



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS
CONGÊNERES

PARECER REFERENCIAL n. 00020/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 00737.005005/2020-76

INTERESSADOS: CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE (CONJUR/MS)

ASSUNTOS: MANIFESTAÇÃO REFERENCIAL SOBRE CONTRATAÇÕES DE ENGENHARIA PARA IMPLEMENTAÇÃO DE HOSPITAIS DE CAMPANHA

EMENTA: PARECER REFERENCIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. SITUAÇÃO EMERGENCIAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS - COVID19. LEI Nº 13.979/2020. Contratação direta, por dispensa de licitação, de serviços de engenharia referentes à elaboração de projetos, implantação e manutenção de Estruturas Hospitalares Temporárias (hospitais de campanha) para oferecer atendimento temporário com internação em leitos clínicos a pacientes infectados pelo novo coronavírus (COVID-19). Ressalvas e Recomendações. Urgente.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de demanda encaminhada a esta Consultoria Jurídica para, em conformidade com o parágrafo único do art. 38 da Lei nº. 8.666/93 e nos termos da Lei Complementar nº. 73/93, art. 11, IV, b, a elaboração de parecer jurídico referencial tendo como objeto as contratações, realizadas por dispensa de licitação, de serviços de engenharia referentes à implementação dos Hospitais de Campanha destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, fundamentada na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

2. Nesse sentido, cabe esclarecer que a presente manifestação jurídica referencial deverá ser aplicada aos processos de contratação direta, por dispensa de licitação, de serviços de engenharia referentes à elaboração de projetos, implantação e manutenção de Estruturas Hospitalares Temporárias para oferecer atendimento temporário com internação em leitos clínicos a pacientes infectados pelo novo coronavírus (COVID-19).

3. Antes de tecer considerações sobre o processo, **vale esclarecer** que a análise a ser realizada terá como base as hipóteses previstas na Lei do Coronavírus - Lei nº 13.979/20 - inclusive com as modificações em seu texto procedidas pela Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020 -, ficando a cargo da competente área técnica órgão assessorado fazer as devidas correções nas minutas e nas justificativas das aquisições de que trata a presente manifestação jurídica.

4. É o que importa relatar.

2. DAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

2.1 DA FIGURA DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

5. O procedimento ordinário contratação, por dispensa de licitação, de serviços de engenharia referentes à elaboração de projetos, implantação e manutenção de Estruturas Hospitalares Temporárias para oferecer atendimento temporário com internação em leitos clínicos a pacientes infectados pelo novo coronavírus (COVID-19), envolve a

análise prévia desta consultoria de todas as minutas e procedimentos, tendo como fundamento conferir higidez jurídica no que envolve a matéria, conforme dispõe o artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

6. No entanto, o elevado número de processos repetitivos versando sobre assuntos semelhantes tem, inevitavelmente, o efeito reflexo de tumultuar a atuação do órgão de assessoramento jurídico da Administração, embaraçando o desempenho de sua atribuição institucional. Em razão de situações como a narrada, a Advocacia Geral da União (AGU) publicou, no dia 23 de maio de 2014, a Orientação Normativa nº 55, possibilitando a figurada Manifestação Jurídica Referencial:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014

O ADVOGADO GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/200912, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993: I Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação. II Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

RETIFICAÇÃO: Na Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014, publicada no Diário Oficial da União nº 98, de 26 de maio de 2014, Seção 1, pág. 29, onde se lê: "Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014...", leia-se: "Orientação Normativa nº 55, de 23 de maio de 2014...".

7. Da leitura da Orientação Normativa em apreço, depreende-se a expressa autorização, no âmbito da AGU, para elaboração de manifestação jurídica referencial, definida como sendo aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes.

8. Dessa forma, com a manifestação jurídica referencial, os processos administrativos que veicularem consultas idênticas à enfrentada na manifestação referencial estarão dispensados de análise individualizada pelo órgão jurídico, bastando, para tanto, que as instâncias técnicas da Administração atestem, expressamente, que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação referencial adotada pela Advocacia-Geral da União.

9. A grosso modo, a manifestação jurídica referencial consiste em parecer jurídico genérico, vocacionado a balizar todos os casos concretos, cujos contornos se amoldem ao formato do caso abstratamente analisado pela CGLICI/CONJUR/MS.

10. **Trata-se, portanto, de ato enunciativo perfeitamente afinado com o princípio da eficiência** (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), que, seguramente, viabilizará o adequado enfrentamento de questões que, embora dotadas de baixa densidade jurídica, terminavam por tumultuar a agenda desta Consultoria Jurídica, dificultando a dedicação de tempo às verdadeiras questões jurídicas.

11. Tal medida já havia sido expressamente recomendada pelo Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, consoante se infere da leitura do excerto abaixo transcrito:

Embora a atividade consultiva não se confunda com as atividades da Entidade/Órgão Assessorado, o Órgão Consultivo possui importante papel no sentido de estimular a padronização e orientação geral a respeito de assuntos que despertaram ou possam despertar dúvidas jurídicas. Deste modo, é recomendável a elaboração de minutas padrão de documentos administrativos, treinamentos com os gestores e pareceres com orientações "in abstrato", a fim de subsidiar a prática de atos relacionados a projetos ou políticas públicas que envolvam manifestações repetitivas ou de baixa complexidade jurídica. (Enunciado nº 34 do Manual de Boas Práticas da Advocacia-Geral da União).

12. Além disso, é salutar registrar que a prática consultiva em referência foi analisada e aprovada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme notícia divulgada no Informativo TCU nº 218/2014:

Informativo TCU nº 218/20143. É possível a utilização, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes. Embargos de Declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), em face de determinação expedida pelo TCU à Comissão Municipal de Licitação de Manaus e à Secretaria Municipal de Educação de Manaus, alegara obscuridade na parte dispositiva da decisão e dúvida razoável quanto à interpretação a ser dada à determinação expedida. Em preliminar, após reconhecer a legitimidade da AGU para atuar nos autos, anotou o relator que o dispositivo questionado “envolve a necessidade de observância do entendimento jurisprudencial do TCU acerca da emissão de pareceres jurídicos para aprovação de editais licitatórios, aspecto que teria gerado dúvidas no âmbito da advocacia pública federal”. Segundo o relator, o cerne da questão “diz respeito à adequabilidade e à legalidade do conteúdo veiculado na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, que autoriza a emissão de ‘manifestação jurídica referencial’, a qual, diante do comando (...) poderia não ser admitida”. Nesse campo, relembrou o relator que a orientação do TCU “tem sido no sentido da impossibilidade de os referidos pareceres serem incompletos, com conteúdos genéricos, sem evidencição da análise integral dos aspectos legais pertinentes”, posição evidenciada na Proposta de Deliberação que fundamentou a decisão recorrida. Nada obstante, e “a despeito de não pairar obscuridade sobre o acórdão ora embargado”, sugeriu o relator fosse a AGU esclarecida de que esse entendimento do Tribunal não impede que o mesmo parecer jurídico seja utilizado em procedimentos licitatórios diversos, desde que trate da mesma matéria e aborde todas as questões jurídicas pertinentes. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta do relator, negando provimento aos embargos e informando à AGU que “o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo a, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma”. Acórdão 2674/2014 Plenário, TC 004.757/20149, relator Ministro Substituto André Luís de Carvalho, 8/10/2014.

13. Do acima exposto, pode-se concluir que:

- A manifestação jurídica referencial uniformiza a atuação do órgão jurídico relativamente às consultas repetitivas;
- A adoção de manifestação jurídica referencial torna desnecessária a análise individualizada de processos que versem sobre matéria que já tenha sido objeto de análise em abstrato, sendo certo que as orientações jurídicas veiculadas através do parecer referencial aplicar-se-ão a todo e qualquer processo com idêntica matéria.
- A elaboração de manifestação jurídica referencial depende da confluência de dois requisitos objetivos, a saber: i) a ocorrência de embaraço à atividade consultiva em razão da tramitação de elevado número de processos administrativos versando sobre matéria repetitiva e ii) a singeleza da atividade desempenhada pelo órgão jurídico, que se restringe a verificar o atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos; e
- a dispensa do envio de processos ao órgão jurídico para exame individualizado fica condicionada ao pronunciamento expresse, pela área técnica interessada, no sentido de que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação jurídica referencial já elaborada sobre a questão.

14. É o que se passará, agora, a fazer.

2.2 DO CABIMENTO DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL NO CASO DO ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA OCASIONADA PELA PANDEMIA DO CORONAVIRUS - COVID 19

15. Como já mencionado, a elaboração de manifestação jurídica referencial depende da comprovação, sob pena de invalidade, de dois requisitos: **i)** do volume de processos em matérias idênticas e recorrentes, que, de acordo com a ON nº 55, deve impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e, **ii)** da singeleza da atuação da assessoria jurídica nos casos analisados, que se deve restringir à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da simples conferência de documentos.

16. A hipótese aqui ventilada apresenta ainda outros contornos tendo em vista a necessidade de imprimir celeridade aos processos administrativos de contratação de serviços de engenharia para fins de implementação de Hospitais de Campanha, que, provavelmente, serão inúmeros e repetitivos, visando ao enfrentamento, pelo Estado brasileiro, da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus - covid 19.

17. Nessa esteira, insista-se, para que a análise individualizada dos processos reste dispensada, faz-se necessário que a autoridade pública competente ateste, de forma expressa, que o caso concreto tratado em cada processo administrativo se amolda aos termos da presente manifestação jurídica referencial.

18. Por fim, registre-se que a presente manifestação jurídica referencial somente abrange as contratações de serviços de engenharia referentes à elaboração de projetos, implantação e manutenção de Estruturas Hospitalares Temporárias (Hospitais de Campanha), por dispensa de licitação, considerando que a contratação de tais serviços, quando destinados ao enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, contempla situações e considerações específicas.

2.3 **FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO**

19. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados, envolvendo, também, o exame prévio e conclusivo dos textos das minutas dos editais e seus anexos.

20. Nossa função 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.

21. Importante salientar, que o exame dos autos processuais se restringe aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos (Conforme Enunciado nº 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da CGU/AGU, *“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”*).

22. De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

23. De outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

24. Assim sendo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, bem como, os atos normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do feito.

25. Finalmente, é nosso dever salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

2.4 **REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO**

26. De acordo com o art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

27. Com efeito, no que pertine especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, conforme artigo 38 da Lei nº 8.666, de 1993, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são pertinentes, iniciando-se com a devida autuação, com a correspondente protocolização e numeração, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, contendo, na medida do possível, no máximo, 200 folhas:

28. Neste sentido a Orientação Normativa AGU nº 2, de 1º de abril de 2009 dispõe:

Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento.

29. É certo que tais normas devem ser adaptadas e aplicadas, naquilo que couber, ao processo eletrônico.

30. Deste modo, como se observa, todos os atos administrativos referentes a contratos e seus aditivos devem integrar o mesmo processo administrativo, físico ou eletrônico, com os eventos dispostos em ordem cronológica, conforme a Orientação Normativa AGU n. 02/2009. **É irregular a abertura de novos processos – novos NUPs (número único de protocolo) para cada ocorrência verificada na história daquela contratação, a exemplo de um novo processo para eventual aditivo quantitativo ou novo processo para a prorrogação.**

31. Dessa maneira, sugere-se à autoridade assessorada a observância de tais diretrizes quando da formalização dos processos de contratação direta, por dispensa de licitação, de serviços de engenharia referentes à implementação dos hospitais de campanha destinados ao enfrentamento da pandemia do coronavírus - covid 19.

3. **DO MÉRITO: DA ANÁLISE DOS REQUISITOS JURÍDICOS PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA REFERENTES À IMPLEMENTAÇÃO DOS HOSPITAIS DE CAMPANHA COM A FINALIDADE DE COMBATE À EMERGÊNCIA DO CORONAVÍRUS - COVID 19 POR MEIO DE CONTRATAÇÃO DIRETA, ATRAVÉS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO.**

3.1 **DA APLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 3, DE 15 DE ABRIL DE 2020, ÀS CONTRATAÇÕES REFERENTES À IMPLEMENTAÇÃO DOS HOSPITAIS DE CAMPANHA PARA O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS - COVID 19.**

32. No dia 15 de abril de 2020 foi editada a Resolução nº 3 do Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da COVID-19, a qual "*Institui Grupo de Trabalho para a Coordenação de Ações Estratégicas para Construção de Hospitais de Campanha Federais e Logística Internacional de Equipamentos Médicos e Insumos de Saúde, em resposta aos impactos relacionados ao coronavírus, no âmbito do Comitê de Crise da Covid-19*".

33. A referida norma trouxe algumas disposições que impactam diretamente sobre as contratações a que se refere o presente parecer, motivo pelo qual serão feitos alguns comentários a respeito do tema no presente tópico.

34. Em primeiro lugar, é necessário esclarecer que a citada Resolução nº 3 estabeleceu, dentro do contexto das contratações realizadas para o enfrentamento da situação emergencial acarretada pela situação emergencial da

pandemia do coronavírus - covid 19, uma divisão de competências institucionais no intuito de racionalizar a adoção das medidas adotadas pelo Estado brasileiro para lidar com os impactos da disseminação da referida moléstia.

35. Nesse contexto, dispõe o art. 2º da referida Resolução nº 3:

Art. 2º Ao Grupo de Trabalho compete:

I - coordenar, receber pedidos e estabelecer critérios para atendimento à necessidade de construção de hospitais de campanha federais e de logística internacional de equipamentos médicos e insumos de saúde para enfrentamento à covid-19;

II - elaborar termo de referência simplificado ou projeto básico simplificado de que trata o art. 4º-E da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, referente à contratação dos hospitais de campanha federais e da logística internacional de equipamentos médicos e insumos de saúde, acompanhado de justificativas e documentos que dão suporte a sua elaboração, tais como:

a) estimativa de preços ou a justificativa para sua dispensa; e

b) razões de escolha do fornecedor.

III - encaminhar a documentação de que trata o inciso II do caput, para adoção das providências cabíveis quanto à contratação:

a) ao Ministério da Saúde, quando se tratar de contratação referente aos hospitais de campanha federais e aquisição de equipamentos médicos e insumos de saúde; e

b) ao Ministério da Infraestrutura, quando se tratar de contratação referente à logística internacional de equipamentos médicos e insumos de saúde.

§ 1º Ao Ministério contratante caberá a instrução do processo de contratação, bem como a gestão administrativa do contrato, com apoio do Grupo de Trabalho.

§ 2º O Grupo de Trabalho utilizará as minutas padrão disponibilizadas pela Advocacia-Geral da União, adequando-as conforme as especificidades de cada contratação.

36. Como se poder perceber da leitura do texto do art. 2º, da referida Resolução nº 3, estabeleceu-se uma divisão de funções entre o Grupo de Trabalho para a Coordenação de Ações Estratégicas para Construção de Hospitais de Campanha Federais e Logística Internacional de Equipamentos Médicos e Insumos de Saúde e os ministérios no que toca às contratações referentes ao enfrentamento da pandemia do coronavírus - covid 19.

37. Dessa maneira, vê-se pelo art. 2º da Resolução nº 3 atribuiu ao citado Grupo de Trabalho a missão de atuar na fase preparatória às contratações envolvendo Hospitais de Campanha Federais e Logística Internacional de Equipamentos Médicos e Insumos de Saúde para o enfrentamento da emergência decorrente da pandemia do coronavírus - covid 19.

38. Já aos Ministérios da Saúde e da Infraestrutura, a citada resolução estabeleceu que a sua atuação se dará em fase posterior, cabendo-lhe as tarefas de instrução do processo de contratação e de gestão administrativa dos contratos eventualmente firmados, com apoio do Grupo de Trabalho, conforme disposto no § 1º, do seu art. 2º: "(...) Ao Ministério contratante caberá a instrução do processo de contratação, bem como a gestão administrativa do contrato, com apoio do Grupo de Trabalho (...)".

39. Dessa maneira, de acordo com o art. 2º, inciso I, da supramencionada Resolução nº 3/20, cabe ao Grupo de Trabalho para a Coordenação de Ações Estratégicas para Construção de Hospitais de Campanha Federais e Logística Internacional de Equipamentos Médicos e Insumos de Saúde "(...) coordenar, receber pedidos e estabelecer critérios para atendimento à necessidade (...) " das contratações referentes a tais ações governamentais.

40. Além disso, de acordo com o art. 2º, inciso II, estabeleceu-se que a competência para que o Grupo de Trabalho para a Coordenação de Ações Estratégicas para Construção de Hospitais de Campanha Federais e Logística Internacional de Equipamentos Médicos e Insumos de Saúde elabore *"termo de referência simplificado ou projeto básico simplificado de que trata o art. 4º-E da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020"* das contratações referentes às medidas afetas ao seu objeto de trabalho.

41. É de se destacar que o já citado art. 2º, inciso II, da Resolução nº 3/20, prevê que o termo de referência ou projeto básico simplificado a ser entregue pelo Grupo de Trabalho para a Coordenação de Ações Estratégicas para Construção de Hospitais de Campanha Federais e Logística Internacional de Equipamentos Médicos e Insumos de Saúde, deverá se fazer acompanhar de: a) estimativa de preços ou a justificativa para sua dispensa; e b) razões de escolha do fornecedor, tendo assim incumbido o referido Grupo de Trabalho da realização de tais diligências.

