboradas estão de acordo com as determinações normativas.

73. Com relação à composição dos custos dos serviços de engenharia ao preço total estimado para cada despesa, a lei exige que seus elementos estejam muito bem evidenciados na planilha orçamentária prevista no artigo 7º, § 2º, II, Lei n. 8.666, de 1993, incluindo os valores unitários de todos os insumos, imprescindível para orientar o gestor em caso de acréscimos futuros.

74. Tais disposições são aplicáveis de acordo com as particularidades de cada obra ou serviço de engenharia.

75. O Decreto nº 7.983, de 2013, determina que se devem utilizar primordialmente os valores constantes no SICRO/SINAPI (arts. 3º e seguintes).

76. Para as obras e serviços de engenharia, aplica-se a Súmula TCU nº 258/2010:

Súmula TCU nº 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.

77. Na definição do art. 2º, VIII, do Decreto nº 7.983/2013, o orçamento de referência é o “detalhamento do preço global de referência que expressa a descrição, quantidades e custos unitários de todos os serviços, incluídas as respectivas composições de custos unitários, necessários à execução da obra e compatíveis com o projeto que integra o edital de licitação”.

78. No caso, a decomposição dos custos unitários é passo essencial para a previsão dos critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global a serem aplicados no julgamento das propostas – medida obrigatória para as obras e serviços de engenharia, conforme Orientação Normativa AGU nº 5/2009 e Súmula TCU nº 259, que assim dispõem respectivamente:

Orientação Normativa nº 5: Na contratação de obra ou serviço de engenharia, o instrumento convocatório deve estabelecer critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global.

Súmula nº 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.

79. Nos termos do art. 11 do Decreto nº 7.983/2013, e na esteira da Súmula TCU nº 259 e Orientação Normativa AGU nº 5,º de 2009, deverão constar do edital de licitação de obras e serviços de engenharia os critérios de aceitabilidade de preços – unitários e global. Conforme art. 2º, IX, do Decreto nº 7.983, de 2013, são os “parâmetros de preços máximos, unitários e global, a serem fixados pela administração pública e publicados no edital de licitação para aceitação e julgamento das propostas dos licitantes”.

80. Especificamente para o regime de empreitada por preço global, os critérios de aceitabilidade de preços serão definidos em relação aos preços global e de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato. Assim, na formação do preço que constará das propostas dos licitantes, poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles obtidos a partir dos sistemas de custos de referência, desde que o preço global orçado e o de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato fiquem iguais ou abaixo dos preços de referência da Administração, assegurado aos órgãos de controle o acesso irrestrito a essas informações (art. 13, I, e parágrafo único, do Decreto nº 7.983/2013).

81. Cumpre registrar que a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global nos editais para a contratação de obras, com a fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor (Súmula TCU 259), ainda que se trate de empreitada por preço global. Essa obrigação tem por objetivo mitigar a ocorrência dos riscos associados tanto ao “jogo de cronograma” quanto ao “jogo de planilha” (Acórdão 1695/2018 TCU-Plenário).

Composições de custos unitários unitários menores ou iguais à mediana do SINAPI:

82. Nos termos do art. 3º do Decreto nº 7.983/2013, no âmbito da administração pública federal, o SINAPI é o sistema de referência para a fixação dos custos unitários das obras e serviços de engenharia, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

83. Na definição do art. 2º, II, do Decreto nº 7.983/2013, composição de custo unitário é o “detalhamento do custo unitário do serviço que expresse a descrição, quantidades, produtividades e custos unitários dos materiais, mão de obra e equipamentos necessários à execução de uma unidade de medida”.

84. Já o custo unitário de referência é o “valor unitário para execução de uma unidade de medida do serviço previsto no orçamento de referência e obtido com base nos sistemas de referência de custos ou pesquisa de mercado” (art. 2º, I).

85. Na elaboração dos orçamentos de referência, poderão ser adotadas especificidades locais ou de projeto na elaboração das respectivas composições de custo unitário, desde que demonstrada a pertinência dos ajustes para a obra ou serviço de engenharia em relatório técnico elaborado por profissional habilitado (art. 8º, caput, do Decreto nº 7.983, de 2013).

86. Somente em condições especiais, devidamente justificadas, poderão os custos unitários de referência exceder os seus correspondentes do SINAPI, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle (art. 8º, parágrafo único, do Decreto nº 7.983, de 2013).

87. No caso de inviabilidade da definição dos custos com base no SINAPI, 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 (art. 6º do Decreto nº 7.983/2013).

Detalhamento da composição do percentual de BDI:

88. Conforme a já mencionada Súmula TCU nº 258, é obrigatório o detalhamento dos encargos sociais e do BDI no orçamento de referência da licitação.

