



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CAMARA NACIONAL DE MODELOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS -
CNMLC/DECOR/CGU

PARECER n. 00006/2020/CNMLC/CGU/AGU

NUP: 00688.000716/2019-43

INTERESSADOS: DECOR e Consultoria-Geral da União

ASSUNTOS: Premissas Adicionais para Utilização de Minutas de contratação fundadas na Lei nº 13.979/20 e encaminhamento de minutas de serviços de engenharia para análise superior.

EMENTA: I - Estabelecimento de premissas complementares ao PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU e apresentação de minutas de contratação para serviços de engenharia (Lista de Verificação, Projeto Básico, Termo de Referência, Edital de Pregão Eletrônico, Minuta Contratual) para análise do DECOR.

II - Ratificação das premissas apresentadas no PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU;

III - Recomendação que se evite a aplicação da analogia e a invocação de precedentes antigos para imposição de limitações às contratações fundadas na situação de emergência em saúde pública. Presunção relativa de malferimento ao regime jurídico da Lei nº 13.979/20 que pauta pela celeridade na contratação. Ônus argumentativo adicional do intérprete para justificar a restrição, caso-a-caso, considerando os interesses jurídicos em jogo.

IV - Não aplicação do regime jurídico específico da Lei nº 13.979/20 às obras, incumbindo à área demandante realizar o enquadramento da contratação, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 54, de 2014;

V - Inexiste qualquer relação de prioridade ou de maior ou menor importância entre Contratação Direta por Dispensa, prevista no art. 4º, e a Licitação na Modalidade Pregão Eletrônico prevista no art. 4º-G, todos da Lei nº 13.979/20. Obrigação de fundamentação da opção feita, qualquer que seja ela, decorrente do dever de motivação dos atos administrativos (art. 2º da Lei nº 9.784/99). Inexistência de ônus argumentativo adicional para escolha da dispensa em detrimento da licitação - regime jurídico possibilita ao gestor a escolha da opção que melhor lhe atenda.

VI - O Decreto nº 7.983/13 somente se aplica aos serviços de engenharia fundados na Lei nº 13.979/20 no que esta última for compatível com a Lei nº 8.666/93.

VII - A decomposição do custo global nos respectivos custos unitários é recomendável, porém pode ser afastada de forma juridicamente válida, em sendo uma medida necessária para o enfrentamento da situação de emergência em saúde pública;

VIII - A utilização dos sistemas SINAPI e SICRO é facultativa. A possibilidade de afastar o uso de tais sistemas ocorre não só quando inviável ou impossível, mas também quando inidôneo, inoportuno ou pouco confiável para embasar a pesquisa de preços, em especial considerando a volatilidade dos preços e do fornecimento em geral e localmente. Incumbe ao Administrador, diante das opções apresentadas pelo art. 4º-E, §1º, VI, da Lei nº 13.979/20 (sendo o SINAPI/SICRO exemplo da prevista na alínea "c") escolher aquelas que se mostrarem mais consentâneas com o interesse público, conforme o caso concreto;

IX - Dispensa de individualização do BDI quando inviável em razão da metodologia de estimativa de preços utilizada. Necessidade de justificativa nos autos.

X - A previsão contida no art. 4º-E, §2º, da Lei nº 13.979/20 pode ser lida de forma extensiva, de modo a possibilitar não só a dispensa integral da estimativa de preços, mas também a dispensa parcial, afastando pré-requisitos ou formalidades que sobre elas venham a incidir, em especial as previstas no Decreto nº 7.983/13. Interpretação do dispositivo a luz do princípio da eficiência administrativa. Necessidade de sólida justificativa demonstrando o benefício, para o interesse público, do uso desse artifício.

XI - A utilização da prerrogativa do art. 4º-E, §2º não dispensa toda e qualquer estimativa de preços, mas sim a estimativa prevista no art. 4º-E, §1º, VI, ou seja, a precedida de pesquisa de preços, sendo possível que a Administração faça tal estimativa por outros meios (simples cálculos, negociação com o contratante no caso de dispensa, etc.), desde que de forma justificada e obedecendo a necessária adequação orçamentária, com as ressalvas aplicáveis no caso de sistema de registro de preços;

XII - Aplica-se o disposto no art. 4º-E, §3º tanto para a aceitação de preços globais, quanto no que concerne aos preços unitários. Independentemente do regime de execução utilizado ou da incidência da exceção do art. 13, I do Decreto nº 7.983/13, é possível que a Administração aceite proposta com preço unitário superior ao por ela estimado, mediante justificativa, pela invocação do art. 4º-E, §3º supracitado.

XIII São incompatíveis com a Lei nº 13.979/20, em especial com os arts. 4º-E, §3º e 4º-I, as restrições ao aditamento contratual previstas nos arts. 13, II e 14 do Decreto nº 7.983/13.