42. Assim é que, após a realização de tais diligências preparatórias, o inciso III, do art. 2º da Resolução nº 3 em análise determina ao Grupo de Trabalho que este proceda ao encaminhamento da documentação produzida ao Ministério contratante, para que sejam adotadas as providências cabíveis quanto à contratação.

43. No ponto, é interessante registrar que a referida Resolução nº 3 estabeleceu uma divisão de competências entre os Ministérios da Saúde e da Infraestrutura em relação ao objeto da contratação a ser realizada para o enfrentamento da pandemia do coronavírus - covid 19.

44. Dessa maneira, a alínea "a", do art. 3º, inciso III, da supracitada Resolução nº 3/20 determina ao Grupo de Trabalho a remessa da documentação previamente produzida *"ao Ministério da Saúde, quando se tratar de contratação referente aos hospitais de campanha federais e aquisição de equipamentos médicos e insumos e saúde"* para adoção das providências cabíveis quanto a contratação.

45. Por outro lado, aquela norma, na alínea "b", do inciso III, do seu art. 3º, determina a realização do mesmo encaminhamento: *"(...) ao Ministério da Infraestrutura, quando se tratar de contratação referente à logística internacional de equipamentos médicos e insumos de saúde (...)".*

46. Portanto, não pairam dúvidas de que, à luz da resolução ora em epígrafe, o Ministério da Saúde **possui competência para a realização da instrução dos processos, bem como da gestão administrativa dos contratos referentes à elaboração de projetos, implantação e manutenção de Estruturas Hospitalares Temporárias (Hospitais de Campanha) para oferecer atendimento temporário com internação em leitos clínicos a pacientes infectados pelo novo coronavírus**, em relação as quais se aplica o presente parecer.

47. Cumpre ainda registrar que o § 2º, do art. 2º, da referida Resolução nº 03/20, estabelece que *"O Grupo de Trabalho utilizará as minutas padrão disponibilizadas pela Advocacia-Geral da União, adequando-as conforme as especificidades de cada contratação"*, de maneira que a utilização das minutas fornecidas pela AGU - com as devidas adaptações exigidas pelo caso concreto - faz-se imperiosa na para as contratações de que trata o presente parecer referencial.

48. Assim, uma vez feitas tais considerações, recomenda-se a observância das normas estabelecidas na Resolução nº 3, de 15 de abril de 2020, nas contratações referentes aos processos de contratação direta, por dispensa de licitação, de serviços de engenharia referentes à elaboração de projetos, implantação e manutenção de Estruturas Hospitalares Temporárias para oferecer atendimento temporário com internação em leitos clínicos a pacientes infectados pelo novo coronavírus (COVID-19) de que trata a presente manifestação jurídica referencial.

3.2 **DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL**

49. De acordo com o Manual de Boas Práticas Consultivas, da Consultoria-Geral da União, no enunciado 11:

As licitações e contratações sustentáveis constituem política pública relevante para a Administração, cabendo aos Órgãos Consultivos, mediante suas práticas e manifestações nos processos submetidos a seu exame, fomentar e sedimentar a sua instrumentalização para a construção de um meio ambiente sustentável.

50. Tendo por fundamento os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os artigos 3º e 225, da Constituição Federal e legislação, há um poder-dever do gestor público na realização de licitações sustentáveis, considerando aspectos ambientais, sociais, econômicos e de acessibilidade. Assim, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é diretriz a ser observada nas contratações realizadas pela administração pública federal, ao lado da garantia de observância do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

51. O Decreto 7.746/12, alterado parcialmente pelo Decreto 9.178/17, regulamentou o artigo 3º, da Lei 8.666/93 e, na efetivação do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, o órgão assessorado deve atentar-se na contratação incidem critérios e práticas (artigos 3º e 4º) de sustentabilidade.

52. Os critérios e práticas de sustentabilidade devem constar como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial, de acordo com o disposto no inciso IV do caput do artigo 30 da Lei 8.666/93. Em subsídio:

1.10. Dar ciência à (...) sobre as seguintes impropriedades: 1.10.2. falta de aplicação de critérios e práticas de sustentabilidade, que contribuem para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, em suas contratações, o que afronta o art. 3º da Lei 8666/1993. ACÓRDÃO Nº 32/2015 - TCU - 2ª Câmara . Processo TC-034.526/2011-0 (PRESTAÇÃO DE CONTAS - Exercício: 2010) relator Raimundo Carreiro

(...) as chamadas licitações sustentáveis constituem importante instrumento a ser adotado pelas entidades públicas para, utilizando seu significativo poder de compra, induzir o setor produtivo a adotar processos de produção ambientalmente mais sustentáveis.

(Acórdão 0691-04/13-2 - 2ª. Câmara)

53. Uma contratação é sustentável nas diversas fases:

a) previamente no planejamento do que (especificação do objeto) e como contratar (obrigação da contratada);

b) na observância da legislação de sustentabilidade e acessibilidade incidente;

c) na execução contratual; e

d) no gerenciamento socioambiental adequado das embalagens e resíduos decorrentes da contratação.

54. Assim, em relação às contratações cotidianamente realizadas no âmbito da Administração Pública, tais cautelas devem ser tidas como de observância obrigatória pelo órgão assessorado.

55. **Contudo, em relação à hipótese específica das contratações realizadas para o combate à emergência decorrente da pandemia do coronavírus - covid 19, devem ser feitas algumas considerações vislumbrando as especificidades da legislação que norteia as contratações realizadas para o combate àquela pandemia.**

56. Nessa senda, deve-se observar que foram acrescidos itens referentes ao regime da Lei nº 13.979/20, bem como houve a remoção de todos os itens não reputados como estritamente necessários, dado que as contratações feitas nessa conjuntura normalmente são urgentes.

57. Nesse sentido, conforme observou a Câmara Nacional de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União, por meio do PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU, opinou-se pela dispensa da obrigatoriedade de checagem do guia de licitações sustentáveis.

58. Considerou-se que a busca por requisitos ambientais específicos nas licitações e contratações urgentes envolvendo o enfrentamento dessa crise, eventualmente sobressalentes ao atendimento da necessidade em si, poderia vir a comprometer justamente o objetivo principal os procedimentos diferenciados de contratação de privilegiar a proteção da

vida e da dignidade da pessoa humana, razão pela qual optou-se por não inserir tal ordem de indagações nessas demandas, ao menos como uma exigência jurídica.

59. Assim, tudo indica que parece incidir a ressalva constante do trecho final do PARECER N°00026/2016/DECOR/ CGU/AGU, que uniformizou a exigência de alguns aspectos ambientais no âmbito da Consultoria Geral da União:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS. EXIGÊNCIA DE CRITÉRIOS E PRÁTICAS DE SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. CADASTRO TÉCNICO FEDERAL DO IBAMA. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO E REGULARIDADE. DESTINATÁRIOS. FABRICANTES E FORNECEDORES.

1. A dimensão objetiva do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na Constituição Federal (art. 225, caput) e em tratados internacionais, bem como a natureza *propter rem* das relações jurídico-ambientais atinentes à transferência de titularidade de coisas, permitem concluir que a Administração tem o dever constitucional de exigir os critérios de sustentabilidade socioambiental nas contratações públicas, entre eles o registro no Cadastro Técnico Federal, acompanhado do respectivo Certificado de Regularidade, nos termos da Lei nº 6.938/81 e da Instrução Normativa nº 6/2013, do IBAMA. 5. Os argumentos contrários a exigências dessa natureza em face não só de fabricantes, mas igualmente dos licitantes, devem ser submetidos ao crivo do princípio da proibição do retrocesso ambiental, à luz do caso concreto, porquanto a mitigação da proteção ambiental induz presunção de inconstitucionalidade, salvante as justificativas técnicas e jurídicas que se coadunem com os discursos constitucional e internacional, observado o postulado normativo da proporcionalidade e, eventualmente, a concordância prática. (negritos do original, sublinhados meus)

60. Dessa maneira, conforme ressaltou a Câmara de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União, por meio do PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU, “(...) diante da necessidade de atuação urgente da Administração, optou-se por seguir a diretriz normativa de se diminuir o iter procedimental até se chegar à contratação almejada, deixando-se de inserir exigências de caráter ambiental, para não correr o risco de, com isso, aumentar a perda de vidas humanas(...)”.

61. Como se vê do trecho acima, os argumentos contrários a exigências dessa natureza devem ser submetidos primeiramente ao crivo do princípio da proibição do retrocesso ambiental, o que realmente não é o caso nas contratações no âmbito do enfrentamento da pandemia, porque se busca justamente preservar a vida e a saúde.

62. Entretanto, isso não impede que o gestor adote tais medidas nos processos de sua competência, caso reúna as condições de fazê-lo.

3.3 DISPENSA CORONAVÍRUS - ART. 4º DA LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020

63. Conforme já exposto anteriormente, trata-se de manifestação jurídica referencial alusiva às contratações diretas, realizadas por dispensa de licitação, de serviços de engenharia referentes à elaboração de projetos, implantação e manutenção de Estruturas Hospitalares Temporárias (Hospitais de Campanha) para oferecer atendimento temporário com internação em leitos clínicos a pacientes infectados pelo novo coronavírus (COVID-19).

64. Dessa forma, o estudo em epígrafe trata em essência de contratações de serviços de engenharia, por meio de dispensa de licitação, fundamentada no art. 4º Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com a finalidade de enfrentamento da pandemia do coronavírus – COVID 19.

65. Como bem demonstra a leitura do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a regra é que as contratações realizadas pela Administração Pública sejam precedidas da realização de licitação, sendo a contratação direta medida excepcional, cuja prática somente é permitida nos casos expressamente previstos na legislação pátria:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...)

66. No entanto, o Estado brasileiro encontra-se diante de uma situação de emergência de saúde pública internacional, que reclama, e ainda reclamará por tempo incerto medidas extraordinárias por parte das autoridades públicas, como as previstas na Lei nº 13.979, de 2020, recentemente modificada pela Medida Provisória nº 926, do mesmo ano.

67. Entre elas, o art. 4º admite a dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

§ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

68. É importante esclarecer que emergência é a situação decorrente de fatos imprevisíveis que impõem imediatas providências por parte da Administração sob pena de potenciais prejuízos.

69. Nesse contexto é que, no Direito Administrativo brasileiro, como regra geral, exige-se do gestor que evidencie cabalmente o risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares para que possa valer-se do instituto da contratação direta por dispensa de licitação, uma vez que se trata de instituto excepcional à regra constitucionalmente consagrada da realização de procedimento licitatório para selecionar os contratantes da Administração Pública.

70. Essa é a interpretação que deflui da leitura conjugada do texto do supramencionado inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal com as disposições na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93):

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...)

Lei nº 8.666/93

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

(...)

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

(...)

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

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

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.
(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Outro não é o entendimento de Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética, 12ª edição, 2008, p. 292):

No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores."

71. Contudo, sabe-se que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) dispõe em seu art. 2º:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

72. Por sua vez, o art. 8º da Lei nº 13.979/20 dispõe que: "(...) Esta Lei vigorará enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, exceto quanto aos contratos de que trata o art. 4º-H, que obedecerão ao prazo de vigência neles estabelecidos (...)".

73. Dessa maneira, enquanto norma excepcional, especial e temporária, Lei nº 13.979/20 trouxe regramento específico para a realização da contratação direta de bens, **serviços, inclusive de engenharia**, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de maneira a conferir a otimizar a celeridade de tais contratações e assim possibilitar ao Estado a adoção das medidas sanitárias pertinentes na velocidade adequada às exigências que a situação emergencial ora vivenciada impõe aos órgãos de saúde pública brasileiros.

74. Trata-se, portanto, de medida legislativa que atende ao **princípio da "proporcionalidade"**, uma vez que **a excepcional flexibilização do procedimento das contratações públicas ora procedida é medida razoável, necessária e adequada à salvaguarda dos direitos fundamentais à "vida" (art. 5º, caput, da Carta da República) e à "saúde" (arts. 6º, 7º, inciso IV; e 196, da Constituição Federal) da população brasileira.**

75. Por tal razão, a Medida Provisória nº 926/2020 inseriu na Lei nº 13.979/20 o art. 4º - B, o qual dispõe:

Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - ocorrência de situação de emergência; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

76. Dessa maneira, nas contratações diretas realizadas com fundamento na Lei nº 13.979/20 com vistas ao combate à pandemia do coronavírus – covid 19, o gestor está dispensado de comprovar a existência das seguintes situações: a) ocorrência de situação de emergência; b) necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; c) existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e d) limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

77. Nesse contexto, a Câmara de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União, por meio do **PARECER n. 00006/2020/CNMLC/CGU/AGU**, considerou que nas contratações realizadas com fundamento na Lei nº 13.979/20 não se aplica a prioridade do uso do instituto da licitação ante a dispensa, incumbindo ao gestor apenas justificar a escolha de uma daquelas opções, sem a necessidade adicional de ter de se desvencilhar de qualquer ônus argumentativo decorrente de presunção ou preferência pela licitação:

(...)

Considerando esse contexto, não se entende ser razoável "importar" o mesmo raciocínio de aplicação da licitação como regra e da dispensa como exceção para as contratações feitas com esteio na Lei nº 13.979/20, seja por ausência de determinação legal, seja por afrontar a mens legis, a intenção de dar ao gestor o maior número de opções possíveis para atender à demanda que lhe foi apresentada.

Desse modo, incumbe apenas ao gestor justificar a escolha da licitação ou da dispensa, conforme o caso, em razão do seu dever de motivar os próprios atos, sem a necessidade adicional de ter de se desvencilhar de qualquer ônus argumentativo decorrente de presunção ou preferência pela licitação (...).

78. De todo modo, importa alertar ao órgão assessorado que o exposto sobre o regime de contratação direta tratado no presente tópico restringe-se **às contratações fundamentadas pelo art. 4º, da Lei nº 13.979 de 2020 - caso das contratações de serviços de engenharia para a construção de Hospitais de Campanha destinados ao enfrentamento da pandemia do coronavírus - covid 19 -, não se aplicando às contratações diretas emergenciais fundamentadas no inciso IV, do artigo 24, da Lei nº 8.666/93.**

3.4 FORMALIDADES PREVISTAS NA LEI Nº 13.979 DE 2020

79. Analisada a questão referente à possibilidade de contratação de serviços de engenharia referentes à implementação de hospitais de campanha para o enfrentamento da pandemia do coronavírus- covid 19, mediante dispensa de licitação, prevista no art. 4º, da Lei nº 13.979, de 2020, cumpre agora examinar a observância dos requisitos impostos na própria lei para a realização direta de tais avenças administrativas.

80. Vale mencionar que, com as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 926, de 2020, na Lei nº 13.979, de 2020, foram criadas formalidades no procedimento, de modo que, por ser específico à situação em tela, não deverá mais ser aplicado o art. 26, da Lei nº 8.666, de 1993, salvo no que for cabível.

81. Dispõe a Lei nº 13.979 de 2020 que:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o **caput** deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no [§ 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011](#), o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

§ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

Art. 4º-A A aquisição de bens e a contratação de serviços a que se refere o **caput** do art. 4º não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

I - ocorrência de situação de emergência; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, **não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns.** [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, **será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.** [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o **caput** conterá: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

I - declaração do objeto; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

II - fundamentação simplificada da contratação; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

III - descrição resumida da solução apresentada; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

IV - requisitos da contratação; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

V - critérios de medição e pagamento; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

a) Portal de Compras do Governo Federal; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

b) pesquisa publicada em mídia especializada; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

d) contratações similares de outros entes públicos; ou [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

VII - adequação orçamentária. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do **caput**. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do **caput** não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do **caput** do art. 7º da Constituição. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

(...)

Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

Art. 4º-I Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

A) DAS CONDIÇÕES PARA A DISPENSA DE LICITAÇÃO

82. Para as contratações destinadas ao enfrentamento do coronavírus, conforme dispõe o art. 4º-B, da Lei nº 13.979, de 2020, presumem-se atendidas as condições de ocorrência de situação de emergência, necessidade de pronto atendimento dessa situação, existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares e limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

83. Senão vejamos:

Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

I - ocorrência de situação de emergência; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#).

84. Dessa forma, nos casos de contratação de serviços para o enfrentamento da situação decorrente do coronavírus, fica dispensada a comprovação dos requisitos acima mencionados, já que o legislador estabeleceu a presunção normativa do seu devido atendimento.

85. No entanto, a Administração Pública somente poderá contratar nos limites estabelecidos naquela lei. Com efeito, a hipótese de dispensa de licitação temporária estabelecida na Lei nº 13.979/20, "*aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus*" (art. 4º, § 1º), não sendo possível ultrapassar tais limites circunstanciais e temporais.

86. **Vale mencionar ainda que, apesar de presumido o atendimento dos pressupostos caracterizadores da dispensa de que trata a Lei nº 13.979, de 2020, a justificativa da contratação deverá ser providenciada pela própria Autoridade competente, a qual deve expor os fundamentos técnicos para o ato a ser realizado.**

87. Nesse contexto, cabe reiterar que a Resolução nº 3 do Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid -19, em seu art. 2º, estabeleceu ser tal competência do Grupo de Trabalho para a Coordenação de Ações Estratégicas para Construção de Hospitais de Campanha Federais e Logística Internacional de Equipamentos Médicos e Insumos de Saúde:

Art. 2º Ao Grupo de Trabalho compete:

I - coordenar, receber pedidos e estabelecer critérios para atendimento à necessidade de construção de hospitais de campanha federais e de logística internacional de equipamentos médicos e insumos de saúde para enfrentamento à covid-19;

II - elaborar termo de referência simplificado ou projeto básico simplificado de que trata o art. 4º-E da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, referente à contratação dos hospitais de campanha federais e da logística internacional de equipamentos médicos e insumos de saúde, acompanhado de justificativas e documentos que dão suporte a sua elaboração, tais como:

a) estimativa de preços ou a justificativa para sua dispensa; e

b) razões de escolha do fornecedor.