89. A mesma premissa consta do art. 9º do Decreto nº 7.983/2013, de acordo com o qual devem ser evidenciados, no mínimo, os seguintes componentes do BDI: taxa de rateio da administração central; percentuais de tributos incidentes sobre o preço do serviço, excluídos aqueles de natureza direta e personalíssima que oneram o contratado; taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento, e taxa de lucro.

90. É preciso destacar o disposto na súmula 254 do TCU a respeito do IRPJ e CSLL na composição do BDI, conforme o enunciado assim lançado:

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.

91. Em pronunciamentos posteriores, o TCU esclareceu o seu entendimento, de que tanto a Súmula TCU nº 254/2010 como o art. 9º, do Decreto 7.983, de 2013, vedam a inclusão de tais rubricas apenas no orçamento-base da licitação, não sendo tais entendimentos aplicáveis aos preços ofertados pelos privados, conforme noticiado no informativo n. 279, nos seguintes termos:

A inclusão, na composição do BDI constante das propostas das licitantes, do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) não é vedada nem acarreta, por si só, prejuízos ao erário, pois é legítimo que empresas considerem esses tributos quando do cálculo da equação econômico-financeira de suas propostas, desde que os preços praticados estejam de acordo com os paradigmas de mercado. O que é vedado é a inclusão do IRPJ e da CSLL no orçamento estimativo da licitação.

92. Dessa forma, **é vedada a inclusão do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) no orçamento estimativo da licitação.**

93. No entanto, é lícita a inclusão na composição do BDI do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) constante das propostas das licitantes. É legítimo que empresas considerem esses tributos quando do cálculo da equação econômico-financeira de suas propostas, desde que os preços praticados estejam de acordo com os paradigmas de mercado.

94. Em relação ao BDI para materiais e equipamentos, a Administração deve observar o que dispõe a Súmula n. 253 do TCU, que trata do BDI reduzido:

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.

95. Como se trata de tópico referente a matéria técnica, cabe exclusivamente à Administração manifestar-se a respeito das exigências acima mencionadas.

2.5.6.1. Cálculo da Contribuição Previdenciária - Orçamento onerado e desonerado

96. 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.

97. Assim, 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. Nesses termos, as planilhas para licitações de obras e serviços de engenharia devem ser avaliadas quanto ao melhor critério de tributação, seja o previsto no art. 7º da Lei nº 12.546/211 ou o estabelecido no art. 22, da Lei nº 8.212/91.

98. 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 das duas condições possíveis de recolhimento da contribuição previdenciária pelas empresas, elaborando duas planilhas, a fim de constatar qual será o mais vantajoso.**

99. O menor valor global obtido a partir dos orçamentos elaborados deverá ser utilizado como 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.

2.5.6.2. Da exigência de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART ou Registro de Responsabilidade Técnica - RRT

100. Nos termos do art. 10 do Decreto nº 7.983/2013, a anotação de responsabilidade técnica pelas planilhas orçamentárias deverá constar do projeto que integrar o edital de licitação, inclusive de suas eventuais alterações.

101. De acordo com a Súmula TCU nº 260, *“é dever do gestor exigir apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART referente a 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”*.

102. A matéria a respeito da constitucionalidade das taxas de polícias pela ART restou superada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 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"*.

103. Conforme a Nota Interna n. 02/2016/CPLC/DEPCONS/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.

104. 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.

105. **No caso, foi juntada ART/RRT conforme documento 10281234.**

2.5.7 Designação formal da comissão de licitação

106. A exigência de designação da comissão de licitação (art. 38, III, da Lei nº 8666/93) ainda não foi cumprida, razão pela qual se recomenda a correção do vício.

2.5.8 Participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

107. 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.

108. O art. 6º do referido decreto estabelece que, nos itens ou lotes de licitação cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a participação no processo licitatório deve ser exclusivamente destinada às microempresas e empresas de pequeno porte. A Orientação Normativa AGU nº 10/2009, por sua vez, pacifica a forma de aferição do valor de R\$ 80.000,00 como sendo a referente ao período de um ano da contratação.

109. Adicionalmente, vale lembrar que, de acordo com a Orientação Normativa AGU n. 47/2014, é obrigatória a participação exclusiva de ME e EPP na licitação quando os itens ou lotes/grupos tiverem valor igual ou inferior a R\$ 80.000,00.

110. Há, ainda, previsão facultativa de estabelecimento, nos instrumentos convocatórios:

1. de exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte nos termos do art. 7º do Decreto nº 8.538, de 2015;
2. de prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido nos termos do art. 9º, II, do Decreto nº 8.538, de 2015.

111. Registre-se que os tratamentos diferenciados previstos no presente tópico também se aplicam às cooperativas com receita bruta equivalente à das empresas de pequeno porte, por força do art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007.