XIV - É possível a utilização da dispensa de licitação para contratação de serviços não-comuns de engenharia, caso em que devem ser elaborados os estudos técnicos preliminares, nos termos da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5/2017.

XV - Apontamentos sobre os modelos de engenharia: Lista de Verificação; Edital de Pregão; Termo de Referência e Projeto Básico; Minuta Contratual.

"A verdadeira novidade é aquilo que não envelhece, apesar do tempo." (Muriel Barbery - A elegância do Ouriço)

1. RELATÓRIO

1. O presente parecer é complementar ao PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU, aprovado pelo Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos pelo DESPACHO n. 00165/2020/DECOR/CGU/AGU e pelo Consultor-Geral da União pelo DESPACHO n. 00227/2020/GAB/CGU/AGU.

2. Seu objetivo é tratar de outras premissas de caráter jurídico, em especial (mas não exclusivamente) envolvendo especificamente as contratações de serviços de engenharia, precedidos de dispensa de licitação ou de pregão, feitas com base na Lei nº 13.979/20, que trata das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, causador da COVID-19.

3. Acompanham este parecer os seguintes modelos para contratação para combate aos efeitos da COVID-19:

- Lista de Verificação de Contratação de Serviços de Engenharia (para contratação direta nos termos do art. 4º da lei ou para contratação por pregão);
- Minuta Contratual de Serviços de Engenharia (para contratação direta nos termos do art. 4º da lei ou para contratação por pregão);
- Edital de Pregão Eletrônico para Contratação de Serviços Comuns de Engenharia;
- Minuta de Termo de Referência para Contratação de Serviços Comuns de Engenharia por Pregão Eletrônico;
- Minuta de Projeto Básico para Contratação Direta de Serviços de Engenharia por Dispensa de Licitação.

4. Esta manifestação será dividida da seguinte forma:

- Ratificação das conclusões do PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU;
 - Limitação à analogia e à invocação de precedentes antigos para imposição de limitações às contratações fundadas na situação de emergência em saúde pública;
 - Inaplicabilidade da Lei nº 13.979/20 para obras.
 - Inexistência de prioridade pelo uso entre a Dispensa e a Licitação no regime da Lei nº 13.979/20
- Aplicabilidade do Decreto nº 7.983/13;
 - Decomposição do custo global de referência em Custos Unitários.
 - 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;
 - Inteligência, Extensão e Repercussões do Art. 4º-E, §2º da Lei nº 13.979/20.
 - Desnecessidade excepcional de inclusão do BDI quando as fontes de pesquisa já o incluem de forma implícita, para evitar sobrepreço.
- Regras de Mão-de-Obra em serviços de engenharia;

- o Planejamento da Contratação para Dispensa de Licitação para Serviços Não-Comuns de Engenharia;
- o Apontamentos sobre os modelos de engenharia.
 - o Lista de Verificação;
 - o Edital de Pregão;
 - o Termo de Referência e Projeto Básico;
 - o Minuta Contratual.

5. É o que importa relatar. Passa-se ao parecer.

2. RATIFICAÇÃO DAS CONCLUSÕES DO PARECER Nº 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU.

6. Inicialmente, ratificam-se todas as conclusões e apontamentos trazidos no PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU (seq. 123), em especial os resumidos nos seguintes pontos:

- o a) deve-se evitar exigir como pré-requisito ou restrição à contratação qualquer medida que não seja estritamente prevista na legislação, por melhor prática que possa aparentar ser;
- o b) especialidade da dispensa de licitação tratada na Lei nº 13.979/2020 em relação ao art. 24 da Lei nº 8.666/93;
- o c) inaplicabilidade das disposições da Lei nº 13.979/2020 para obras;
- o d) presunção legal de atendimento das condições para a dispensa;
- o e) ampliação dos meios de contratação para enfrentamento da situação de emergência;
- o f) estabelecimento de Projeto Básico/Termo de Referência Simplificado;
- o g) possibilidade de contratação de equipamentos usados;
- o h) inaplicabilidade do artigo 26 da Lei nº 8.666 - inclusive no que toca à necessidade de publicação da contratação na imprensa oficial e ratificação do reconhecimento da dispensa;
- o i) da aplicabilidade do art. 4º, §3º, da Lei nº 13.979/20 apenas à hipótese de Contratação Direta, a sua natureza de Inexigibilidade de Licitação e a validade, pela instrumentalidade das formas, de sua aplicação em processos com a denominação de "dispensa de licitação";
- o j) flexibilização da estimativa de custos e inaplicabilidade da IN SLTI nº 5/2014 como norma de observância obrigatória nas contratações regidas pela Lei nº 13.979/20;
- o k) possibilidade de dispensa de apresentação de documentação de regularidade fiscal prevista no art. 4º-F aplicável tanto à contratação direta quanto ao pregão eletrônico;
- o l) os contratos possuem vigência de até 6 meses, sendo a prorrogação possível enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento da situação de emergência de saúde pública. A cessação de tal necessidade tem o condão de apenas retirar a possibilidade de novas prorrogações, mas os contratos continuarão a vigor até o fim de seus respectivos prazos de vigência;
- o m) publicação em sítio específico sem a necessidade de publicação na Imprensa Nacional.