88. De todo modo, cumpre apenas alertar que, em uma manifestação jurídica como a que ora se procede, não cabe ao órgão de Consultoria Jurídica imiscuir-se no mérito da justificativa apresentada pela Autoridade, de tal sorte que, as considerações ora feitas devem ser encaradas apenas como um alerta para que, caso a Autoridade julgue oportuno, em prol da sua própria segurança, determine diligências ou complementação de justificativas apresentadas.

B) DO PLANEJAMENTO SIMPLIFICADO DA CONTRATAÇÃO

89. A IN Nº 05, de 2017, trouxe a necessidade de que o órgão administrativo, na contratação de cada serviço, obedeça a um rol de etapas com a finalidade de melhor definir, justificar e estabelecer as necessidades da Administração.

90. Logo de início, o artigo 1º daquela Instrução Normativa, estabelece:

Art. 1º As contratações de serviços para a realização de tarefas executivas sob o regime de execução indireta, por órgãos ou entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, observarão, no que couber:

I - as fases de Planejamento da Contratação, Seleção do Fornecedor e Gestão do Contrato;

II - os critérios e práticas de sustentabilidade; e

III - o alinhamento com o Planejamento Estratégico do órgão ou entidade, quando houver

91. Nesse sentido, o artigo 20 da citada IN Nº 05, de 2017, esclarece que o planejamento de cada contratação deve atender às seguintes etapas:

- Estudos Preliminares;
- Gerenciamento de Riscos; e
- Termo de Referência ou Projeto Básico

92. No entanto, a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, aplicada na presente contratação, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública relacionada ao coronavírus, em seu artigo 4º-C, determina o seguinte: "(...) Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, **não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns (...)** (grifei)".

93. Em um primeiro momento, **tratando acerca dos Estudos Preliminares da Contratação, a novel lei dispensa sua elaboração para "as contratações de bens, serviços e insumos de saúde necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei", quando se tratar de bens e serviços comuns.**

94. No caso da presente manifestação jurídica referencial, cuida-se de contratações diretas, através de dispensa de licitação, **de serviços de engenharia referentes de serviços de engenharia referentes à elaboração de projetos, implantação e manutenção de Estruturas Hospitalares Temporárias (Hospitais de Campanha) para oferecer atendimento temporário com internação em leitos clínicos a pacientes infectados pelo novo coronavírus (COVID-19).**

95. Dessa maneira, deve-se estabelecer que **a possibilidade de dispensa dos Estudos Preliminares à contratação, conferida pelo art. 4º -C da Lei nº 13.979/20, está condicionada ao ateste fundamentado e justificado área competente atestar que os serviços a serem contratados são de "natureza comum".**

96. No mesmo sentido foi o entendimento exarado pela Câmara de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União no **PARECER n. 00006/2020/CNMLC/CGU/AGU:**

No Parecer nº 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU foi enfatizada a dispensa, prevista no art. 4º-C da Lei nº 13.979/20, de realização de Estudos Preliminares e Gerenciamento de Riscos, quando se

tratar de bens ou serviços de natureza "comum".

A lei regula duas formas de contratação: a dispensa de licitação (art. 4º) e o pregão eletrônico (art. 4º-G). Este, por natureza, se limita a bens e serviços comuns, mas a dispensa, a priori, pode incidir sobre bens e serviços comuns ou não.

Quando da elaboração do Parecer supracitado e dos documentos de contratação relativos a aquisições e prestações de serviços em geral optou-se por ignorar a possibilidade de dispensa para bens ou serviços não-comuns (e a necessidade de estudos preliminares em tais casos) por entendermos se tratar de situação tão excepcional e específica que o documento-modelo correria riscos de, ainda assim, ser ineficiente, por tratar de uma ocorrência de raríssima incidência e com tantas peculiaridades (em regra) que ainda assim seriam necessários vários ajustes e alterações. Isso não significa que os bens e serviços não-comuns também teriam o planejamento da contratação dispensado - a eles simplesmente não se aplica nem a lei nem o parecer, já que nenhum os aborda nesse ponto.

No caso de serviços de engenharia, entretanto, a situação se modifica. Não é de todo incomum haver a contratação de serviços não-comuns de engenharia e o regramento destes, no que concerne à instrução processual (leia-se: lista de verificação) ou aos documentos de contratação (projeto básico e minuta contratual), é bastante similar ao dos serviços comuns, quando ambos forem contratados por dispensa de licitação.

*Por essa razão, é importante fazer o presente alerta: o art. 4º da Lei nº 13.979/20 é aplicável para serviços de engenharia de qualquer natureza, comuns ou não. Da mesma forma, os modelos anexos a este parecer podem ser utilizados em qualquer uma dessas situações. **Entretanto, incumbe à área demandante qualificar o serviço como comum ou não (mesmo sendo uma dispensa!) e sendo caracterizado como serviço não-comum é necessário que se façam os estudos preliminares nos moldes previstos na IN SEGES/MP nº 5/2017, no que couber, considerando a exigência de Projeto Básico Simplificado prevista no art. 4º-E, §1º a Lei nº 13.979/20.***

97. De qualquer maneira, mesmo que em sendo positiva a decisão em comento, cumpre esclarecer que a lei estabelece a dispensa dos Estudos Técnicos preliminares como faculdade, de forma que se o órgão entender que é necessária a realização de tal documento, este poderá ser elaborado.

98. Em sequência, a Lei nº 13.979/20 dispõe em seu art. 4º -D que: "(...) O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato (...)".

99. Já em relação à elaboração do Projeto Básico, a Lei 13.979/2020 estabelece a possibilidade de elaboração de um documento simplificado, nos seguintes termos:

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterá:

I - declaração do objeto;

II - fundamentação simplificada da contratação;

III - descrição resumida da solução apresentada;

IV - requisitos da contratação;

V - critérios de medição e pagamento;

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:

- a) Portal de Compras do Governo Federal;*
- b) pesquisa publicada em mídia especializada;*
- c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;*
- d) contratações similares de outros entes públicos; ou*
- e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e*

VII - adequação orçamentária.

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput.

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos.

100. Assim, nos casos em que a autoridade competente julgue necessária, a fase de planejamento da contratação poderá ser simplificada, nos termos da Lei n. 13.979/2020, de forma que haja o enfrentamento da situação de emergência pandêmica referida naquela norma legal.

101. Nesse contexto, cabe reiterar que a Resolução nº 3 do Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid -19, em seu art. 2º, estabeleceu ser do Grupo de Trabalho para a Coordenação de Ações Estratégicas para Construção de Hospitais de Campanha Federais e Logística Internacional de Equipamentos Médicos e Insumos de Saúde a elaboração dos Projetos Básicos Simplificados **referente às contratações envolvendo a construção de hospitais de campanha federais**, realizadas com fundamento na Lei nº 13.979/20:

Art. 2º Ao Grupo de Trabalho compete:

I - coordenar, receber pedidos e estabelecer critérios para atendimento à necessidade de construção de hospitais de campanha federais e de logística internacional de equipamentos médicos e insumos de saúde para enfrentamento à covid-19;

II - elaborar termo de referência simplificado ou projeto básico simplificado de que trata o art. 4º-E da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, referente à contratação dos hospitais de campanha federais e da logística internacional de equipamentos médicos e insumos de saúde, acompanhado de justificativas e documentos que dão suporte a sua elaboração, tais como:

- a) estimativa de preços ou a justificativa para sua dispensa; e*
- b) razões de escolha do fornecedor.*

102. **Portanto, cabe a área técnica competente, mediante atuação de sua inteira responsabilidade, certificar-se de que o projeto básico da presente contratação encontra-se em consonância com as exigências do art. 4º - E, da Lei nº 13.979/2020.**

C) DISPONIBILIZAÇÃO EM SÍTIO OFICIAL ESPECÍFICO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET)

103. A Lei nº 13.979 de 2020, em seu art. 4º, §2º, estatui a necessidade de ampla divulgação dos processos de compra ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus - covid 19, vejamos:

(...)

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

(...)

104. Embora não se descuide que o referido parágrafo está situado em artigo cujo *caput* estabeleça hipótese de contratação direta por dispensa de licitação, fato é que a Medida Provisória nº 926/2020 trouxe modificações supervenientes ao texto da Lei nº 13.979/2020, as quais estabeleceram procedimentos específicos para as contratações precedidas de licitação realizadas com a finalidade de combate à situação de emergência de saúde causada pela pandemia do coronavírus - covid19.

105. Logo, em tendo o § 2º do art. 4º, da Lei nº 13.979/2020, disposto que a obrigação de divulgação na internet são aplicáveis a "todas as contratações ou aquisições realizadas" com fulcro naquele diploma normativo, a interpretação estrita de tal disposição parece ser a mais correta, no sentido de que tal obrigação aplica-se a todas as contratações fundamentadas naquela lei, independentemente de serem realizadas de forma direta ou através da prévia realização de procedimento licitatório.

106. O mesmo raciocínio se aplica aos aditamentos contratuais, os quais devem seguir a mesma sorte do principal, até para que haja unidade na forma de divulgação da mesma informação.

107. Assim sendo, a legislação, ponderando a incontestável emergência de saúde pública internacional decorrente do coronavírus, simplificou o modo de atendimento do princípio da publicidade de todas as contratações ou aquisições realizadas com fundamento na referida norma, sendo despendida, por conseguinte, a publicação específica do ato de dispensa, ou do extrato do próprio contrato administrativo, bem como dos respectivos aditivos contratuais na Imprensa Nacional.

108. **Dessa forma, toda e qualquer contratação fundamentada na Lei nº 13.979, de 2020 deverá ser disponibilizada na internet, contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição, conforme determina a lei.**

D) DA ESTIMATIVA DE PREÇOS

109. Com relação à justificativa do preço, trata-se de um dever imposto ao Administrador, que tem por finalidade confirmar a razoabilidade do valor da contratação, conferindo por consequência, probidade e moralidade ao ajuste.

110. A necessidade da justificativa do preço decorre dos princípios da motivação, da economicidade, legalidade, legitimidade e da razoabilidade, bem como da imperiosa necessidade de bem atender o interesse público, por meio de uma gestão eficiente e proba dos recursos públicos. Trata-se de dever da Autoridade assessorada, responsável pela gestão dos recursos públicos a ela confiados.

111. Ou seja, por força do previsto no art. 25, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/1993, deve ser evitada a qualquer custo a configuração de superfaturamento de preços, que constitui causa de vício na contratação:

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

(...)

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

112. Normalmente costuma-se orientar os gestores para o disposto no Decreto nº 7.983, de 08 de abril de 2013, o qual estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, estabelece regras da seguinte forma:

CAPÍTULO II

DA ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO DE REFERÊNCIA DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

Art. 3º O custo global de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

Parágrafo único. O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal - CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

[...]

Art. 5º O disposto nos arts. 3º e 4º não impede que os órgãos e entidades da administração pública federal desenvolvam novos sistemas de referência de custos, desde que demonstrem sua necessidade por meio de justificativa técnica e os submetam à aprovação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Parágrafo único. Os novos sistemas de referência de custos somente serão aplicáveis no caso de incompatibilidade de adoção dos sistemas referidos nos arts. 3º e 4º, incorporando-se às suas composições de custo unitário os custos de insumos constantes do Sinapi e Sicro.

Art. 6º Em caso de inviabilidade da definição dos custos conforme o disposto nos arts. 3º, 4º e 5º, 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. 7º Os órgãos e entidades responsáveis por sistemas de referência deverão mantê-los atualizados e divulgá-los na internet.

Art. 8º Na elaboração dos orçamentos de referência, os órgãos e entidades da administração pública federal poderão adotar 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 a ser orçado em relatório técnico elaborado por profissional habilitado.

Parágrafo único. Os custos unitários de referência da administração pública poderão, somente em condições especiais justificadas em relatório técnico elaborado por profissional habilitado e aprovado pelo órgão gestor dos recursos ou seu mandatário, exceder os seus correspondentes do sistema de referência adotado na forma deste Decreto, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle, dispensada a compensação em qualquer outro serviço do orçamento de referência.

Art. 9º O preço global de referência será o resultante do custo global de referência acrescido do valor correspondente ao BDI, que deverá evidenciar em sua composição, no mínimo:

I - taxa de rateio da administração central;

II - percentuais de tributos incidentes sobre o preço do serviço, excluídos aqueles de natureza direta e personalística que oneram o contratado;

III - taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento; e

IV - taxa de lucro.

§ 1º 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 BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens.

§ 2º No caso do fornecimento de equipamentos, sistemas e materiais em que o contratado não atue como intermediário entre o fabricante e a administração pública ou que tenham projetos, fabricação e logísticas não padronizados e não enquadrados como itens de fabricação regular e contínua nos mercados nacional ou internacional, o BDI poderá ser calculado e justificado com base na complexidade da aquisição, com exceção à regra prevista no § 1º.

Art. 10. A anotação de responsabilidade técnica pelas planilhas orçamentárias deverá constar do projeto que integrar o edital de licitação, inclusive de suas eventuais alterações.

Art. 11. Os critérios de aceitabilidade de preços deverão constar do edital de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia. (Grifos nossos)

113. Com base no decreto acima, a Advocacia-Geral da União habitualmente costuma orientar os órgãos assessorados, quando das contratações de serviços e obras de engenharia, a verificar se os custos unitários de materiais e serviços de obras ultrapassam a mediana daqueles constantes no SINAPI, mantido pela CEF, ou se se aplicam as hipóteses legais de exceção.

114. Nos termos dos citados artigos deverão ser adotados os custos constantes das tabelas SINAPI e SICRO locais e, subsidiariamente, as de maior abrangência. Assim, o preço de referência das obras e serviços será aquele resultante da composição dos custos unitários diretos do SINAPI ou SICRO, acrescidos do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas – BDI incidente.

115. Essas são as recomendações aplicáveis às contratações de serviços de engenharia realizadas habitualmente pela Administração Pública com base na Lei nº 8.666/93. **Contudo, alguns temperamentos devem ser realizados em relação aos serviços de engenharia contratados com vistas ao enfrentamento da situação de emergência decorrente do coronavírus - covid 19.**

116. Conforme bem concluiu a Câmara de Licitações e Contratos da Consultoria Geral da União, por meio do **PARECER n. 00006/2020/CNMLC/CGU/AGU** : "(...) o Decreto nº 7.893/2013, editado para fins de regulamentação de preceitos da Lei nº 8.666/93, poderá ser aplicado à Lei nº 13.979/20 **apenas na parcela em que esta última reproduzir os preceitos da lei geral (...)**".

117. Indo mais a fundo a respeito do tema, entendeu a Consultoria-Geral da União naquela oportunidade que o fundamento do Decreto nº 7.893/13 seria a Lei nº 8.666/93, uma vez que o objetivo do referido decreto, de acordo com o disposto em seu art. 1º, seria o de estabelecer "regras e critérios a serem seguidos por órgãos e entidades da administração pública federal para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia", o que expressa a sua natureza de "norma geral" em âmbito federal.

118. Todavia, não se pode ignorar que o campo de regulação do Decreto nº 7.893/2013 reside justamente em tema que a Lei 13.979/20 estabelece disposições específicas.

119. Isso porque o Decreto nº 13.979/20 estabelece em seu artigo 3º que: "*O custo global de referência de obras e serviços de engenharia... será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação*".

120. Por outro lado, no âmbito das contratações realizadas com a finalidade de enfrentamento à emergência pública decorrente da pandemia do Coronavírus - covid 19, fundamentadas na Lei nº 13.979/20, o procedimento de pesquisa de preços foi simplificado, mediante o estabelecimento no texto legal de uma lista de parâmetros, da qual a Administração pode eleger, no mínimo, um daqueles para a elaboração de sua estimativa de preços do serviço a ser contratado:

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

(...)

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: **(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)**

- a) Portal de Compras do Governo Federal; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)
- b) pesquisa publicada em mídia especializada; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)
- c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)
- d) contratações similares de outros entes públicos; ou [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)
- e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)
- (...)

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput.

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos.

121. Dessa maneira, de acordo com o **PARECER n. 00006/2020/CNMLC/CGU/AGU:**

(...)

*Em resumo, sabe-se que a importante sistemática prevista no Decreto 7.983/13, baseada na decomposição da obra ou serviço de engenharia em seus custos unitários, é algo mais abrangente do que a mera orçamentação dessas contratações, tendo muitas outras implicações, mas de qualquer forma tal previsão **haverá de ser interpretada sob o influxo da permissão legal de adoção de TR ou Projeto Básico simplificado para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus**, causador da COVID-19.*⁵⁴

*No mesmo sentido, e de forma direta e expressamente disposta na Lei 13.979/20, **a eventual utilização do SINAPI subsequentemente a essa decomposição passou a ser uma das opções franqueadas ao gestor, e não mais a única metodologia aplicável.***

(...)