112. Por fim, os tratamentos diferenciados devem ser afastados quando incidente alguma das situações previstas no art. 10 do Decreto nº 8.538/2015, o que requer a devida justificativa. Dispõe referido artigo:

Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do caput do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do caput deste artigo; ou

IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do caput, considera-se não vantajosa a contratação quando:

I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou

II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios.

113. 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.

2.5.9 Do Regime de Execução

114. O regime de execução deve ser sopesado pela Administração, em particular em termos de eficiência na gestão contratual.
115. 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.
116. 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.
117. Na 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).
118. Já na 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).
119. 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.
120. 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.
121. 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.
122. 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.
123. **No caso concreto, houve justificativa conforme item 3 do APÊNDICE I - TERMO DE JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS RELEVANTES (10256309):**

JUSTIFICATIVA: O regime de execução para a presente contratação é a EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO de acordo com as diretrizes acima e as seguintes considerações:

Por tratar-se de obra de reforma o dimensionamento dos itens planilhados para orçamento podem sofrer variações de quantidade em função da impossibilidade de inspecionar o “interior” de alguns elementos, tais como dos revestimentos que serão vistoriados à medida que os trechos desprendidos forem completamente removidos. Ademais, nos serviços de reforma do telhado, a Contratada será orientada pela Fiscalização a reaproveitar todo e qualquer elemento de madeira ou telhas que tenham condições de serem reutilizados como forma de garantir economicidade à União.

2.6 DAS MINUTAS PADRONIZADAS DA AGU – EDITAL E CONTRATO

124. Inicialmente, cumpre dizer que, no regime jurídico atual dos contratos de prestação de serviço, a utilização das minutas da AGU pela Administração passou a ser obrigatória (art. 35 da IN SEGES/MP nº 05/2017).

125. Dito isso, consta dos autos que foi elaborada a Minuta de Edital (10843432) e Minuta de Termo de Contrato (10842539), utilizando-se como referência o "EDITAL - TOMADA DE PREÇOS OBRAS SERVIÇOS ENGENHARIA (ATUALIZAÇÃO SET 2021) e CONTRATO - OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA (CONVITE, TOMADA DE PREÇO E CONCORRÊNCIA) - SET/2021" em "Modalidades Convencionais - Obras e Serviços de Engenharia" da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União, disponível no sítio da Advocacia-Geral da União, endereço eletrônico "<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoescontratos/modalidades-convencionais-obras-e-servicos-de-engenharia>", acessado em 08 de março de 2023, às 11:28 - o que se afigura adequado para a hipótese.

126. O Despacho Despacho SERLLC - SR-III 10843791 informa, ainda, as alterações promovidas nas minutas.

127. **Quanto à minuta de Edital**, informa a Administração que foram realizadas as seguintes alterações:

- a) Os itens destacados em vermelho itálico na Minuta disponibilizada foram preenchidos de acordo com as definições adotadas no Projeto Básico e as orientações na Minuta;
- b) Exclusão de todas as disposições concernentes às cooperativas, considerando a vedação contida no art. 10 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017;
- c) Exclusão de todas as disposições concernentes a consórcio de licitantes, eis que se optou pela vedação de tal participação. A vedação aos consórcios de licitantes se justifica na medida em que nas licitações de obra de engenharia civil do INSS é muito comum a participação de empresas de pequeno e médio porte, às quais, em sua maioria, apresentam o mínimo exigido no tocante à qualificação técnica e econômico-financeira, condições suficientes para a execução de contratos dessa natureza. A ausência de consórcio não trará prejuízos à competitividade do certame, visto que, em regra, a formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital;
- d) Exclusão com posterior renumeração dos itens 6.2 e 6.8; 7.3 e subitens; 7.4.7 e 7.4.8; 7.9 e subitens, pois não aplicável à espécie;
- e) No item 7.6.4, adotou-se o percentual de 10% (dez por cento) usualmente adotadas nas licitações do INSS e na esfera federal;
- f) Os itens 7.7.1 a 7.7.5.1 foram preenchidos conforme Projeto Básico.

128. As mudanças citadas pela Administração não descaracterizam o Edital e mantêm a integridade do documento para a finalidade pretendida, afigurando-se condizentes com o objeto da licitação.

129. **Recomenda-se, contudo, as seguintes adaptações à minuta de Edital elaborada:**

1. Excluir a referência a "sociedades cooperativas mencionadas no artigo 34 da Lei n. 11.488, de 2007," no item 6.2;
2. Verificar se o item 7.7.2, quanto às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, e o Projeto Básico, estão adequados, em especial em razão do que se expôs no parágrafo 44, 'a', deste parecer.