7. As premissas acima são aplicáveis a todas as contratações fundadas na Lei nº 13.979/20, o que inclui os serviços de engenharia.

8. Dito isso, alguns pontos citados acima merecem ênfase e complementação e serão retratados em separado abaixo.

2.1 Limitação à analogia e à invocação de precedentes antigos para imposição de limitações às contratações fundadas na situação de emergência em saúde pública.

9. No PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU foi explicitado como premissa de trabalho "evitar exigir como pré-requisito ou restrição à contratação qualquer medida que não seja estritamente prevista na legislação, por melhor prática que possa aparentar ser". Neste momento cabe aprofundar um pouco mais no que se quer dizer com isso.

10. A Lei nº 8.666/93, enquanto norma geral de licitações e contratos, aplica-se às contratações regidas pela Lei nº 13.979/20 de forma subsidiária, naquilo que: a) não for tratado expressamente por esta lei; b) não estiver em desconformidade com o regime jurídico desta lei (leia-se: não for tratado implicitamente pela lei); c) tiver a natureza de "regra geral" (ex: o art. 26, por mencionar expressamente as dispensas do art. 24 seria regra específica para tais dispensas e não necessariamente uma regra geral de contratação aplicável a todas as dispensas, como visto no aludido parecer).

11. Sobre o segundo ponto, a Exposição de Motivos da MPV 926/20 e todo o teor da Lei são claros ao trazer um regime jurídico que privilegia a agilidade da contratação em detrimento da sua economicidade. Portanto, implicitamente, o silêncio da lei em tratar de limitações, restrições ou pré-requisitos tende a ser um "silêncio eloquente" mais do que propriamente uma omissão a ser integrada.

12. Ademais, a própria situação fática em que se insere a norma acaba por exigir que se privilegie a dimensão consequencialista da interpretação da lei, em especial quando o próprio ato normativo não trata da questão expressamente. Nesse sentido, prevê a Lei de Introdução à Normas de Direito Brasileiro (LINDB) que:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

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

[...]

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

13. No que concerne especificamente à aplicação de precedentes, além dos argumentos acima, o ponto que é importante ressaltar é que não só se trata de uma lei específica, mas a situação toda é, *a priori*, também integralmente nova.

14. O precedente, por natureza, parte de um caso concreto para gerar uma conclusão que seria aplicável em outros casos similares, desde que sem distinção (*distinguishing*). Ocorre que, sendo a conjuntura toda sem entendimentos recentes, os casos seriam, em regra, distintos daqueles que geraram os precedentes, de modo que a mera invocação de julgados do TCU como fundamento para restrições ou limitações pode se mostrar desaconselhável, dada a excepcionalidade da situação atual.

15. Vale citar a seguinte lição de Marçal Justen Filho (em Marçal Justen Filho, Efeitos jurídicos da crise sobre as contratações administrativas, disponível em <https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf>. Acesso em 12/04/2020):

7.1 A insuficiência dos institutos tradicionais de direito administrativo

Os institutos jurídicos tradicionais do direito administrativo são incompatíveis com a complexidade da situação fática e a dimensão supraindividual das dificuldades. Mais precisamente, a submissão dos fatos a esses institutos gera distorções insuportáveis.

16. Registre-se que, havendo a formação de "jurisprudência da crise" específica, ela deve sim ser respeitada normalmente, conforme o caso. O que se busca evitar é a importação imponderada de precedentes firmados em tempos de normalidade para limitar contratações que visam a enfrentar uma situação de calamidade pública.

17. Não é demais lembrar que, nos termos do §2º do art. 2º da LINDB, embora as normas especiais não revoguem as normas gerais, o fato é que elas criam um âmbito específico de incidência, dentro dos quais aquelas normas gerais somente ingressam quando couberem.

18. Em suma, o que se pretende estabelecer é uma recomendação de se evitar o uso de instrumentos como a analogia ou a invocação de precedentes firmados em "tempos de normalidade" para impor restrições ou limitações não previstos expressamente na legislação. Qualquer estabelecimento de restrição ou limitação não prevista expressamente na legislação, apesar de possível (pois o presente parecer não tem o condão de analisar e declarar como incabível toda e qualquer analogia ou aplicação de precedente), demanda que o agente em questão, incluindo o parecerista jurídico, se for o caso, desincumba-se de ônus argumentativo adicional em razão da presunção relativa de que tal medida ferirá a *mens legis* de desburocratização dos procedimentos de contratação para enfrentamento da emergência em saúde pública.

2.2 Inaplicabilidade da Lei nº 13.979/20 para Obras

19. O parecer multicitado trata da questão da seguinte forma:

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.