122. Nesse sentido, nos próximos subtópicos, serão tratadas de forma um pouco mais explicativa as ressalvas apontadas no PARECER nº 00006/2020/CNMLC/CGU/AGU, abordando a metodologia de decomposição dos custos, as implicações que dizem respeito às fontes das estimativas de preços (compatibilização do art.4º-E, §1º, VI da Lei nº 13.979/20 com os arts. 3º a 6º do Decreto nº 7.983/13); aos impactos da aplicação da prerrogativa prevista no art. 4º-E, §2º, da mesma lei; bem como aquelas decorrentes da própria aplicação prática do Decreto dentro de uma realidade especial, que irá exigir ajustes.

D.1) Utilização Recomendável da Decomposição do custo global de referência em Custos Unitários, caso isso não implique em comprometimento ou sacrifício do interesse público tutelado.

123. Como se sabe, a decomposição do custo global de referência das obras e serviços de engenharia era uma medida (até então) inafastável nessas contratações públicas, cuja previsão normativa atual se lastreia art. 7º, §2º, II e 40,X, da Lei 8.666, de 1993.

124. A metodologia aplicável em vista dessas previsões normativas foi se cristalizando de forma paulatina, principalmente a partir da experiência do Tribunal de Contas da União em sua atividade de fiscalização e controle, no sentido de uniformizar o que seriam os custos unitários que comporiam uma obra ou serviço de engenharia e de utilizar uma base única a fim de estimar os preços desses custos unitários.

125. Nesse sentido, e com mais precisão, o “Manual de Obras e Serviços de Engenharia da Consultoria-Geral da União”:

“Com o objetivo de exercer maior controle sobre o processo de fixação dos preços nas obras e serviços de engenharia, tem-se mantido uma espécie de cultura de tabelamento dos preços dos insumos e serviços de engenharia, desde o Decreto-Lei n. 185/67, ocasião em que já havia sido criada a “Tabela Geral de Preços Unitários, variável para as diversas regiões do País” (art. 3º). Por meio da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano 2000, passou-se a utilizar como parâmetro de aceitabilidade dos custos unitários de obras o “Custo Unitário Básico – CUB – por m², divulgado pelo Sindicato da Indústria da Construção, por Unidade da Federação, acrescido de até trinta por cento para cobrir custos não previstos no CUB”.

126. A partir de 2003, passou-se a adotar o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, mantido pela Caixa Econômica Federal, por meio da Lei 10.524/2002 (LDO 2003, art. 93), diante da inviabilidade de manutenção do tabelamento ou da utilização de critérios fixados por entidade fora da supervisão estatal. Entretanto, a obrigatoriedade da utilização da mediana dos preços indicada pelo SINAPI surgiu apenas por ocasião da LDO 2004 (Lei n. 10.707/2003, art. 101), mas sem o nível de detalhamento atual.

127. Prosseguindo-se no histórico supra, convém rematar que todas as LDOs posteriores previam a obrigatoriedade de decomposição dos custos unitários e a utilização do SINAPI, com diferentes redações e com aprimoramentos metodológicos, até a LDO 2014 (Lei 12.919/2013), que trazia previsões menos completas e teve o art. 107 vetado, justamente porque a edição do Decreto 7.983/2013 já havia incorporado a sistemática adotada até então.

128. Trata-se de uma prática que foi se cristalizando ao longo do tempo, principalmente a partir da expertise do Tribunal de Contas da União na fiscalização das obras, cujas recomendações foram sendo incorporadas em diplomas normativos e enfim no Decreto mencionado.

129. Nesse passo, vale transcrever a Súmula 259 do TCU: *“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”*. TCU Súmula no 259/2010 (DOU de 23.07.2010, S. 1, p. 70)

130. No mesmo sentido, há centenas de julgados do referido Tribunal, dos quais permitimos destacar o Acórdão nº 1.695/2018 e Acórdão 615/2020-TCU Plenário.

131. Por fim, cumpre registrar os termos da Orientação Normativa nº 05, da Advocacia-Geral da União: *“Na contratação de obra ou serviço de engenharia, o instrumento convocatório deve estabelecer critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global”*.

132. Assim, é essencial destacar que a decomposição do custo global em seus respectivos custos unitários é medida de rigor nas licitações de obras e serviços de engenharia, sendo ainda importante registrar que a Súmula 259 do TCU se vale do termo “contratações”, ampliando assim a metodologia para as hipóteses de contratações diretas, não precedidas de licitação, o que de resto não era uma divergência na doutrina e jurisprudência, por se considerar aplicável a referida metodologia nas contratações de obras e serviços de engenharia em geral.

133. E a utilização dessa metodologia traz enormes vantagens para a aplicação e monitoramento dos recursos públicos, e para a execução contratual, na medida em que primeiramente contribui para o planejamento da obra e serviço de engenharia, depois para ampliar a competitividade entre os interessados, que poderão disputar preços em cada custo unitário, facilitando também a análise da exequibilidade das propostas e, por fim, enquadrando mais precisamente eventuais alterações contratuais (que também contam com regramento específico decorrente da evolução paulatina no controle desses contratos).

134. **Desta forma, o afastamento de uma disciplina consolidada como essa só pode se dar em casos de extrema necessidade – como infelizmente a humanidade se depara nesse momento – mas mesmo assim de forma excepcional, porque sua utilização contribui em muito para a efetividade do gasto público, e então somente nas hipóteses em que essa metodologia for implicar o comprometimento ou o próprio sacrifício do interesse público tutelado, já que o tempo é fator crucial para o enfrentamento da emergência de saúde pública, poderá ser usado algum método mais simples em seu lugar, para atender o objetivo de se contratar o quanto antes.**

135. Bem por isso, o raciocínio jurídico formulado no PARECER nº 00006/2020/CNMLC/CGU/AGU - e utilizado no presente parecer referencial - **não procurou distinguir as hipóteses de contratações de serviços comuns de engenharia decorrentes de licitações daquelas decorrentes da dispensa de licitação do art. 4º da Lei 13.979/20, para a partir disso diferenciar a aplicabilidade do Decreto 7.983/13 numa ou noutra situação, justamente porque ainda que os artigos art. 7º, §2º, II e 40, X, da Lei 8.666, de 1993, os artigos 3º e 4º do Decreto 7.983/13 e a ON 09 da AGU remetam ao instrumento convocatório, a mesma metodologia vem sendo aplicada sem maiores divergências nas contratações diretas, como se vê, por exemplo, da Súmula 259 do TCU.**

136. E sobretudo não se procurou fazer essa diferenciação porque a razão da eventual inaplicabilidade do Decreto não se funda em previsões normativas, decisões jurisprudenciais ou orientações jurídicas distintas para as obras e serviços de engenharia, decorrentes ou não de licitação, mas sim porque a razão para o eventual afastamento dessas previsões e orientações é a necessidade que o enfrentamento da situação de emergência em saúde pública de importância internacional pode demandar, aliada à expressa previsão da Lei 13.979/20 quanto à simplificação do Termo de Referência ou Projeto Básico, bem como à expressa autorização para inclusive dispensar a estimativa de preços como um todo.

137. Anote-se, de todo modo, que o conteúdo mínimo do Projeto Básico simplificado obrigatoriamente conterá os critérios de medição e pagamento, conforme §1º, V, do art. 4º-E, da Lei nº13.979/20, o que, embora não se confunde com o critério de aceitabilidade de preços, ao menos impõe a reflexão e o estabelecimento de alguma ordem de grandeza para mensurar o serviço de engenharia a ser contratado, com possíveis reflexos na forma de prospecção de preços e na apresentação da(s) proposta(s).

138. **Por fim e em resumo, a sistemática prevista no Decreto nº 7.983/13 (e em tantas outras fontes), baseada na decomposição da obra ou serviço de engenharia em seus custos unitários, é algo mais abrangente do que a mera orçamentação dessas contratações, com implicações benéficas em vários aspectos, desde o planejamento do projeto até a execução contratual, razão pela qual segue como uma medida juridicamente recomendável.**

139. **Entretanto, pode ocorrer o afastamento dessa sistemática, de forma juridicamente válida, com base no artigo 4º-E da Lei 13.979/20, ligado à admissão de apresentação de Projeto Básico Simplificado.**

140. **Dessa maneira, na hipótese do afastamento da sistemática do Decreto 7.983/13, é recomendável elaborar justificativa nos autos, indicando os motivos relevantes para tanto, presumivelmente relacionados ao atendimento do objetivo maior de tentar conter o avanço da pandemia viral em escala superior aos recursos de saúde para enfrentá-la.**

141. Conforme bem leciona Marçal Justen Filho (Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005.p. 116):

Dispensa e inexigibilidade de licitação significam desnecessidade de preenchimento de alguns requisitos e determinadas formalidades usualmente obrigatórias. Dito de outro modo, dispensa e inexigibilidade são modalidades distintas de procedimento de contratação.

Existirão casos em que o próprio princípio da República afastará o cumprimento exato e perfeito de todos esses requisitos. Suponha-se situação de emergência, que imponha imediata prestação de um serviço ou execução de uma obra. Não seria cabível exigir o sacrifício de bens ou de pessoas para promover, previamente, projetos e orçamentos detalhados. Isto não significa que a Administração esteja dispensada de realizar uma estimativa dos custos e dos recursos. Deverá fazê-lo, ainda que de modo sumário e compatível com a urgência verificada.

142. **Registre-se que a dispensa de elaboração de planilha de custos importa no afastamento, também, da Anotação de Responsabilidade Técnica sobre ela, prevista no art. 10 do mesmo Decreto nº 7.983/13, relativa**

especificamente ao orçamento da contratação, sem prejuízo da manutenção da obrigação de ART para os demais documentos, incluindo o próprio Projeto Básico como um todo.

143. Fixada essa premissa, de que a decomposição do custo global em custos unitários embora seja recomendável, deve-se ponderar que tal medida pode ser afastada nesse contexto excepcional de forma juridicamente válida, sendo conveniente, ainda, ressaltar que a utilização do sistema SINAPI e SICRO para a precificação dos custos unitários possui contornos diferentes, adiante esmiuçados.

144. **D.2) Utilização facultativa dos sistemas SINAPI e SICRO - Possibilidade de afastar o uso de tais sistemas não só quando inviável ou impossível, mas também quando inidôneo, inoportuno ou pouco confiável para embasar a pesquisa de preços.**

145. O Decreto nº 7.983/13 traz a seguinte regra geral para uso dos sistemas SINAPI e SICRO como fonte de preços em contratos de serviços de engenharia:

Art. 3º O custo global de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

Parágrafo único. O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal - CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Art. 4º O custo global de referência dos serviços e obras de infraestrutura de transportes será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais aos seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema de Custos Referenciais de Obras - Sicro, cuja manutenção e divulgação caberá ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de infraestrutura de transportes.

Art. 5º O disposto nos arts. 3º e 4º não impede que os órgãos e entidades da administração pública federal desenvolvam novos sistemas de referência de custos, desde que demonstrem sua necessidade por meio de justificativa técnica e os submetam à aprovação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Parágrafo único. Os novos sistemas de referência de custos somente serão aplicáveis no caso de incompatibilidade de adoção dos sistemas referidos nos arts. 3º e 4º, incorporando-se às suas composições de custo unitário os custos de insumos constantes do Sinapi e Sicro.

Art. 6º Em caso de inviabilidade da definição dos custos conforme o disposto nos arts. 3º, 4º e 5º, 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.

146. Por outro lado a Lei 13.979/20 traz a seguinte previsão, no seu art. 4º-E, §1º, inciso VI:

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterá:[...]

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:

- a) Portal de Compras do Governo Federal;
- b) pesquisa publicada em mídia especializada;
- c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;
- d) contratações similares de outros entes públicos; ou e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores;

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput.

147. Sobre o tema, é pertinente trazer à colação as considerações desenvolvidas pela Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos no âmbito do PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU:

(...)

Entende-se que o primeiro impulso seria aplicar ao caso a Instrução Normativa SLTI/MP nº 5/2014. Entretanto, o entendimento ora adotado é em sentido contrário. É que a lei veio em uma conjuntura na qual já era procedimento padrão priorizar o uso de cesta de preços, tirar média e mediana e trabalhar preferencialmente com preços de contratações feitas pelo governo.

Se a intenção do legislador fosse manter essas práticas, teria silenciado, mas ele foi claro ao listar fontes de pesquisa, estabelecer a possibilidade de uso de "um desses parâmetros", possibilitar a dispensa de qualquer tipo de estimativa de preços ou ainda autorizar a contratação em valor maior do que o estimado. A lei claramente realizou uma ponderação de interesses e priorizou os valores a serem alcançados com a contratação em detrimento da economicidade.

Nesse contexto, não houve, nos modelos, a exigência de justificativa para não priorização de pesquisas de contratações governamentais, ou obrigatoriedade de utilização de 3 pesquisas (já que a estimativa como um todo é dispensável) ou algo do gênero. Optou-se simplesmente por questionar, na Lista de Verificação, se há estimativa de preços com base em um dos parâmetros previstos na lei; se a ausência de estimativa foi justificada; se a estimativa, como ato administrativo que é, foi objeto de motivação ainda que sucinta; se há planilha de preços no caso de serviços continuados com mão-de-obra e se há justificativa para eventual contratação em preço superior ao obtido na pesquisa.

As práticas previstas na IN SLTI/MP nº 5/2014 devem ser vistas como boas práticas, que podem ser feitas se oportunas e convenientes, mas as circunstâncias dispensam que elas tenham qualquer tratamento mais vinculante ou que sua não-adoção demande maiores justificativas.

(...)

148. Entende-se que a Lei nº 13.979/20 não admite o uso obrigatório de uma fonte específica de pesquisa, seja pela redação do caput do inciso VI supracitado, seja pela admissão de contratações sem estimativa alguma, mediante justificativa da autoridade competente.

149. A incidência do princípio da Eficiência Administrativa pode recomendar uma utilização do SINAPI/SICRO, mas tal recomendação seria afastável em razão não só da "inviabilidade" ou "impossibilidade", mas também da "inidoneidade" ou da "inconveniência", seja pelo preço em si do sistema não ser idôneo à contratação, pela flutuação dos preços, seja pela pesquisa com consulta aos sistemas não ser a forma mais ágil de atendimento ao interesse público emergente.

150. Melhor dizendo, fazendo uma interpretação da exceção do art. 6º do Decreto nº 7.983/13 conforme a Lei nº 13.979/20, tem-se que o termo "inviabilidade" deve ser lido de forma ampla de modo a abranger não só as situações em que inexistente o custo do insumo no sistema ou que impossível a sua utilização; mas também em qualquer outra situação em que o uso do sistema não se mostre como sendo medida idônea, confiável, ou oportuna para a pesquisa de preços.

151. **Cabe ao gestor, analisando as opções dadas pela Lei (art. 4º-E, §1º, VI) para a estimativa de preços, incluindo o SINAPI/SICRO (alínea "c"), escolher aquelas que melhor atenderem ao interesse público, quando da pesquisa de preços, sem prejuízo de utilização da prerrogativa prevista no art. 4º-E, §2º.**

152. Vale salientar que a situação de calamidade tem alta capacidade de alterar a dinâmica do mercado, em geral e localmente, de modo que, por exemplo, uma cotação do SINAPI de Fevereiro de 2020, ainda que relativamente recente, pode não ser idônea em relação à realidade do fornecimento do insumo em questão.

153. Da mesma forma, é possível que uma realidade de fornecimento local torne inidônea uma cotação geral de um determinado insumo, ainda que esta esteja, em tese, atualizada, se tal atualização não tiver sido feita localmente. Inclusive, é possível que ocorram flutuações ou acontecimentos diários que tornem obsoletas cotações do SINAPI ou do SICRO muito rapidamente.

154. **Evidentemente, toda a gama de variáveis acima exposta possibilitará uma maior flexibilidade ao gestor em sua atuação, conferindo-lhe a possibilidade de utilização de outras fontes de pesquisa de preços (caso isso se mostre necessário), prescindindo-se da comprovação da "inviabilidade da definição dos custos", referida no art. 6º do Decreto nº 7.983/13.**

155. Além disso, pode ser que o fator “tempo” seja crucial e, nesse sentido, a orçamentação com base nos parâmetros do Decreto 7.983/13, presumivelmente mais demorada, poderia inviabilizar ou atrasar a contratação, comprometendo o objetivo principal de enfrentamento da situação de emergência em saúde pública de importância internacional.

D.3) BDI e sua aplicação nas contratações realizadas com fundamento na Lei nº 13.979/20. Possibilidade excepcional de dispensa de sua inclusão quando as fontes de pesquisa já o incluírem de forma implícita, para evitar sobrepreço.

156. O conteúdo do BDI - Benefícios e Despesas Indiretas, não é propriamente jurídico. Em verdade, envolve questão pertinente à formação do preço final da obra ou serviço de engenharia.

157. Logo, a investigação e decomposição dos seus elementos formativos pressupõem conhecimentos sólidos em contabilidade, economia e engenharia civil, os quais permitem avaliar a regularidade do percentual fixado para fins de computar a parcela do lucro e dos custos indiretos aplicáveis na obra ou, no caso das contratações abordadas pelo presente parecer referencial, do serviço de engenharia contratado pela Administração Pública.

158. Nos termos do art. 9º do Decreto nº 7.983/2013, o BDI deve conter, no mínimo, o detalhamento de quatro componentes:

- o taxa de rateio da administração central;
- o percentuais de tributos incidentes sobre o preço do serviço, excluídos aqueles de natureza direta e personalística que oneram o contratado;
- o taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento;
- o taxa de lucro.