130. **Quanto à minuta de Contrato**, a consulente aponta a realização das seguintes adaptações, que também se afiguram condizentes com a finalidade pretendida pela Administração:

- a) Os itens destacados em vermelho itálico na Minuta disponibilizada foram preenchidos de acordo com as definições adotadas no Projeto Básico e as orientações na Minuta;
- b) Adaptação da redação dos itens 2.2 e 2.3.

131. **Recomenda-se, ainda, as seguintes alterações na minuta do Contrato apresentada:**

1. no preâmbulo, após Ministério da Previdência, substituir "por força da Medida Provisória nº 1.154, de 1º de janeiro de 2023" por "por força do Decreto nº 11.356, de 1º de janeiro de 2023". Também deverá ser alterada a referência ao Decreto nº 9.746, de 08 de abril de 2019, ante a sua revogação, pelo Decreto nº 10.995, de 14 de março de 2022;
2. no item 2.2, retirar a expressão entre parênteses "(indicar a data ou evento para o início dos serviços)";
3. todas as lacunas ainda constantes da minuta deverão ser preenchidas antes da celebração do contrato;

2.7 **DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

132. **No presente caso, não foi trazida aos autos a indispensável declaração do setor competente acerca da previsão dos recursos orçamentários necessários para fazer face às despesas decorrentes da futura contratação, indicando a respectiva rubrica, o que afronta os arts. 7º, § 2º, inciso III, e 38, caput, da Lei nº 8.666/1993. Sendo assim, a falha deverá ser corrigida antes da deflagração do certame, com a juntada aos autos da declaração de disponibilidade orçamentária, nos termos exigidos pelos dispositivos citados.**

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

134. Necessário destacar, outrossim, que o atendimento ao art. 16, incisos I e II, da Lei Complementar nº 101/2000, 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"*).

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

136. No caso, já consta do Despacho COFL - SRSE-III 10693364 que *"a presente despesa não se enquadra nas exigências do art. 16 da Lei Complementar n.º101, de 04/05/2000, uma vez que o objeto a ser contratado não representa criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa"*.

2.8 **DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL E DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO**

137. Conforme art. 38, II, da Lei nº 8666/93, deverá ser providenciada a publicação do aviso do edital no Diário Oficial da União, no sítio eletrônico oficial do órgão promotor da licitação e no endereço eletrônico <https://www.gov.br/compras/pt-br>.

138. 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.

3. **CONCLUSÃO**

139. Em face do exposto, ressalvado o juízo de mérito da Administração e os aspectos técnicos, econômicos e financeiros, que escapam à análise jurídica deste órgão de consultoria, **manifesta-se esta Procuradoria no sentido da aprovação das minutas de edital e contrato apresentadas (10843432 e 10842539), desde que atendidas as recomendações contidas neste Parecer, notadamente aquelas apontadas nos itens 18, 44, 106, 129, 131, 132, 133.**

140. **Alerta-se a Administração, apesar do entendimento jurídico consubstanciado no Parecer nº 0006/2022/CNLCA/CGU/AGU, da Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Advogado Geral da União, já citado alhures, sobre a possibilidade de inviabilização do prosseguimento da licitação, no âmbito do Sistema de Compras do Governo Federal - cuja operação é restrita aos atos discricionários das autoridades da Secretaria de Gestão -, caso a publicação do Edital, objeto do presente parecer, ocorra após a data de 31 de março de 2023, fixada no Comunicado SEGES nº 13/2023.**

141. Registre-se, outrossim, 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*".

142. Por fim, cumpre registrar que cabe a este Órgão Jurídico de execução da Procuradoria-Geral Federal prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, sem adentrar em aspectos relativos à conveniência e oportunidade dos atos praticados, nem analisar questões de natureza eminentemente técnico-administrativa ou econômico-financeira, à luz do que dispõe o art. 10 da Lei n.º 10.480, de 2 de julho de 2002 c/c art. 11, da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993 e que a presente manifestação toma por base os elementos constantes dos autos do processo administrativo em epígrafe.

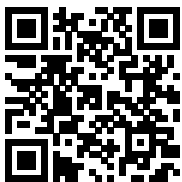
143. É o parecer, elaborado por meio do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens), assinado digitalmente.

À consideração superior.

Belo Horizonte para Rio de Janeiro, 13 de março de 2023.

CLÁUDIA BAIÃO FERNANDES DE FARIA
Procuradora Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 35014133664202112 e da chave de acesso 0dd99531



Documento assinado eletronicamente por CLÁUDIA BAIÃO FERNANDES DE FARIA, 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 1115346986 e chave de acesso 0dd99531 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CLÁUDIA BAIÃO FERNANDES DE FARIA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 13-03-2023 15:20. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