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.

O escopo da Lei nº 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.

20. A distinção precisa entre obra e serviço de engenharia adquiriu ainda maior relevância com o advento da legislação que instituiu o pregão como modalidade licitatória e da consolidação da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que passou a admitir a sua utilização na contratação de serviços comuns de engenharia.

21. Deste modo, para melhor compreendê-la, urge inicialmente perquirir sobre a definição de obra e serviço de engenharia, porquanto, como ressaltado, tal constitui pressuposto indispensável não só para efeito de elaboração do Edital e de seus anexos, o que inclui um adequado Projeto Básico e/ou Executivo, como também para o manejo da adequada modalidade licitatória.

22. Nos termos do que preconizam os incisos I e II do art. 6º da Lei nº 8.666, de 1993, a acepção legal para obras e serviços é a transcrita abaixo:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - 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.

23. Em que pese a tentativa de o legislador de discriminar as atividades correlatas a cada um dos incisos, consoante se infere da sua leitura, em alguns pontos elas se confundem, acarretando uma série de incertezas no momento do planejamento da licitação.

24. Essa dúvida mereceu a atenção do insigne Lucas Rocha Furtado, para quem a distinção entre obra e serviço reside no seguinte critério:

O critério usualmente adotado para distinguir esses dois contratos é o da verificação da tangibilidade, da materialidade de seu objeto. Será obra o contrato que crie nova materialidade, o mesmo não sendo verificado nos serviços. Assim, no caso de um edifício que necessite de "reforma", como será criado novo aspecto material, será licitada e contratada a execução de obra. Ao contrário, na conservação (serviço), não será criado nenhum aspecto material visualmente novo.

No que toca a orientação do TCU importante observar que o entendimento estava centrado na avaliação se nos serviços de engenharia o emprego de mão-de-obra e equipamentos preponderava sobre a aplicação técnica (TCU. Acórdão nº 2.079/07, Plenário. Rel. Min. Marcos Vilela. DOU, 5 de outubro de 2007). Hodiernamente o que se observa dos julgados da Corte de Contas é uma ampliação da descrição dos serviços comuns de engenharia como forma inclusive de se privilegiar o manejo do pregão. Cite-se:

"são considerados serviços comuns, tornando obrigatória a utilização do pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, os serviços de engenharia consultiva com padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos no edital de licitação, por meio de especificações usuais no mercado." (Acórdão n. 713/2019- Plenário - Voto Ministro Bruno Dantas)

25. 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 as Resoluções do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia- CONFEA.

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

"ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 54, DE 25 DE ABRIL DE 2014 (*)"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."REFERÊNCIA: Art. 1º, Lei 10.520, de 2002; art. 50, §1º, Lei nº 9.784, de 1999. Art. 6º, inc. XI, e art. 38, parágrafo único, Lei nº 8.666, de 1993; Lei nº 5.194, de 1966.LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS(*) Editada pela Portaria nº AGU nº 124, de 25 de abril de 2014, publicada no DOU I 2/5/2014, p.2-3" (g.n.)

27. 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. 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.

29. 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.

2.3 Inexistência de prioridade pelo uso entre a Dispensa e a Licitação no regime da Lei nº 13.979/20.

30. No PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU consta o seguinte excerto:

31. Considerando o crescimento de casos no País de infecção pelo Covid-19, a novel legislação buscou aumentar o leque de opções disponíveis ao gestor que poderá, diante do caso concreto, no menor lapso temporal possível, priorizar o caminho que melhor atenda ao interesse público perseguido, qual seja: preservação do direito à vida.

32. Dessa forma, constam da legislação dois meios de se ultimar as contratações decorrentes da emergência de saúde pública: a) contratação direta por dispensa e b) manejo do pregão com prazos diferenciados.

[...]

34. No afã de ampliar o escopo de atuação do gestor, diante da situação de anormalidade que aflige, indistintamente, todos os países do globo, a lei fixou a possibilidade da realização de pregão por ser uma modalidade licitatória mais célere.

[...]

35. Note-se que as possibilidades legais estipuladas pela norma guardam total independência entre si, não havendo que se falar em qualquer tipo de vinculação e/ou acessoriedade, uma vez que podem ser utilizadas pelo gestor de acordo com as particularidades do caso concreto, observando para tanto alguns cenários, como a volatilidade das demandas, o ineditismo e as peculiaridades do mercado local e internacional.

31. O art. 37, XXI da Constituição Federal abriu a possibilidade de contratação direta nos casos especificados pela lei. Fora deles, é necessário seguir o processo geral de licitação. Isso gera uma reserva legal e o dever de previsão expressa para os casos de dispensa de licitação.

32. Em regra, as leis que aplicam esse dispositivo preveem dispensas para casos específicos e o procedimento licitatório para as contratações em geral. Nessas situações, o argumento de que a licitação é a regra e a dispensa é a exceção possui alguma razão de ser, apesar de não gozar de unanimidade.