159. No que se refere ao item “tributos” é vedada a inclusão no orçamento-base da contratação daqueles de natureza direta e personalística, como é o caso do IRPJ e da CSSL, em consonância com a jurisprudência consolidada do TCU:

Súmula nº 254, de 31/03/2010

O IRPJ - Imposto de Renda Pessoa Jurídica - e a CSSL - 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.

160. Cabe salientar que deve ser adotado o BDI diferenciado para serviço e material, nos termos da Súmula 253/2010 do TCU:

Súmula nº 253, de 31/03/2010

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.

161. Os custos relativos a administração local, mobilização e desmobilização e instalação de canteiro e acampamento, bem como quaisquer outros itens que possam ser apropriados como custo direto da obra ou serviço de engenharia contratado, não podem ser incluídos na composição do BDI, devendo ser cotados na planilha orçamentária de custos diretos (Acórdão TCU nº 2622/2013 - Plenário).

162. Assim, a planilha orçamentária elaborada pelo órgão deve conter o detalhamento dos elementos que compõem o percentual de BDI adotado pelo órgão como parâmetro em sua estimativa do custo da contratação, inclusive quanto aos percentuais de encargos sociais. Veja-se decisão do TCU sobre o tema (Acórdão nº 608/2008 – Plenário):

9.3.8. elabore projeto básico que contenha orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os preços unitários, inclusive a composição da taxa de Bonificação e Despesas Indiretas (BDI) e da taxa de encargos sociais, conforme exigido pelo art. 6º, inciso IX, alínea 'f', c/c art. 7, § 2º, inciso 2º, da Lei 8.666/93; (Grifos nossos)

163. Esse detalhamento serve como ponto de partida para o órgão elaborar o modelo de composição do BDI a ser preenchido e apresentado pelos licitantes. Pontue-se que o Acórdão TCU nº 2.622-37/2013-P (Processo nº 036.076/2011-2) estabelece parâmetros de aceitabilidade na composição do BDI, os quais devem ser avaliados e, no que for cabível, observados pelo órgão assessorado. Confira-se o teor do referido julgado:

Acórdão TCU nº 2.622-37/2013-Plenário

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam do estudo desenvolvido por grupo de trabalho constituído por membros de várias unidades técnicas especializadas deste Tribunal, com coordenação da Secretaria de Fiscalização de Obras Aeroportuárias e de Edificação - SecobEdif, em atendimento ao Acórdão n. 2.369/2011 - Plenário, com o objetivo de definir faixas aceitáveis para valores de taxas de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) específicas para cada tipo de obra pública e para aquisição de materiais e equipamentos relevantes, bem como efetuar o exame detalhado da adequabilidade dos percentuais para as referidas taxas adotados em dois julgados desta Corte de Contas (Acórdãos ns.325/2007 e 2.369/2011), ambos do Plenário, com utilização de critérios contábeis e estatísticos e controle da representatividade das amostras selecionadas.

9.1. determinar às unidades técnicas deste Tribunal que, nas análises do orçamento de obras públicas, utilizem os parâmetros para taxas de BDI a seguir especificados, em substituição aos referenciais contidos nos Acórdãos ns. 325/2007 e 2.369/2011:

VALORES DO BDI POR TIPO DE OBRA

TIPOS DE OBRA	1º Quartil	Médio	3º Quartil
CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS	20,34%	22,12%	25,00%
CONSTRUÇÃO DE RODOVIAS E FERROVIAS	19,60%	20,97%	24,23%
CONSTRUÇÃO DE REDES DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA, COLETA DE	20,76%	24,18%	26,44%

ESGOTO CONSTRUÇÕES CORRELATAS	E			
CONSTRUÇÃO MANUTENÇÃO DE ESTAÇÕES E REDES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA	E	24,00%	25,84%	27,86%
OBRAS PORTUÁRIAS, MARÍTIMAS FLUVIAIS	E	22,80%	27,48%	30,95%

BDI PARA ITENS DE MERO FORNECIMENTO DE MATERIAIS EQUIPAMENTOS	E	1º QUARTIL	MÉDIO	3º QUARTIL
		11,10%	14,02%	16,80%

9.2. orientar as unidades técnicas deste Tribunal que:

9.2.1. nas análises do orçamento de obras públicas, quando a taxa de BDI estiver fora dos patamares estipulados no subitem 9.1 deste Acórdão, procedam ao exame pormenorizado dos itens que compõem essa taxa, utilizando como diretriz para esse exame os seguintes percentuais obtidos no estudo de que tratam estes autos, levando-se sempre em consideração as peculiaridades de cada caso concreto:

TIPOS DE OBRA	ADMINISTRAÇÃO CENTRAL			SEGURO+ GARANTIA			RISCO		
	1º Quartil	Médio	3º Quartil	1º Quartil	Médio	3º Quartil	1º Quartil	Médio	3º Quartil
CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS	3,00%	4,00%	5,50%	0,80%	0,80%	1,00%	0,97%	1,27%	1,27%
CONSTRUÇÃO DE RODOVIAS E FERROVIAS	3,80%	4,01%	4,67%	0,32%	0,40%	0,74%	0,50%	0,56%	0,97%
CONSTRUÇÃO DE REDES DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA, COLETA DE ESGOTO E CONSTRUÇÕES CORRELATAS	3,43%	4,93%	6,71%	0,28%	0,49%	0,75%	1,00%	1,39%	1,74%
CONSTRUÇÃO DE MANUNTEÇÃO DE ESTAÇÕES E RE-DES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA	5,29%	5,92%	7,93%	0,25%	0,51%	0,56%	1,00%	1,48%	1,97%
OBRAS PORTUÁRIAS, MARÍTIMAS E FLUVIAIS	4,00%	5,52%	7,85%	0,81%	1,22%	1,99%	1,46%	2,32%	3,16%

TIPOS DE OBRA	DESPESA FINANCEIRA			LUCRO		
	1º Quartil	Médio	3º Quartil	1º Quartil	Médio	3º Quartil

CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS	0,59%	1,23%	1,39%	6,16%	7,40%	8,96%
CONSTRUÇÃO DE RODOVIAS E FERROVIAS	1,02%	1,11%	1,21%	6,64%	7,30%	8,69%
CONSTRUÇÃO DE REDES DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA, COLETA DE ESGOTO E CONSTRUÇÕES CORRELATAS	0,94%	0,99%	1,17%	6,74%	8,04%	9,40%
CONSTRUÇÃO DE MANUTENÇÃO DE ESTAÇÕES E REDES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA	1,01%	1,07%	1,11%	8,00%	8,31%	9,51%
OBRAS PORTUÁRIAS, MARÍTIMAS E FLUVIAIS	0,94%	1,02%	1,33%	7,14%	8,40%	10,43%

BDI PARA ITENS DE MERO FORNECIMENTO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS

PARCELA DO BDI	1º Quartil	Médio	3º Quartil
ADMINISTRAÇÃO CENTRAL	1,50%	3,45%	4,49%
SEGURO GARANTIA +	0,30%	0,48%	0,82%
RISCO	0,56%	0,85%	0,89%
DESPESA FINANCEIRA	0,85%	0,85%	1,11%
LUCRO	3,50%	5,11%	6,22%

9.2.2. na verificação da adequabilidade das planilhas orçamentárias das obras públicas, utilizar como referência do impacto esperado para os itens associados à administração local no valor total do orçamento, os seguintes valores percentuais obtidos no estudo de que tratam estes autos:

	1º Quartil	Médio	3º Quartil
CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS	3,49%	6,23%	8,87%
CONSTRUÇÃO DE RODOVIAS E FERROVIAS	1,98%	6,99%	10,68%
CONSTRUÇÃO DE REDES DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA, COLETA DE ESGOTO E CONSTRUÇÕES CORRELATAS	4,13%	7,64%	10,89%
CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO	1,85%	5,05%	7,45%

DE ESTAÇÕES E REDES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA			
OBRAS PORTUÁRIAS, MARÍTIMAS E FLUVIAIS	6,23%	7,48%	9,09%

[...]

9.3.2. orientar os órgãos e entidades da Administração Pública Federal a:

9.3.2.1. discriminar os custos de administração local, canteiro de obras e mobilização e desmobilização na planilha orçamentária de custos diretos, por serem passíveis de identificação, mensuração e discriminação, bem como sujeitos a controle, medição e pagamento individualizado por parte da Administração Pública, em atendimento ao princípio constitucional da transparência dos gastos públicos, à jurisprudência do TCU e com fundamento no art. 30, § 6º, e no art. 40, inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993 e no art. 17 do Decreto n. 7.983/2013;

9.3.2.2. estabelecer, nos editais de licitação, critério objetivo de medição para a administração local, estipulando pagamentos proporcionais à execução financeira da obra, abstendo-se de utilizar critério de pagamento para esse item como um valor mensal fixo, evitando-se, assim, desembolsos indevidos de administração local em virtude de atrasos ou de prorrogações injustificadas do prazo de execução contratual, com fundamento no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e no arts. 55, inciso III, e 92, da Lei n. 8.666/1993;

9.3.2.3. adotar, na composição do BDI, percentual de ISS compatível com a legislação tributária do(s) município(s) onde serão prestados os serviços previstos na obra, observando a forma de definição da base de cálculo do tributo prevista na legislação municipal e, sobre esta, a respectiva alíquota do ISS, que será um percentual proporcional entre o limite máximo de 5% estabelecido no art. 8º, inciso II, da LC n. 116/2003 e o limite mínimo de 2% fixado pelo art. 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

9.3.2.4. estabelecer, nos editais de licitação, que as empresas sujeitas ao regime de tributação de incidência não cumulativa de PIS e COFINS apresentem demonstrativo de apuração de contribuições sociais comprovando que os percentuais dos referidos tributos adotados na taxa de BDI correspondem à média dos percentuais efetivos recolhidos em virtude do direito de compensação dos créditos previstos no art. 3º das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003, de forma a garantir que os preços contratados pela Administração Pública reflitam os benefícios tributários concedidos pela legislação tributária;

9.3.2.5. prever, nos editais de licitação, a exigência para que as empresas licitantes optantes pelo Simples Nacional apresentem os percentuais de ISS, PIS e COFINS discriminados na composição do BDI que sejam compatíveis com as alíquotas a que a empresa está obrigada a recolher, previstas no Anexo IV da Lei Complementar n. 123/2006, bem como que a composição de encargos sociais não inclua os gastos relativos às contribuições que essas empresas estão dispensadas de recolhimento (Sesi, Senai, Sebrae etc.), conforme dispões o art. 13, § 3º, da referida Lei Complementar;

9.3.2.6. exigir, nos editais de licitação, a incidência da taxa de BDI especificada no orçamento-base da licitação para os serviços novos incluídos por meio de aditivos contratuais, sempre que a taxa de BDI adotada pela contratada for injustificadamente elevada, com vistas a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a manutenção do percentual de desconto ofertado pelo contratado, em atendimento ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e ao art. 14 do Decreto n. 7.983/2013; [...] (Grifos nossos)

164. As considerações acima expostas a respeito da composição do BDI, são as regularmente recomendadas pelos órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União nas contratações cotidianamente realizadas pela Administração Pública Federal que tenham como objeto a realização "obras" e "serviços de engenharia", sendo este último o caso das contratações de que trata o presente parecer, o qual versa sobre a contratação de serviços de engenharia para a implementação dos hospitais de campanha necessários ao enfrentamento da situação emergencial decorrente da pandemia do coronavírus- covid 19.

165. Não obstante, convém tecer algumas ponderações a respeito da aplicação do instituto nas avenças firmadas pelo Poder Público com fundamento com base nas conclusões da Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria - Geral da União no PARECER n. 00006/2020/CNMLC/CGU/AGU acerca dos temperamentos que se fazem necessários na aplicação do instituto do BDI no contexto das contratações de serviços de engenharia realizadas com fundamento na Lei nº 13.979/20, tendo em vista o enfrentamento da pandemia do coronavírus - covid 19.

166. Isso porque, considerando que não necessariamente o orçamento estimado da contratação será feito a partir da decomposição dos custos unitários de cada insumo e subsequente pesquisas no SINAPI/SICRO, é importante cogitar a possibilidade, mais crescente, de muitas contratações serem embasadas integralmente em pesquisas que já incluam o BDI no preço final do item pesquisado, muitas vezes sem individualizá-lo.

167. Dessa maneira, poderá ocorrer de não ser possível individualizar o BDI do preço do item contratado, como ocorre em serviços de engenharia de menor complexidade na iniciativa privada, nos quais os orçamentos geralmente são apresentados com divisões por linhas de serviço (ex. hidráulica, elétrica, eng. civil etc), indicando-se em linhas gerais as atividades e materiais que serão utilizados em cada qual, com a menção do preço total dessa linha de serviço ao final das indicações.

168. Nesse sentido, um exemplo meramente ilustrativo, extraído do processo 08500.048804/2019-89:

Hidráulica: Fornecimento e Instalação de Matérias e Infraestrutura: instalação hidráulica da bomba de incêndio principal e bomba jockey (pressurização de rede hidráulica) com cavalete de automação com manômetros e pressostatos com encanamento galvanizado 2”1/2, saindo do cavalete enterrado em pvc (normatizado), com encaminhamento conforme especificado em projeto com as conexões registro e válvulas necessárias até os pontos de abrigo para hidrantes, projetando-se para a superfície em galvanizado novamente finalizado no registro globo.

Material: R\$36.400,00

Mão de Obra: R\$ 9.500,00

169. Nesse exemplo acima se percebe nitidamente que o orçamento oferecido é do preço final, não tendo sentido que o órgão, procurando atender aos ditames regulamentares, à Súmula 258 do TCU e às orientações jurídicas na matéria, pretenda aplicar o BDI sobre tais valores, porque isso apenas encareceria o custo final do serviço de engenharia.

170. **Ou seja, aqui se pretende registrar o alerta de que, caso a estimativa de preços não seja individualizada com o custo unitário de cada insumo, como nos exemplos acima, a separação do BDI em relação aos custos dos insumos e serviços pode se mostrar inviável.**

171. **Nesses casos, em que não tenha sido adotada a sistemática de orçamentação prevista no Decreto 7.983/13, pode se tornar impossível ou inviável a obtenção do BDI da contratação, ou sobretudo desnecessária, porque o BDI já estaria incluído no preço, dependendo da forma que se realizou a estimativa de preços.**

172. Nessa hipótese, a eventual obrigatoriedade de previsão do BDI implicaria, alternativamente, ou na invocação do art. 4º-E, §2º, para dispensar toda a estimativa, o que não se entende razoável; ou na inclusão do BDI como "sobrepço" além do orçamento já elaborado que aborda tais custos de forma implícita, constituindo medida antieconômica que colide com o princípio da "eficiência", consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

173. Dessa maneira, não se pode exigir da Administração uma medida tornada impossível ou irrazoável pela aplicação da lei.

174. **Fora essas situações excepcionais, em que a estratégia utilizada para a estimativa de preços inviabiliza o uso do BDI, a sua individualização no orçamento é necessária, salvo se aplicado o disposto no art. 4º-E, §2º, da Lei nº 12.979/20, da forma abaixo, já que o BDI é essencial para a supervisão e o aditamento contratual, em especial em contratos de maior porte.**

175. **Caso utilizado o BDI, recomenda-se usar como referência os percentuais adotados pelo Acórdão TCU nº 2.622/2013 - Plenário, com os ajustes que se fizerem necessários em razão das peculiaridades do caso concreto.**

D.4) Inteligência, Extensão e Repercussões do Art. 4º-E, §2º da Lei nº 13.979/20

176. Sobre o tema da Estimativa de Preços nas contratações de que trata o presente parecer, cumpre destacar que, por força da Lei nº 13.979 de 2020, a exigência de tal diligência é excepcionalmente relativizada no §2º, do seu art. 4º-E: *“Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput”*, devido às possíveis dificuldades em se obter as estimativas de forma célere e que reflitam a realidade do mercado dentro dos exíguos prazos que dispõe este Ministério da Saúde para a contratação.

177. Sob uma primeira perspectiva, a aplicação do §2º, da Lei nº 13.979/20 significa dizer que não haveria qualquer estimativa de preços a guiar a aceitação de preços no procedimento de contratação, o que, certamente, representa algum risco da celebração de um contrato antieconômico. Ainda assim, está como previsão expressa e inequívoca da lei, o que demonstra, novamente, o apreço do legislador pela celeridade, eficiência da contratação em detrimento da sua economicidade, se for o caso.

178. Entende-se haver duas formas principais de se interpretar a extensão dessa previsão. A primeira é literal, no sentido "tudo ou nada", ou seja, ou a autoridade competente dispensa toda a estimativa de preços, ou ela deve ser feita com a integralidade dos influxos devidos em razão da legislação aplicável.

179. A segunda forma de interpretação é racional ou lógica, de modo que a competência trazida no §2º de dispensar toda a estimativa de preços traria em si implícita a potencialidade para dispensá-la parcialmente, ou seja, dispensar as formalidades associadas à pesquisa de preços, sem afastar toda a realização da estimativa de preços.

180. Obviamente que, nesse segundo caso, a dispensa do requisito não poderá ensejar uma pesquisa de preços feita "de qualquer jeito", devendo a justificativa demonstrar que a estimativa que resultar desse processo ainda é melhor do que contratar sem estimativa alguma, não contratar ou aguardar a finalização da estimativa de preços feita nos termos do Decreto nº 7.983/13. Toda atuação administrativa deve-se pautar pela eficiência administrativa enquanto princípio: na melhor medida possível.

181. Pode ser uma demasiada confiança na fundamentação do gestor, mas isso já ocorre na atual previsão, na medida em que o único ponto de controle para a razoabilidade da dispensa integral da estimativa de preços é justamente esta justificativa, que deve demonstrar que a contratação sem estimativa de preços (com os riscos que dela decorrem) é ainda assim mais benéfica que a espera até a finalização da estimativa de preços ou que a não realização da contratação em questão, caso a estimativa se mostre inviável.

182. Dessas duas interpretações possíveis, após debates, filia-se à segunda, no sentido de que a competência do §2º deve ser lida de forma a abranger não só toda a estimativa de preços, mas também de dispensar formalidades específicas da estimativa de preços sem afastar a realização da estimativa em si. São exemplos de tais "formalidades" as previstas no Decreto nº 7.983/13, tais como:

- a) apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART para o orçamento feito (art. 10);
- b) composição de custos unitários (art. 3º), independentemente da fonte de pesquisa (vide item 3.1 acima); e
- c) inclusão de rubrica de "BDI" de forma individualizada na forma do art. 9º.

183. Tal conclusão se dá, em especial, por um imperativo de eficiência administrativa. É melhor para a contratação que se tenha uma licitação com uma estimativa de preços global ou de itens, ainda que sem discriminação da composição de custos unitários do que composição alguma.

184. Trata-se de superar a interpretação cegamente literal do dispositivo, a qual geraria a obrigação de o Administrador dispensar toda a estimativa de preços, ainda que este seja capaz de providenciar a maior parte dela - se, por exemplo, não obtiver a composição de custos unitários de um item de serviço dentre muitos licitados, em razão de problemas de suprimento por conta da crise.

185. Possibilitar que haja o aproveitamento da estimativa de preços, ainda que parcial, faz com que a dispensa total de qualquer parâmetro de aceitabilidade de preços (o que nos afigura como bastante arriscado,

quanto à economicidade) seja mais excepcional, além de dar maior segurança ao gestor, que não precisa se valer da opção trágica toda vez que se deparar com algum problema de orçamentação aparentemente insuperável, por menor que seja.

186. **Saliente-se que a justificativa não deve ser vista de forma trivial, devendo abordar as vantagens para o interesse público da opção tomada em relação ao procedimento comum de estimativa de preços.**

187. **Dessa maneira, qualquer justificativa padrão, protocolar ou que não aborde questões específicas do caso concreto (sendo, portanto, genérica) pode não atender ao disposto na norma e ensejar complicações com órgãos de controle. No ponto, também vale reiterar que não poderão ser ignorados óbices reais à ação efetiva do gestor para atendimento do espírito da Lei 13.979, de 2020, conforme permissão do art. 22, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, acima citados, que deverão estar documentados nos autos.**

188. Por outro lado, nada impede que a justificativa de que trata o §2º supracitado ocorra aliunde, ou seja, mediante simples concordância com os argumentos lançados em nota técnica ou outro documento feito pela área técnica competente que, analisando os preços obtidos, conclui pela necessidade de dispensa, no todo ou em parte, de formalidades relacionadas à estimativa de preços para a contratação realizada.

189. Nesse sentido prevê o art. 50, §1º da Lei nº 9.784/99 que:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

190. Estabelecido esse ponto, cabe, por fim, tratar **das repercussões da incidência desse dispositivo, em especial quando houver a dispensa total da estimativa de preços.**

191. Inicialmente, no que tange à questão orçamentária, **a ausência de estimativa de preços não exige a Administração da obrigação de proceder à devida declaração de disponibilidade de recursos orçamentários suficientes para atender à despesa em questão, já que o elemento da "adequação orçamentária" consta expressamente do art. 4º-E, §1º, VII e não foi excepcionado pelo §2º em exame.**

192. Isso gera a necessidade de se compreender adequadamente o que significa a aplicação do art. 4º-E, §2º. Há duas formas de interpretá-lo: ou dispensa de haver estimativa de preços de qualquer natureza ou dispensa de seguir a estimativa de preços prevista no inciso VI, sem prejuízo de o órgão estimar o preço por outros meios (de forma expedita, por simples cálculos, a partir do valor autorizado para uso na rubrica orçamentária respectiva etc – sem a pesquisa prevista no inciso VI).

193. Na primeira hipótese, a contratação ocorreria sem um valor de referência, enquanto que na segunda haveria um valor de referência, só que este não teria embasamento em pesquisas, mas sim em mera justificativa. Considerando que a lei exige sempre a adequação orçamentária (postergada apenas no caso de registro de preços) e que esta depende de alguma estimativa de preços a servir de baliza para a contratação, **entende-se que a segunda interpretação é a mais indicada.**

194. A invocação do art. 4º-E, §2º da Lei nº 13.979/20 não significa que a Licitação ou a Contratação Direta ocorrerá sem valor estimado algum, **mas sim que a referência estimada poderá ser obtida por qualquer metodologia adotada pela Administração** (histórico de contratações próprias anteriores, preço negociado com o contratante no caso de dispensa, preenchimento de planilha em serviço com mão-de-obra com base nas convenções coletivas etc), **desde que justificado nos autos e adequado com o orçamento.**

195. O valor final dessa operação representará não só a adequação orçamentária, mas também o valor estimado da contratação, para fins de aceitação de preços.

196. **Já no caso de contratação direta (caso das contratações de que trata o presente parecer), não há grandes problemas, uma vez que, no caso, o valor a ser utilizado para fins de adequação orçamentária seria aquele proposto pela empresa e aceito pela Administração, o qual deve ser compatível com a disponibilidade orçamentária do órgão ou da entidade.**

197. Não obstante tudo que foi exposto acima, é necessário frisar que a dispensa de estimativa de preços prevista no § 2º, do art. 4º-E, da Lei nº 13.979/2020, **é medida de caráter excepcional, a qual deve ser devidamente justificada pela área técnica competente, que, por sua vez, também possui inteira responsabilidade pela prática de tal ato preparatório à contratação realizada.**

198. Consequentemente, de acordo com a interpretação *contrario sensu* do § 2º, do art. 4º-E, da Lei nº 13.979/2020, **a realização da estimativa de preços continua sendo a regra para as contratações emergenciais realizadas para o enfrentamento da pandemia do coronavírus – covid 19, somente devendo ser afastada quando a realização do referido ato puder comprometer ou inviabilizar o alcance do interesse público subjacente ao contrato a ser celebrado pela Administração Pública.**

199. De qualquer forma, não custa registrar, em relação à contratação dos serviços de engenharia, **que a dispensa da estimativa de preços não exime a administração de prever no Termo de Referência/Projeto Básico os critérios de medição e pagamento necessários à execução contratual, nos termos do art. 4º-E, §1º, V, também não excepcionado pelo §2º.**

D.5) Inteligência, Extensão e Repercussões do Art. 4º-E, §3º, da Lei nº 13.979/20 - Aceitabilidade de Preços.

200. O permissivo constante no §3º, do art. 4º-E, o qual prevê, diante da urgência das contratações decorrentes da Lei nº 13.979 de 2020, a possibilidade de Administração Pública celebrar a contratação por valores superiores àqueles obtidos na própria estimativa realizada, nos casos em as oscilações de preços no mercado (agravadas com a pandemia), venham a impossibilitar a contratação administrativa pelos preços estimados:

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\).](#)

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos.

201. Fixada a premissa acima exposta de que a aplicabilidade do Decreto 7.983/13 é restrita às hipóteses em que a Lei 13.979/20 “reproduzir o mesmo conteúdo, sentido e alcance da lei que deu fundamento de validade ao decreto” - no caso, a Lei 8.666/93 -, percebe-se nitidamente que referido decreto não poderia regular aspectos em que uma Lei especial e temporária a ele posterior dispusesse expressamente de forma diferente - caso da Lei nº 13.979/2020 -, ainda mais para limitar o alcance de suas disposições.

202. Mais precisamente, ainda que o órgão ou entidade adote a forma de orçamentação prevista no referido Decreto 7.983/13 na licitação ou contratação fundada na Lei 13.979/2020, **o estabelecimento de preços máximos, tanto unitários como global, há de sofrer o influxo da previsão contida no §3º do art. 4º-E da Lei 13.979/2020:** “Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos.”

203. E esse raciocínio também vale para a hipótese específica de aceitação incidente sobre o regime de empreitada por preço global ou integral, que, embora não limite totalmente a aceitação da proposta à observância dos preços unitários estimados, somente admite a sua superação nos casos de respeito ao custo global orçado, bem como ao de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato.

204. Assim, a contratação por preços unitários superiores aos estimados poderá - ou mesmo deverá - ser relevado, caso presente a condição prevista no art. 4º-E, §3º, tudo para se atingir o objetivo maior de se possibilitar a

contratação ou aditivação, já que o tempo depõe contra a mitigação dos efeitos da pandemia para a sociedade.

205. Em outras palavras, **assim como é possível a invocação do art. 4º-E, §3º para admitir proposta com preço global superior ao estimado pela Administração, afigura-nos como igualmente possível a utilização do mesmo dispositivo para admitir preços unitários superiores aos estimados pelo Poder Público**, independentemente de se enquadrar na exceção do art. 13, I do Decreto nº 13.979/20.

206. **É dizer, portanto, que a aceitação de preços unitários superiores aos estimados também poderá ocorrer por justificativa mediante aplicação do art. 4º-E, § 3º, da Lei nº 13.979/20**, tratando-se de situação em que esta lei atenua o regramento antes incidente pela aplicação do Decreto nº 7.983/13.

207. De todo modo, não custa fazer o registro que, de acordo com o citado § 3º, do art. 4º-E, da Lei nº 13.979/20, **deve-se ter sempre em mente que a contratação por valores superiores à pesquisa de mercado em decorrência de oscilações ocasionadas pela variação de preços, também consiste em medida de caráter excepcional, a qual deve ser devidamente justificada pela autoridade competente**.

208. Dessa forma, em que pese a não aplicação da IN/SLTI/MPOG nº 5, de 27 de junho de 2014, **os preços obtidos devem ser devidamente justificados em cada contratação**.

209. Finalmente, convém apenas registrar que a Resolução nº 3, de 15 de abril de 2020, do Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid-19, estabeleceu, em seu art. 2º, inciso II, "a", **ser da competência do Grupo de Trabalho para a Coordenação de Ações Estratégicas para Construção de Hospitais de Campanha Federais e Logística Internacional de Equipamentos Médicos e Insumos de Saúde a elaboração de "estimativa de preços ou a justificativa para sua dispensa"**.

E) DA VIGÊNCIA E DA ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS A SEREM FIRMADOS PARA A FINALIDADE DE COMBATE À SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA DECORRENTE DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS - COVID 19.

210. Dispõe o art. 4º - H, da Lei nº 13.979/20 que: "(...) Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública (...)".

211. Vê-se, portanto, que a Lei nº 13.979/20 **tão somente estabeleceu o prazo máximo de seis meses**, não estabelecendo prazo mínimo para as contratações realizadas com o objetivo de combate à situação de emergência de coronavírus - covid 19, de sorte que resta implícito na norma que, se assim impuser o atendimento da conveniência e oportunidade da Administração Pública, **é lícito fixar prazo inferior ao limite temporal descrito no dispositivo em referência**.

212. Outrossim, vê-se também que a Lei nº 13.979/20 não fixou limite de prorrogações para as contratações que nela se fundamentam, de modo que se entende, pela leitura do supracitado do art. 4º-H, que os eventuais contratos celebrados com base naquela norma **podem ser prorrogados quantas vezes for do interesse das partes envolvidas, desde que as prorrogações atendam aos seguintes requisitos:**

a) sejam realizadas por períodos sucessivos; e

b) Ocorram no período em que estiver perdurando a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979/20 (pandemia do coronavírus - covid 19).

213. Importante observar que o encerramento do estado de emergência não acarretará a rescisão abrupta dos contratos alusivos aos procedimentos regidos na Lei nº 13.979/20.

214. Isto porque que os eventuais efeitos da situação de emergência serão sentidos por mais algum tempo e aqueles que porventura foram acometidos pela enfermidade não podem ser abandonados sem o cuidado necessário, conforme deixa claro o texto do art. 8º da Lei nº 13.979/20: " (...) Esta Lei vigorará enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, exceto quanto aos contratos de que trata o art. 4º-H, que obedecerão ao prazo de vigência neles estabelecidos (...)".

215. Conforme se pode perceber, o art. 4º-H condiciona a prorrogação - e não a vigência contratual em si - à necessidade de enfrentamento da situação. Ademais, o art. 8º é claro ao preservar a vigência dos contratos quando encerrado o estado de emergência.

216. **Desse modo, o fim da emergência (ou da necessidade de enfrentamento dos seus efeitos) poderá eliminar a possibilidade de novas prorrogações, mas não afeta o prazo de vigência já estabelecido ou prorrogado, muito menos é causa para a sua rescisão antecipada.**

217. De toda forma, é necessário compatibilizar o disposto no art. 4º-H, da Lei nº 13.979/20, com o que prevê o **caput do art. 57 da Lei n. 8.666, de 1993**, o qual estabelece, como regra, que a duração dos contratos administrativos é adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários.

218. Nesse sentido, entende-se que, não existindo na Lei nº 13.979/20 disposição em sentido contrário, também é aplicável às contratações celebradas com fulcro na referida norma a Orientação Normativa AGU nº 39, segundo a qual *"(...) a vigência dos contratos regidos pelo art. 57, caput, da Lei nº 8.666/93 poderá ultrapassar o exercício financeiro em que celebrados, desde que as despesas a eles referentes sejam integralmente empenhadas até 31 de dezembro, permitindo-se, assim, sua inscrição em restos a pagar (...)".*

219. Por outro lado, em relação à alteração dos contratos celebrados com base na Lei nº 13.979/20, o art. 4º - I daquela lei dispõe que: *"(...) Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato (...)".*

220. Em relação a este dispositivo, cabe a transcrição de algumas linhas a respeito do entendimento sedimentado na Câmara de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União, no **PARECER n. 00006/2020/CNMLC/CGU/AGU**, sobre a aplicabilidade daquele dispositivo às contratações de serviços de engenharia realizados com fundamento na Lei nº 13.979/20.

221. Naquela manifestação, entendeu a Câmara de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União que **as limitações regulamentares à aditivação contratual, cristalizadas após longo período de normalidade, não podem se pretender aplicáveis às contratações especiais e temporárias lastreadas na Lei 13.979/2020, que possui regramento próprio em sentido diametralmente oposto, ou seja, para possibilitar o aumento do limite de acréscimos e supressões unilaterais para o patamar de 50%, além de permitir aceitação de preços superiores aos estimados.**

222. De fato, seria um contrassenso a lei nova, excepcional e temporária ampliar os limites da Administração, mas um decreto anterior e voltado às situações de normalidade tolher seu alcance e sentido, além de, eventualmente, criar óbice ao atendimento de alguma necessidade para o enfrentamento da emergência de saúde pública que a Lei nº 13.979/20 visava justamente afastar.

223. Por tais fundamentos, concluiu-se no **PARECER n. 00006/2020/CNMLC/CGU/AGU**:

(...)

Por conta disso, os modelos de engenharia lastreados na Lei 13.979/2020 não reproduziram a previsão de limite de 10% para as alterações contratuais nos contratos cujo regime de execução seja o de empreitada global ou integral, e tampouco as limitações de aditivação gerais ou diferenciadas de acordo com cada regime, por se entender que esta regulação é aplicável nas contratações lastreadas na legislação promulgada para as situações de normalidade (Lei 8.666/93, Lei 10.520/02, Lei 12.462/12, entre outras), mas não para a Lei 13.979/2020, que excepcional e temporariamente dispõe em sentido distinto nesses temas.

(...)

224. Dessa maneira, sugere-se, desde já, a aplicação do entendimento consolidado pela Câmara de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União, no **PARECER n. 00006/2020/CNMLC/CGU/AGU nas**

eventuais alterações procedidas nos contratos de serviços de engenharia referentes à implementação de Hospitais de Campanha de que trata o presente parecer referencial.

F) DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO

225. Como se sabe, os requisitos de habilitação são elementos essenciais para garantir a segurança jurídica e a idoneidade do contratado, tanto assim que a Lei nº 8.666/93 dispôs no sentido de exigir da Administração rigorosa observância da apresentação da documentação comprobatória do atendimento de tais pressupostos por parte daqueles que pretendem contratar com a Administração Pública:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal.

IV – regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua

disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação. [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

§ 3º A documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei.

§ 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

§ 5º Não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.

§ 6º O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

§ 7º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 e este artigo poderá ser dispensada, nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea “a” do inciso II do **caput** do art. 23. [\(Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016\)](#) [Regulamento-](#)

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração

estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

226. Complementando a exposição, especificamente em relação às contratações para o enfrentamento da emergência decorrente da pandemia do coronavírus, cumpre atentar para o fato de que o art. 4º - F, da Lei nº 13.979/20, estabelece:

Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição.

227. Dessa maneira, cumpre alertar que, nas contratações realizadas com fundamento na Lei nº 13.979/20, **poderá haver, em caráter excepcional, a dispensa da apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação** - exceto a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento da "proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos" -, **desde que haja a presença de dois requisitos:**

a) situação de restrição de fornecedores devidamente caracterizada; e

b) justificativa formulada nos autos pela autoridade competente.