33. Entretanto, a Lei nº 13.979/20 inova nesse ponto, na medida em que o art. 4º que trata da dispensa é mais amplo do que o art. 4º-G, que trata da licitação por pregão, já que aquele permite a dispensa para todos os bens e serviços para "enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei", enquanto que o art. 4º-G limita-se aos bens e serviços comuns voltados ao mesmo fim.

34. Ademais, como já dito antes, o legislador, claramente, ponderou os interesses em jogo e alçou ao topo a celeridade do processo, a eficiência administrativa. Nesse contexto, cabe ao aplicador respeitar a ponderação feita e aplicar a regra conforme o caso, conforme ensina Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da, Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 52)

“Esse é um ponto que é muitas vezes ignorado quando se pensa em colisão entre regras e princípios. Em geral, não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção”

35. 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.

36. 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

3. APLICABILIDADE PARCIAL DO DECRETO Nº 7.983/13 EM RELAÇÃO AOS SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA;

37. A Lei nº 8.666/93 é aplicável como norma geral aos serviços de engenharia fundamentados na Lei nº 13.979/20, naquilo que não for incompatível.

38. Repise-se que a Lei nº 13.979/2020 é lei especial e temporária, circunscrita, pois, a um âmbito restrito de aplicação: o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

39. Dito isto, vê-se que as normas inferiores que lhe são antecedentes, obviamente, não podem pretender regulamentá-la, da mesma forma que o fazem com a lei que conferiu seu fundamento de validade.

40. O fato de a Lei nº 13.979/2020 disciplinar um verdadeiro regime de exceção, demonstra que os decretos que se prestaram a regulamentar a Lei nº 8.666/93 e outras leis gerais de licitação e contratação não podem ser aplicáveis a um âmbito que sequer poderia ser imaginado quando da sua edição.

41. Nesta seara, um Decreto que foi editado para uma situação de normalidade não pode se pretender aplicável a situações de completa excepcionalidade, como é o presente caso.

42. Com efeito, o Decreto, instrumento que veicula um regulamento, é ato que visa a uniformizar a aplicação de uma determinada lei. Logo, "o regulamento, além de inferior, subordinado, é ato dependente de lei"[1].

43. Pois bem, na hipótese vertente, o Decreto nº 7.893/13 tem como seu fundamento de validade a Lei nº 8.666/93, sendo dela dependente.

44. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[2] ensina que:

Formalmente, o regulamento subordina-se à lei, pois nela se apóia como texto anterior, para a sua execução, seja quanto a sua aplicação, seja quanto à efetivação das diretrizes por ela traçadas na habilitação legislativa. Sujeita-se, então, o regulamento à lei, como regra jurídica normativa superior, colocada acima dele, que rege as suas atividades, e ser por ele inatingível, pois não pode se opor a ela.

45. Deste modo, a regra geral é que os decretos expedidos têm como limites à regulamentação a lei que possibilitou seu surgimento.

46. Não estamos aqui a dizer que um regulamento anterior não possa ter caráter uniformizador de lei subsequente. Entretanto, nos parece claro a todas as luzes que o decreto anterior somente se aplicaria à parte em que a lei nova reproduzir o mesmo conteúdo, sentido e alcance da lei que deu fundamento de validade ao decreto. Materializando para o presente caso: tem-se que 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.

47. Fora destas hipóteses, o Decreto nº 7.893/13 não se presta a regulamentar a novel legislação.

48. Relembre-se que só há espaço para regulamentação quando a lei a ser executada demande atuação por parte da Administração Pública. Se a nova lei não demandar regulamentação, poderá ser aplicada de imediato, sem as amarras, pois, de uma procedimentalização ulterior.

49. Aplicadas essas premissas ao Decreto nº 7.983/13, sabe-se que o seu fundamento é a Lei nº 8.666/93 e o seu objetivo, nos termos do art. 1º, é 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, mas, por outro lado, indica seu campo de regulação justamente em tema que a Lei 13.979/20 estabelece disposições específicas.

50. Isso porque o Decreto assim estabelece em seu artigo 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*".

51. Já a Lei 13.979/20 estabelece o seguinte, no seu art. 4º-E:

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** conterà:

I – (...)

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 – (...)

§ 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.

52. Como se pode ver, a aplicação das disposições regulamentares há de sofrer algum temperamento (para dizer o mínimo), em vista das disposições legais e excepcionais tratarem do mesmo assunto de maneira distinta e buscarem simplificar essa etapa da preparação de uma contratação pública, ou até mesmo suprimi-la, em casos mais extremos e sob justificativa

53. 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.

55. Passa-se, então, a tratar dessas ressalvas de forma mais aprofundada, 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); os impactos da aplicação da prerrogativa prevista no art. 4º-E, §2º da mesma Lei e as decorrentes da própria aplicação prática do Decreto dentro de uma realidade especial, que irá exigir ajustes.