228. Assim sendo, caso a autoridade competente entenda que a presente medida é essencial, deverá indicar de forma precisa as razões para tal dispensa, realizando um juízo de proporcionalidade da medida frente ao atendimento da necessidade pública neste período de exceção. Dessa forma, será o caso de apresentação de justificativa específica para cada caso, compatibilizando as situações concretas com as previsões normativas.

229. No tocante às ressalvas acerca dos elementos de habilitação que não podem ser dispensados, quais sejam a regularidade com a Seguridade Social e a observância do disposto no artigo 7º, inciso XXXIII da Constituição Federal, entende-se que devem ser estritamente observados pelas áreas responsáveis, tendo em vista que tais requisitos de habilitação gozam de previsão constitucional.

230. **Dessa forma, entende-se que é excepcional a previsão aqui tratada quanto à possibilidade de que tais requisitos habilitatórios sejam dispensados. Logo, recomenda-se que, na hipótese da utilização da dispensa da documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, ou ainda o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, a autoridade competente deverá providenciar a devida motivação nos autos.**

3.5 DEMAIS FORMALIDADES LEGAIS APLICÁVEIS

231. Analisadas as exigências específicas impostas pelo art. 26 da Lei nº 8.666/93, aplicável por força do art. 116, da Lei nº 8.666/93, cumpre agora examinar a instrução processual sob o aspecto das demais formalidades aplicáveis às contratações administrativas.

232. Assim, sem prejuízo dos documentos que devem constar nos processos, é necessário que a Autoridade assessorada verifique e vele para que seja observada a devida instrução destes autos, atentando para as exigências da Lei nº 8.666, de 1993.

A) JUSTIFICATIVA DA CONTRATAÇÃO

233. Quanto à justificativa da contratação, não cabe ao órgão jurídico adentrar o mérito (oportunidade e conveniência) das opções do Administrador, exceto em caso de afronta a preceitos legais.

234. O papel do órgão jurídico é recomendar que tal justificativa seja a mais completa possível, orientando o órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para futuros questionamentos, por exemplo, quanto à pertinência ou necessidade da contratação, ou dos quantitativos estimados.

235. Ainda, é necessário afirmar que a Lei nº 13.979/20, dispõe em seu art. 4º-B, inciso IV, que: “(...) Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de: (...) IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência”.

236. **Dessa maneira, o art. 4º, da Lei nº 13.979 de 2020, ao mesmo tempo em que estabeleceu hipótese de presunção de atendimento à condição de limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência, também impôs limitação implícita ao gestor em relação ao quantitativo das contratações fundamentadas na situação emergencial decorrente da pandemia do coronavírus – covid 19.**

237. Ademais, é necessário lembrar que a presente manifestação jurídica referencial somente poderá ser aplicada quando houver a devida classificação **do objeto da contratação a ser realizada (elaboração de projetos, implantação e manutenção de hospitais de campanha) como serviço de engenharia.**

238. Sabe-se que o art. 6º, inciso II, da Lei nº 8.666/93 conceitua serviço como: “(...) toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais (...)”.

239. Indo mais a fundo, Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 151) bem conceitua “serviço de engenharia”:

(...)

Já o serviço de engenharia traduz-se numa atuação voluntária do ser humano, consistente num fazer, tendo por objeto edificações realizadas sobre imóveis, presentes ou futuras, mas que não revela uma modificação significativa, autônoma e permanente no ambiente no ambiente natural. Em termos gerais, pode-se afirmar que o serviço de engenharia tem natureza instrumental, complementar e acessória, relativamente a uma obra ou a um bem móvel.

Lembre-se que o inc. II não faz alusão à elaboração de projetos para as obras e serviços de engenharia. Os projetos são concepções prévias e indispensáveis relativamente a qualquer obra e serviço. A execução da obra pressupõe, portanto a existência de projetos. Mas é perfeitamente cabível promover contratação cujo objeto específico seja a elaboração de projetos para obras e serviços de engenharia. O contrato específico para a elaboração do projeto envolve uma atividade que se configura como serviço de engenharia.

(...)

240. Dessa forma é importante que a autoridade assessorado, mediante juízo técnico e fundamentado, certifique-se na justificativa apresentada que o objeto a ser contratado não se caracteriza como "obra", a qual, nos termos do inciso I, do art. 6º, da Lei nº 8.666/93 como: "(...) *toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta (...)*".

241. Como bem já destacou a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

(...)

"1. Obra de engenharia é a alteração do ambiente pelo homem, sendo irrelevante, para a sua caracterização, as técnicas construtivas utilizadas ou materiais empregados. 2. Configura-se como obra de engenharia a construção de prédio com painéis metálicos pré-fabricados, modulares ou não, ou com qualquer outro material dito não convencional" (Acórdão 2.470/2013, Plenário, Rel. Min Augusto Sherman Cavalcanti).

(...)

242. Por outro lado, Marçal Justen Filho bem aponta como norte interpretativo para distinguir "obra" e "serviço de engenharia" a verificação da dimensão e relevância da atuação realizada, bem como da aptidão da atividade executada em traduzir modificações autônomas, significativas e permanentes sobre o seu objeto:

Há atividades em que será problemática a qualificação como obra ou como serviço. Como diferenciar hipóteses configuradas como serviço (tais como conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção) de outras qualificadas como obra (tais como fabricação, recuperação ou ampliação)? A resposta consiste na dimensão da atividade. Haverá serviço quando a atividade não se traduzir em modificações significativas, autônomas e permanentes. Se a modificação for significativa, autônoma e permanente, haverá obra.

O art. 6º, II, fornece uma solução explícita para uma questão duvidosa, qualificando expressamente a demolição como um serviço de engenharia. Essa solução legislativa até pode merecer algum tipo de crítica teórica, mas desempenha uma solução satisfatória em termos práticos. Rigorosamente, a demolição envolve uma alteração autônoma e permanente no ambiente físico, e pode produzir dificuldades equivalentes a uma construção. No entanto, a opção legislativa elimina eventuais dúvidas.

De todo o modo, a qualificação da situação concreta deverá tomar em vista a dimensão e a relevância da atuação. Assim, suponha-se que a manutenção de um edifício envolva a necessidade de desfazimento de uma parede e sua substituição por outra. É evidente que existirá um serviço e não uma obra.

243. Dessa maneira, para que haja a aplicação do presente parecer referencial, deverá haver a certificação por parte da área técnica de que o objeto a ser contratado se enquadra como "serviço de engenharia", devendo-se lembrar que, de acordo com o PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU a contratação direta, por dispensa de licitação, prevista no art. 4º da Lei nº 13.979/20 não se aplica às contratações de "obras" de engenharia:

(...)

22. A norma não abarcou expressamente a possibilidade de utilização da nova hipótese de dispensa no caso de necessidade de contratação e execução de obras de engenharia, sendo possível afirmar que a aplicação da dispensa restringe-se a: a) bens; b) serviços, incluindo os de engenharia e c) insumos de saúde.

23. O silêncio do disciplinamento em relação à utilização do novo procedimento no caso das obras de engenharia não pode ser interpretado como um mero descuido, uma vez que existe verdadeira interpretação autêntica no caso: a própria EMI 19/2020 refere-se somente às

hipóteses detalhadas acima, sendo perfeitamente claro que sua exclusão não configura um esquecimento.

*24. O escopo da Lei n. 13.979/2020 cinge-se, por conseguinte, a bens, insumos, serviços e serviços de engenharia. **As obras de engenharia não foram contempladas e poderão, se for o caso, serem disciplinadas em futuras alterações normativas.***

(...)

244. Evidentemente que o correto enquadramento do objeto da licitação como obra ou serviço de engenharia é de responsabilidade do profissional devidamente habilitado, de acordo com a Lei nº 5.194, de 1966 e com as respectivas resoluções do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia- CONFEA.

245. No ponto, cite-se a Orientação Normativa nº 54, de 25 de abril de 2014 da AGU:

"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."

246. Desse modo, cabe ao setor técnico de engenharia definir, segundo a sua expertise, se o objeto no respectivo caso concreto se trata de “obra de engenharia” ou “serviço de engenharia”, conforme o teor da Orientação Normativa n. 54/2014 da Advocacia Geral da União.28.

247. Na hipótese de restar configurado que se trata o presente objeto de “obra de engenharia”, caberá o manejo das modalidades tradicionais dispostas na legislação de regência.

248. Contudo, deve ser pontuado que, **por se tratar de questão eminentemente técnica, de integral responsabilidade do Órgão Assessorado, não há como esse Órgão de Consultoria Jurídica adentrar no mérito das justificativas que serão apresentadas no âmbito das contratações a serem realizadas com base na presente manifestação jurídica referencial, cabendo à autoridade competente certificar-se da adequação do documento em referência aos parâmetros ora apresentados.**

249. De qualquer sorte, **considerando que a lei vem a trazer um tratamento excepcional, entende-se indevida a interpretação extensiva para inclusão de obras nesse regime jurídico, em especial porque a contratação de obras não é questão trivial e a possibilidade de sua dispensa (o que, nos termos do art. 37, XXI da Constituição Federal, depende de lei) não deve ocorrer sem as devidas cautelas.**

250. Por fim, **deve-se registrar a necessidade que a justificativa elaborada pela área competente classifique o regime de execução do serviço de engenharia contratado - se empreitada por preço global, integral por preço unitário, bem como justifique a vantagem da adoção do regime escolhido.**

251. Os regimes de execução mais comuns (*empreitada por preço global* ou *empreitada por preço unitário*) referem-se à forma de apuração do preço final da obra ou serviço, os quais são conceituados pelo Art.6º, inciso VIII, alíneas "a" e "b":

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

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

252. A empreitada por preço unitário é aquela 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 conhece de

antemão, com adequado nível de precisão, os quantitativos totais da obra ou do 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.

253. Por outro lado, o regime de execução de empreitada por preço global é aquela em que se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total. Em tese, cada parte assume o risco de eventuais distorções nos quantitativos a serem executados, que podem ser superiores ou inferiores àqueles originalmente previstos na planilha orçamentária da contratação.

254. Além dessas, deve-se destacar também a empreitada integral, prevista no art. 6º, inciso VIII, "e", da Lei nº 8.666/93, a qual ocorre *"quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada"*.

255. Julgados da Corte de Contas da União também delinearam as diferenças desses regimes, apontando as diretrizes a serem seguidas na sua definição:

“1. A empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários. Levantamento de Auditoria realizado nas obras de adequação do Terminal de Passageiros 1 do Aeroporto do Galeão/RJ, executadas mediante empreitada por preço global, apontara, dentre outras impropriedades, a adoção de critério de medição incompatível com o objeto real pretendido (serviço a serviço, como se a preço unitário fosse). Instada a justificar o achado, a Infraero argumentara que “a escolha do regime decorreu do disposto no art. 8º, § 1º, da Lei 12.462/2011, que estabelece a empreitada global como preferencial”. Analisando o mérito, o relator destacou a existência “de certos tipos de obras e sistemas construtivos que, por suas características, não possibilitam uma quantificação absolutamente acurada dos exatos volumes a executar”. Exemplificou com os serviços de terraplenagem e reforma de edificação, para os quais, não obstante os cuidados no projeto básico para quantificar adequadamente os itens de serviço, “sempre haverá uma boa margem de indeterminação”. Consignou que “caso utilizada uma empreitada por preço global nesses tipos de objetos, as medições serão realizadas por etapas; não por quantitativos medidos”. Nesse sentido, considerando a forte indeterminação nas mensurações, “os construtores irão alocar uma parcela muito alta de risco para adimplir, com segurança, o objeto licitado”. Por essa razão, concluiu o relator, que “nesses empreendimentos eivados de imprecisão congênita, é preferível a utilização de empreitadas por preço unitário, pelas características próprias do sistema de medição”. E acrescentou que outra não pode ser a inteligência a ser extraída do art. 47 da Lei 8.666/93, ao correlacionar a adoção da modalidade de execução de empreitada por preço global ao “completo conhecimento do objeto da licitação”. Nesses termos, propôs a fixação de prazo para que a Infraero adotasse as providências a seu cargo para promover, junto à contratada, a alteração do regime de execução do empreendimento, notificando-a de que “a empreitada por preço global (...) deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam uma imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários, como são os casos de reformas de edificação, obras com grandes movimentações de terra e interferências, obras de manutenção rodoviária, dentre outras”. O Plenário do TCU, ao acolher a proposta do relator, estabeleceu, dentre outras medidas pontuais, prazo para que a estatal alterasse o regime de execução do empreendimento. Acórdão 1978/2013-Plenário, TC 007.109/2013-0, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013.”

“2. Nas empreitadas por preço global, os editais devem especificar, de forma objetiva, as regras para as medições, a exemplo de pagamentos após cada etapa concluída do empreendimento ou de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra, em atendimento ao que dispõe o art. 40, inciso XIV, da Lei 8.666/93. Ainda no Levantamento de Auditoria realizado nas obras de

adequação do Terminal de Passageiros 1 do Aeroporto do Galeão/RJ, em vista da adoção de regime inadequado de execução do empreendimento, o relator consignou que “o instrumento convocatório não objetivou a forma de como seriam medidas as etapas do empreendimento”, o que levou a dificuldades significativas na execução contratual. Destacou que “em face do vácuo contratual, as medições começaram a ser realizadas serviço a serviço; quantidade a quantidade; como se preço unitário fosse. Na prática, a obra está sendo executada por regime por empreitada por preço unitário”. Nesse passo, propôs o relator, além da fixação de prazo para que a Infraero adotasse providências para promover a modificação formal do regime de execução do empreendimento, a expedição de notificação à estatal de que, nas empreitadas por preço global, “os instrumentos convocatórios devem especificar, de forma objetiva, as regras sobre como serão realizadas as medições, a exemplo de pagamentos após cada etapa concluída do empreendimento ou de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra, em atendimento ao que dispõe o art. 40, inciso XIV, da Lei 8.666/93”. O Plenário do TCU, ao acolher a proposta do relator, expediu, dentre outras medidas, a notificação sugerida. Acórdão 1978/2013-Plenário, TC 007.109/2013-0, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013.”

“3. A utilização da empreitada por preço global para objetos com imprecisão intrínseca de quantitativos deve ser justificada no processo, em termos técnicos, econômicos ou outros devidamente motivados. Ao apreciar estudo sobre o regime de empreitada por preço global, desenvolvido por unidade técnica especializada do TCU com vistas a uniformizar procedimentos de fiscalização e apresentar diretrizes sobre o tema, o relator da matéria enfrentou várias questões pertinentes e essenciais à aplicação do instituto, assim como à fiscalização exercida pelo Tribunal. Dentre elas, destaca-se, em primeiro lugar, a necessária motivação para a escolha do regime de execução indireta do objeto. Para o relator, uma vez assentado na legislação, na doutrina e na jurisprudência que “em empreendimentos carregados de incertezas, as empreitadas globais, em regra, não se fazem vantajosas” situações em que “é preferível a utilização de empreitadas por preço unitário, pelas características próprias do sistema de medição”, faz-se importante que as fiscalizações do TCU atentem para a devida motivação da escolha do regime de execução contratual pelo gestor. Nesse sentido, o Tribunal expediu orientação às suas unidades técnicas para, em fiscalizações de obras e serviços de engenharia executados sob o regime de empreitada por preço global, observarem que “nas situações em que, mesmo diante de objeto com imprecisão intrínseca de quantitativos, ... , se preferir a utilização da empreitada por preço global, deve ser justificada, no bojo do processo licitatório, a vantagem dessa transferência maior de riscos para o particular – e, conseqüentemente, maiores preços ofertados – em termos técnicos, econômicos ou outro objetivamente motivado, bem assim como os impactos decorrentes desses riscos na composição do orçamento da obra, em especial a taxa de BDI – Bonificação e Despesas Indiretas”. Acórdão 1977/2013-Plenário, TC 044.312/2012-1, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013.”

256. Extrai-se da Nota explicativa do modelo de termo de referência da AGU o seguinte:

“Nota explicativa: Os artigos. 40 e 55, II, da Lei nº 8.666, de 1993, exigem a indicação do regime de execução como cláusulas obrigatórias no edital e no contrato. No caso do serviço de engenharia, a definição do regime de execução será determinante para (i) a aceitação da proposta (ii) a realização da medição dos serviços e conseqüente definição da forma de remuneração; (iii) as alterações de valor decorrentes de modificações quantitativas e qualitativas no objeto e, por fim, (iv) a definição das medidas a serem adotadas em caso de inadimplemento.

Sobre a diferenciação entre os diferentes regimes de execução, cabe citar o Manual de Obras e Serviços de Engenharia da Consultoria-Geral da União que esclarece que:

“1.3. Empreitada

É a denominação utilizada para a execução de contrato de obra ou de serviço de engenharia. E pode ser dividido em Empreitada por Preço Global, Empreitada Integral e Empreitada por Preço Unitário. Distingue-se do regime de tarefa porque não há uma preponderância da utilização de mão de obra, mas a conjugação de bens e atividades que se destinam a obtenção de uma utilidade.