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

56. 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.

57. 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.

58. 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”.

59. 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.

60. 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.

61. E, reiterando, 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.

62. 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)

63. No mesmo sentido, há centenas de julgados do referido Tribunal, dos quais permitimos destacar o Acórdão 1695/2018 e Acórdão 615/2020-TCU Plenário.

64. 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”.

65. 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.

66. 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).

67. 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.

68. Bem por isso, o presente parecer 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 05 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.

69. 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.

70. Anote-se, de todo modo, que o conteúdo mínimo do Termo de Referência ou do Projeto Básico simplificado obrigatoriamente conterá os critérios de medição e pagamento, conforme §1º, V, do art. 4º-E, da Lei 13.979/20, o que, embora não se confunda 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).

71. Por fim e em resumo, a sistemática prevista no Decreto 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. 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 Termo de Referência ou Projeto Básico Simplificado. Nessa hipótese, do afastamento da sistemática do Decreto 7.983/13, convém 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.

72. Nos ensinamentos de Marçal Justen Filho^[3]:

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.

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

74. Fixada essa premissa, de que a decomposição do custo global em custos unitários embora seja recomendável, pode ser afastada nesse contexto excepcional de forma juridicamente válida, convém ressaltar que a utilização do sistema SINAPI e SICRO para a precificação dos custos unitários possui contornos diferentes, adiante esmiuçados.

3.2 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;

75. 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.

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

77. Sobre essa disposição, foi estabelecido no Parecer nº 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU que:

73. 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.

74. 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.

75. 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.

78. 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. A incidência do princípio da Eficiência Administrativa pode sugerir 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.

79. 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. 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.

80. 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. 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. Tudo isso demanda uma maior flexibilidade ao gestor de uso de outras fontes de pesquisa de preços, caso isso se mostre necessário, prescindindo-se da comprovação da inviabilidade requerida no art. 6º supracitado.

81. 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.

3.3 Desnecessidade excepcional de inclusão do BDI quando as fontes de pesquisa já o incluírem de forma implícita, para evitar sobrepreço.

82. 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 e sem que seja possível dissociá-lo do preço do item, 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.

83. 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

84. 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.

85. 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.

86. 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. 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 "sobrepreço" além do orçamento já elaborado que aborda tais custos de forma implícita. Não se pode exigir da Administração uma medida tornada impossível ou irrazoável pela aplicação da lei.

87. 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. 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.

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

88. O art. 4º-E, §2º da Lei nº 13.979/20 traz a seguinte previsão:

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; e

[...]

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

89. A aplicação do §2º significa dizer que não haveria qualquer estimativa de preços a guiar a aceitação de preços no procedimento licitatório, o que, certamente, representa algum risco de uma contratação antieconômica. 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.

90. 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.

91. 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.

92. 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.

93. 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.

94. 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:

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

95. 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. Uma interpretação literal do dispositivo geraria a obrigação de o Administrador dispensar toda a estimativa de preços, ainda que 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).

96. 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.

97. Saliente-se que a justificativa não deve ser vista de forma trivial e que incumbe ao parecerista assegurar-se de que ela aborda as vantagens para o Interesse Público da opção tomada em relação ao procedimento comum de estimativa de preços, ainda que não seja de sua competência avaliar o mérito do que é dito. **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.** Mas 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 LINDB, acima citados, que deverão estar documentados nos autos.

98. 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. 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.

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

100. 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.

101. 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). 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.

102. 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. **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.**

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

104. 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.

105. A segunda repercussão se dá, no caso de procedimento licitatório, quando da elaboração de edital. O art. 40, X, da Lei de Licitações dispõe que o edital deve conter *o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global* e o art. 11 do Decreto nº 7.983/13 prevê que "Os critérios de aceitabilidade de preços deverão constar do edital de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia". No caso de inexistirem custos unitários individualizados, não vai ser possível prever no edital a compatibilidade dos custos unitários como critério de aceitabilidade (até porque, como já teria sido justificado no processo, seria inviável esse tipo de procedimento).

106. Entretanto, ainda assim, caso o gestor entenda factível, poderá prever a obrigatoriedade de apresentação dos custos unitários, com sua composição detalhada, nas propostas de preços, pois, nesse caso, ficaria mais difícil jogo de planilha entre aditamentos. Registre-se apenas a necessidade de se ter em mente eventual dificuldade dos fornecedores de decompor os custos globais em custos unitários em 4 (quatro) dias úteis quando a própria Administração não teve condições de assim fazê-lo.

107. Cabe reiterar, por fim, 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.

3.5 Inteligência, Extensão e Repercussões do Art. 4º-E, §3º e 4º-I da Lei nº 13.979/20 - Aceitabilidade de Preços e Alterações Contratuais.

108. Fixada a premissa 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, como no caso da Lei 13/979/2020, ainda mais para limitar o alcance desta.

109. 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, cujo teor é o seguinte: “[o]s 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.”

110. É dizer, em se tratando de licitação ou contratação voltada ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, lastreada na Lei 13.979/2020, suas previsões especiais regularão a conduta do agente, em adição ou substituição às limitações regulamentares estabelecidas para as situações de normalidade, conforme o caso.

111. Isso significa que os critérios de aceitabilidade de preços unitários máximos e global poderão ser mitigado, ainda que se adote a sistemática de orçamentação prevista no Decreto 7.983/13 – na medida em que essa metodologia é uma opção do gestor, mesmo nas licitações lastreadas na Lei 13.979/2020, conforme já exposto no presente parecer – e a aceitação de preços superiores aos estimados é uma prerrogativa a este conferida pela mesma Lei, presente a condição nela prevista.

112. 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, só admite a superação destes nos casos de respeito ao custo global orçado e o de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato. Assim, isso também 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 aditativação, já que o tempo depõe contra a mitigação dos efeitos da pandemia para a sociedade.

113. 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 pela Administração, independentemente de se enquadrar na exceção do art. 13, I do Decreto nº 13.979/20. Ou seja, a aceitação de preços unitário também poderá ocorrer por justificativa mediante aplicação do dispositivo supracitado 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.

114. Da mesma forma, as limitações regulamentares à aditativação 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. 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 e, eventualmente, criar óbice ao atendimento de alguma necessidade para o enfrentamento da emergência de saúde pública que a Lei visava justamente afastar.

115. 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 aditativação 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.

4. NECESSIDADE DE ESTUDOS PRELIMINARES NO CASO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA SERVIÇOS NÃO-COMUNS DE ENGENHARIA

116. 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".

117. 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.

118. 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.

119. 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.

120. 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.

5. APONTAMENTOS SOBRE OS MODELOS DE ENGENHARIA.

5.1 Lista de Verificação;

121. A Lista de Verificação seguiu o mesmo formato da Lista de Verificação de Serviços em geral, com as seguintes inclusões:

- a) Referência ao artigo 6º, I e II da Lei nº 8.666/93 que trata das definições de serviço e de obra, enfatizando que a b) Lista em questão não se aplica a esta.
- c) Referência às peculiaridades de orçamentação abordadas neste parecer (item 4)
- d) Aprovação dos projetos junto às autoridades competentes;
- e) Identificação dos profissionais da área de engenharia ou arquitetura que elaboraram os documentos técnicos;
- f) Juntada de RRT ou ART relativa aos documentos que instruem os autos;
- g) Tratamento de Projetos padronizados nos termos do art. 11 da Lei nº 8.666/93;
- h) Enquadramento do serviço como comum e cumprimento de providências de planejamento da contratação e gerenciamento de riscos para dispensa de licitação para serviços não-comuns de engenharia.
- i) Definição e Motivação do regime de execução do objeto (empreitada por preço unitário, por preço global etc.);
- j) Justificativa para aceitação ou vedação para consórcios e subcontratações;

122. Quanto aos itens "g" e "h", eles, em tese, se aplicariam a todos os tipos de contratos. Mas optou-se por colocar essa previsão apenas nos serviços de engenharia porque tais previsões incorporam faculdades que só tendem a ser utilizadas em quantidade significativa em tais tipos de serviços.

123. Já no que concerne aos itens "i" e "j", eles também se aplicam aos demais tipos de contratações. No caso deles, a inclusão apenas na lista de engenharia se dá por se tratarem de providência que já são mencionadas nos modelos de contratação (modelos de Edital e Termo de Referência/Projeto Básico), de modo que se trata mais de um reforço, do que de uma orientação nova. Nesse contexto, tem-se que consórcios e subcontratações são comuns o suficiente para demandar esse reforço apenas nos serviços de engenharia.

5.2 Edital de Pregão;

124. O Edital de Pregão seguiu as cláusulas já aprovadas dos editais usuais de serviços comuns de engenharia com as alterações feitas para os editais de serviços fundados na Lei nº 13.979/20, além dos pontos abaixo:

- Inclusão de disposição alertando sobre a necessidade de se incluir eventuais custos decorrentes de obrigação de substituição de empregado por conta de causa relacionada à COVID-19;
- Compatibilização da regra geral de aceitação de propostas com a possibilidade de invocação do art. 4º-E, §3º da Lei nº 13.979/20, no caso de a proposta ultrapassar o preço estimado ou o preço máximo fixado pela Administração;
- Qualificação como facultativas (em vermelho), ainda que preferenciais, das regras sobre composição unitária de custos e BDI com nota explicativa citando os termos deste parecer;
- Compatibilização do Capítulo III do Decreto nº 7.983/13 com o art. 4º-E, §3º da Lei nº 13.979/20, permitindo a aceitação da proposta quando algum custo unitário for superior ao fixado pela Administração, se for apresentada justificativa nos termos do art. 4º-E, §3º;

- Qualificação como facultativos dos anexos referentes à Planilha de Custos e Formação de Preços e a Composição do BDI, nos termos deste parecer.