1.3.1. Empreitada por Preço Global.

É o modo de contratação do serviço ou obra de engenharia no qual a execução do contrato, ainda que dividido em etapas, se dá com a entrega de todos os itens e características que compõem o seu objeto, que estão incluídos detalhadamente no preço total da avença, cujo principal efeito é a transferência dos riscos do valor total do empreendimento à empresa contratada, que é obrigada a incluir em sua proposta todos os valores e itens necessários à execução global do ajuste. A empreitada por preço global deve ser escolhida nas situações em que seja plenamente possível a definição precisa de todos os componentes da obra/serviço, cuja margem de incerteza seja mínima. Caso exista falha significativa do termo de referência, a empresa licitante deverá obrigatoriamente provocar a comissão licitatória ou o pregoeiro para que justifique, esclareça ou corrija a falha alegada, vez que a participação na licitação pressupõe a concordância com todos os termos ali fixados, e que o termo de referência não pode permitir grande margem de subjetividade entre os licitantes, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Demais disso, são passíveis de nulidade as licitações e os contratos decorrentes de projetos com imperfeições que impeçam a perfeita caracterização da obra/serviço, nos termos do art. 7º, §6º da Lei n. 8.666/93. Admite-se, porém, certa liberdade de apreciação para os licitantes, quanto aos modos e técnicas que serão utilizados na execução do contrato, quando o ordenamento jurídico permite que seus custos unitários sejam diferentes daqueles projetados pela Administração.

1.3.2. Empreitada Integral

A Empreitada Integral é uma forma ampliada da Empreitada por Preço Global. Nela, a Administração pretende não apenas a entrega de um bem ou a mera execução de um serviço. Objetiva-se o recebimento de um empreendimento funcional, ou seja, contrata-se a entrega de um bem com o valor agregado proveniente de toda a estrutura logística/material necessária ao seu funcionamento, ainda que a execução exija a subcontratação de empresas com diferentes especialidades. Exemplo: a entrega de um prédio hospitalar pode ser realizada por preço global; porém, a entrega de um hospital funcional se contrata por meio da empreitada integral.

1.3.3. Empreitada por preço unitário

Destina-se aos empreendimentos que devam ser realizados em quantidade e podem ser mensurados por unidades de medida, cujo valor total do contrato é o resultante da multiplicação do preço unitário pela quantidade e tipos de unidades contratadas. Portanto, é especialmente aplicável aos contratos que podem ser divididos em unidades autônomas independentes que compõem o objeto integral pretendido pela Administração. São exemplos: execução de fundações; serviços de terraplanagem; desmontes de rochas; implantação, pavimentação ou restauração de rodovias; construção de canais, barragens, adutoras, perímetros de irrigação, obras de saneamento, infraestrutura urbana; obras portuárias, dragagem e derrocamento; reforma de edificações; e construção de poço artesiano. Não se exige o mesmo nível de precisão da empreitada por preço global/integral, em razão da imprecisão inerente à própria natureza do objeto contratado que está sujeito a variações, especialmente nos quantitativos, em razão de fatores supervenientes ou inicialmente não totalmente conhecidos. Assim, pode-se afirmar que a conveniência de se adotar o regime de empreitada por preço global diminui à medida que se eleva o nível de incerteza sobre o objeto a ser contratado (TCU, Ac n. 1.977/2013-Plenário, Item 29).

1.3.4. Escolha do regime aplicável

Considerando que a escolha entre os regimes de empreitada terá impacto significativo no curso do contrato, no que diz respeito aos critérios de aceitabilidade dos preços unitário e global, às medições e ao regime de pagamento, às modificações contratuais qualitativas/quantitativas, incluindo a margem de tolerância para as alegadas falhas estruturais e de dimensionamento do termo de referência, dentre outros aspectos, é dever do gestor escolher o regime que melhor atende ao interesse público diante das possíveis eventualidades que venham a incidir no contrato, de modo que se pode afirmar que a discricionariedade na adoção de um ou outro regime é consideravelmente mitigada, porquanto a autoridade estará vinculada às opções decorrentes dos estudos e levantamentos preliminares que definirão os modos possíveis de contratação do empreendimento, tendo em vista, principalmente, os parâmetros da eficiência e economicidade.”

um interessante diagnóstico sobre o tema também aplicável às contratações de serviços de engenharia:

321. As maiores controvérsias quanto à escolha e à operacionalização de determinado regime de execução referem-se às empreitadas. Pela letra da lei, não fica claro como e quando utilizar cada um dos regimes de execução por empreitada definidos pelo legislador.

322. A escolha do regime de execução da obra não é decisão de livre arbítrio do gestor, visto que deve ser pautada pelo interesse público e estar sempre motivada, pois impactará as relações entre contratado e contratante, as medições do contrato firmado, seus aditivos, entre outros fatores relacionados à gestão do empreendimento contratado. Decorre desse entendimento a constatação de que não existe, em tese, um regime de execução melhor que outro, e sim um regime que, no caso concreto, melhor atende ao interesse público.

258. **Ressalte-se, por oportuno, que a adoção do regime de execução mais vantajoso é decisão de índole técnica, de integral responsabilidade da autoridade competente, a qual deve ser por ela bem justificada e sobre a qual não cabe incursão do órgão de Consultoria Jurídica responsável pela emissão do parecer jurídico da contratação.**

259. Nesse contexto, cabe reiterar que a Resolução nº 3 do Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid -19, em seu art. 2º, estabeleceu ser tal competência do Grupo de Trabalho para a Coordenação de Ações Estratégicas para Construção de Hospitais de Campanha Federais e Logística Internacional de Equipamentos Médicos e Insumos de Saúde a elaboração de justificativas em processos de contratações relacionados à construção de hospitais de campanha federais, realizadas com fundamento na Lei nº 13.979/20:

Art. 2º Ao Grupo de Trabalho compete:

I - coordenar, receber pedidos e estabelecer critérios para atendimento à necessidade de construção de hospitais de campanha federais e de logística internacional de equipamentos médicos e insumos de saúde para enfrentamento à covid-19;

II - elaborar termo de referência simplificado ou projeto básico simplificado de que trata o art. 4º-E da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, referente à contratação dos hospitais de campanha federais e da logística internacional de equipamentos médicos e insumos de saúde, acompanhado de justificativas e documentos que dão suporte a sua elaboração, tais como:

a) estimativa de preços ou a justificativa para sua dispensa; e

b) razões de escolha do fornecedor.

B) DAS REGRAS DE GOVERNANÇA A SEREM OBSERVADAS

260. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 10.193/2019, estabeleceu limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens, aplicáveis aos órgãos, entidades e fundos do Poder Executivo Federal integrantes do Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, destacando-se a previsão contida em seu artigo 3º:

Atividades de custeio

Art. 3º A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação de contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas em ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.

§ 1º Para os contratos de qualquer valor, a competência de que trata o caput poderá ser delegada às seguintes autoridades, permitida a subdelegação na forma do § 2º:

I - titulares de cargos de natureza especial;

II - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas aos Ministros de Estado; e

III - dirigentes máximos das entidades vinculadas.

§ 2º Para os contratos com valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada ou subdelegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, permitida a subdelegação nos termos do disposto no § 3º.

§ 3º Para os contratos com valor igual ou inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada ou subdelegada aos coordenadores ou aos chefes das unidades administrativas dos órgãos ou das entidades, vedada a subdelegação.

261. A autoridade assistida deve certificar-se sobre a natureza da atividade a ser contratada – se constitui ou não atividade de custeio -, adotando as providências necessárias, se for o caso, o que poderá ser feito em qualquer fase do processo de contratação até antes da assinatura do contrato ou do termo aditivo de prorrogação, podendo ser concedida por despacho no próprio processo, por memorando ou ofício, por meio eletrônico com assinatura digital ou outro meio idôneo que registre a autorização expressa da autoridade competente, consoante § 1º do artigo 4º da Portaria 249, de 2012.

262. Por outro lado, sabe-se que a Lei Complementar nº 101/2000, estabeleceu, como regra geral, a necessidade de observância pelo gestor público das limitações de empenho fixadas para o escopo do alcance dos resultados fiscais estabelecidos pela legislação orçamentária:

Art. 1o Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1o A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

§ 2o As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

§ 3o Nas referências:

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:

a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;

b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes;

II - a Estados entende-se considerado o Distrito Federal;

III - a Tribunais de Contas estão incluídos: Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado e, quando houver, Tribunal de Contas dos Municípios e Tribunal de Contas do Município.

(...)

Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º No caso de restabelecimento da receita prevista, ainda que parcial, a recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados dar-se-á de forma proporcional às reduções efetivadas.

§ 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

§ 3º No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no caput, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. (Vide ADIN 2.238-5)

§ 4º Até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública na comissão referida no § 1º do art. 166 da Constituição ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais.

§ 5º No prazo de noventa dias após o encerramento de cada semestre, o Banco Central do Brasil apresentará, em reunião conjunta das comissões temáticas pertinentes do Congresso Nacional, avaliação do cumprimento dos objetivos e metas das políticas monetária, creditícia e cambial, evidenciando o impacto e o custo fiscal de suas operações e os resultados demonstrados nos balanços.

(...)

263. Entretanto, a mesma Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 65, dispensou o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho previstas no seu art. 9º no caso de ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional: "(...) Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação: (...) II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º (...)".

264. No caso em comento, em que está sob a análise as contratações de aquisição de bens e insumos de saúde para a finalidade de combate à emergência decorrente da chegada ao Brasil da pandemia do coronavírus - covid 19, deve ser registrado que o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo nº 6 de 2020, o qual dispôs em seu art. 1º:

Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

265. Dessa maneira, cumpre alertar ao gestor público que, diante do reconhecimento do estado de calamidade pública procedido pelo Congresso Nacional, está dispensada a necessidade de atingimento das metas de resultados fiscais, bem como limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

266. Além disso, cumpre informar que nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.357, com trâmite perante o Supremo Tribunal Federal o Ministro Alexandre de Moraes concedeu medida cautelar, *ad referendum* pelo Plenário daquela Corte "(...) para, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação

orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19 (...)”.

267. Dessa maneira, deve-se lembrar à autoridade assessorada que, nas contratações relacionadas à criação ou expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade decorrente da pandemia do coronavírus – covid 19, não são exigidas a demonstração de adequação e compensação orçamentária da medida implementada.

268. Por outro lado, a Câmara de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União, no seio do **PARECER n. 00006/2020/CNMLC/CGU/AGU**, parece ter entendido pela indispensabilidade da demonstração da adequação orçamentária da contratação, conforme exigido pelo inciso VII, do § 1º, do art. 4º-E da Lei nº 13.979/2020:

(...)

Inicialmente, no que tange à questão orçamentária, a ausência de estimativa de preços não exime a Administração da obrigação de proceder à devida declaração de disponibilidade de recursos orçamentários suficientes para atender à despesa em questão, já que o elemento da "adequação orçamentária" consta expressamente do art. 4º-E, §1º, VII e não foi excepcionado pelo §2º.

(...)

Já no caso de contratação direta, não há grandes problemas, uma vez que, no caso, o valor a ser utilizado para fins de adequação orçamentária seria aquele proposto pela empresa e aceito pela Administração, o qual deve ser compatível com a disponibilidade orçamentária do órgão ou da entidade.

(...)

269. Dessa maneira, por cautela, recomenda-se ao assessorado que, na realização das contratações de que trata o presente parecer, proceda à devida demonstração da adequação orçamentária, nos termos do que prescreve o VII, do § 1º, do art. 4º-E da Lei nº 13.979/2020 e do que recomenda a a Câmara de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União.

270. Portanto, recomenda-se que a área técnica competente observe os preceitos normativos indicados no presente tópico no momento da contratação ora praticada.

C) DESIGNAÇÃO DOS AGENTES COMPETENTES PARA A ATUAÇÃO NOS FEITOS REFERENTES ÀS CONTRATAÇÕES DE QUE TRATA O PRESENTE PARECER

271. É recomendável que a área competente faça constar, na instrução dos processos das contratações a serem realizadas com a aplicação do presente parecer, as publicações dos atos de nomeação/designação da autoridade assessorada e demais agentes administrativos que neles tiverem atuação, bem como dos atos normativos que estabelecem as respectivas competências para atuarem no feito, a fim de que, em caso de futura auditoria, reste comprovado nos autos que os atos processuais foram praticados por aqueles que efetivamente detinham as atribuições correspondentes.

D) NECESSIDADE DE DESIGNAÇÃO DE FISCAIS/GESTORES PARA ATUAREM NA CONDIÇÃO DE FISCAIS/GESTORES NOS CONTRATOS DE IMPLEMENTAÇÃO DE HOSPITAIS DE CAMPANHA QUE CONSTITUEM O OBJETO DE ANÁLISE DO PRESENTE PARECER

273. Determina o artigo 67, *caput*, da Lei 8.666/1993 que a execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

274. Conforme já mencionado anteriormente, é recomendável, com base na aplicação conjugada dos arts. 67, *caput*, e 116, *caput*, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos a exigência da designação de agente para acompanhar e fiscalizar a execução das contratações relativas à implementação dos hospitais de campanha, o que será fundamental para a correção ou mesmo o aperfeiçoamento da atividades de atividades realizadas que possam comprometer o cumprimento do objeto das avenças tratadas no presente parecer.

3.6 MINUTAS (CONTRATO E PROJETO BÁSICO)

275. A Advocacia-Geral da União, na página: http://agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/908837, disponibilizou modelos de projeto básico e minuta de contrato especificamente projetadas para as diversas contratações realizadas com fundamento na Lei nº 13.979/20 com a finalidade de combate à situação emergencial decorrente do coronavírus – covid 19.

276. A Resolução nº 3 do Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid - 19, em seu art. 2º, § 2º, estabeleceu que: "(...) O Grupo de Trabalho utilizará as minutas padrão disponibilizadas pela Advocacia-Geral da União, adequando-as conforme as especificidades de cada contratação (...)".

277. Dessa maneira, a presente manifestação contém cópias dos modelos padronizados pela Advocacia-Geral da União para as contratações diretas, por dispensa de licitação, de serviços de engenharia referentes à implementação dos hospitais de campanha, com fundamento na Lei nº 13.979/2020, para o enfrentamento da pandemia do coronavírus - covid 19, cuja utilização se recomenda quando da realização das contratações objeto da presente manifestação jurídica referencial.

CONCLUSÃO

278. Ante o exposto, **uma vez atendidas as recomendações apontadas neste Parecer Referencial e resguardados o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador**, nos limites da lei, as valorações de cunho econômico-financeiro, bem como as questões de ordem fática e técnica, ínsitas à esfera administrativa, essenciais até mesmo para a devida atuação dos órgãos de controle, **os futuros procedimentos de contratação direta, por dispensa de licitação, de serviços de engenharia referentes à elaboração de projetos, implantação e manutenção de Estruturas Hospitalares Temporárias para oferecer atendimento temporário com internação em leitos clínicos a pacientes infectados pelo novo coronavírus (COVID-19), estarão aptos para a produção de seus regulares efeitos.**

279. É necessário que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da presente manifestação, consoante exigência contida no item I da ON. AGU n. 55, de 23 de maio de 2014.

280. Deve, ainda, o Administrador inserir cópia da presente manifestação referencial no SEI-MS, e acostar em cada um dos autos em que se pretender a realização de serviços de engenharia referentes à elaboração de projetos, implantação e manutenção de Estruturas Hospitalares Temporárias (Hospitais de Campanha) para oferecer atendimento temporário com internação em leitos clínicos a pacientes infectados pelo novo coronavírus (COVID-19), **fundamentada na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.**

281. Recomenda-se que os autos relativos às futuras contratações abrangidas por esse Parecer, **sejam instruídos com as minutas de Projeto Básico e Contrato produzidas a partir dos modelos padronizados juntados em anexo ao presente parecer**, os quais foram devidamente adaptados por esta Consultoria Jurídica a partir dos modelos padronizados pela Advocacia-Geral da União no sítio eletrônico http://agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/908837.

282. Alerta-se ainda, por oportuno, para a necessidade da apresentação de justificativa sempre que for feita a opção de não adotar, parcial ou totalmente, utilização dos modelos referidos no item anterior quando da realização das futuras contratações de que trata o presente parecer.

283. **Sugere-se ainda à área técnica assessorada que, na ocasião das contratações de que tratam os presentes autos, faça a devida verificação formal do ato praticado, de acordo com a Lista de Verificação para Regularidade Contratual (checklist) constante no endereço eletrônico http://agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/908837 (anexa ao presente parecer).**

284. Não sendo o caso, a persistência de dúvida de cunho jurídico deverá resultar na remessa do processo administrativo a esta CGLICI/CONJUR/MS para exame individualizado, mediante formulação dos questionamentos jurídicos específicos.

285. Diante do teor do Memorando Circular nº 048/2017-CGU/AGU, recomenda-se o encaminhamento da presente manifestação jurídica referencial para ciência da Consultoria Geral da União, solicitando a abertura de tarefa ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF/CGU/AGU), para ciência.

286. Além disso, recomenda-se o envio dos autos à Chefe do Serviço de Apoio aos Sistemas de Tramitação de Documentos, para alimentação da página da Consultoria Jurídica e também à Chefe de Gabinete da Consultoria Jurídica, para inserção na página do Ministério da Saúde.

287. Sugere-se o envio dos autos ao Departamento de Logística em Saúde, para ciência e providências.

É o parecer.

À consideração superior.

Brasília, 28 de abril de 2020.

ANTÔNIO MARINHO DA ROCHA NETO
Advogado da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00737005005202076 e da chave de acesso af976676

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO MARINHO DA ROCHA NETO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 407987668 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO MARINHO DA ROCHA NETO. Data e Hora: 29-04-2020 19:03. Número de Série: 40615965114608484214046996584. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