5.3 Termo de Referência e Projeto Básico;

125. O Termo de Referência seguiu as cláusulas já aprovadas dos termos de referência usuais de serviços comuns de engenharia com as alterações feitas para os de serviços fundados na Lei nº 13.979/20, além dos pontos abaixo:

- Inclusão de alerta geral sobre a simplificação necessária do Termo de Referência;
- Inclusão de Notas Explicativas, em vários locais, alertando sobre a dispensabilidade da decomposição do custo global em custo unitário, quando inviável, nos termos deste parecer;
- Inclusão de Nota Explicativa sobre os critérios de aceitabilidade de preços, em especial em razão do entendimento acima sobre os custos unitários;
- Inclusão de Nota Explicativa específica sobre o uso dos sistemas SINAPI/SICRO, nos termos deste parecer;
- Inclusão de Nota Explicativa específica sobre BDI, nos termos deste parecer;
- Inclusão de Nota Explicativa específica sobre ART dispensada caso dispensada a produção de planilha com decomposição de custos unitários, nos termos deste parecer;
- Inclusão da recomendação de uso da empreitada por preço unitário sempre que os projetos não forem elaborados com maior nível de rigor e precisão;
- Reformulação da Nota Explicativa sobre sustentabilidade conforme Parecer n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU e inclusão de Nota Explicativa na parte de obrigações sobre o uso de cláusulas de sustentabilidade conforme a orientação do parecer acima, no sentido de que as obrigações só poderão ser afastadas se elas inviabilizarem o sucesso da contratação para o atendimento da demanda;
- Inclusão de subitem 11.49.4 especificando que a exigência de cópia autenticada pode ocorrer apenas se houver dúvida sobre a autenticidade, nos termos do art. 9º do Decreto nº 9.094/17;
- Inclusão de obrigações facultativas, dirigidas a serviços com dedicação exclusiva de mão-de-obra, voltadas para diminuir o contágio da COVID-19, usando por analogia as regras presentes no serviço público
- Inclusão de prazo para apresentação de medição prévia dos serviços executados, ao final de cada etapa da execução contratual;
- Inclusão das regras específicas de Qualificação Técnica;
- Modificação das regras de aceitabilidade de preços, para incluir a possibilidade de não haver preços unitários de referência, bem como incluindo a possibilidade de incidência do art. 4º-E, §3º da Lei nº 13.979/20;
- Qualificação como facultativos dos anexos referentes à Planilha de Custos e Formação de Preços e a Composição do BDI, nos termos deste parecer.

126. Para elaboração do Projeto Básico tomou-se por base o Termo de Referência feito da forma acima e os ajustes feitos e já aprovados quando da elaboração do Projeto Básico de Serviços em geral de COVID-19, além de ter sido feitas as seguintes modificações adicionais:

- Remoção da disposição sobre Vistoria prévia à Licitação, por não fazer sentido em uma dispensa de licitação;
- Remoção de obrigação de fiscalização para os fins do art. 3º, §5º da Lei nº 8.666/93 (preferência a empresas que cumpram reservas de vagas a pessoas com deficiência), por se tratar de hipótese de preferência em licitação;
- Inclusão das cláusulas de Rescisão, Alteração, Casos Omissos, Disposições Gerais e Vedações, para o caso de o instrumento contratual ser dispensado, nos casos permitidos pela lei.

5.4 Minuta Contratual.

127. A minuta contratual ora apresentada é largamente a feita para os serviços em geral, com mudanças pontuais adiante listadas:

- Inclusão de Nota Explicativa no objeto contratual acerca da checagem das planilhas antes da assinatura do contrato;
- Alteração da cláusula do prazo de execução dos serviços com referência ao cronograma físico-financeiro do serviço de engenharia, em vez de colocar previsão de tal prazo na minuta contratual em si;

- Exclusão da menção às regras específicas do Decreto nº 7.983/13 para alterações contratuais, constantes do modelo geral de serviços comuns de engenharia, nos termos do item 3.5 deste Parecer, com inclusão de nota explicativa acerca do tema.

6. CONCLUSÃO

128. Em resumo, as premissas complementares que ora se apresentam, além das minutas em si, detalhadas acima, são as seguintes:

- a) Ficam ratificadas todas as premissas apresentadas no PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU;
- b) Recomenda-se que se evite a aplicação da analogia e a invocação de precedentes antigos para imposição de limitações às contratações fundadas na situação de emergência em saúde pública. Nesses casos, há presunção relativa de malferimento ao regime jurídico da Lei nº 13.979/20 que pauta pela celeridade na contratação. Ônus argumentativo adicional do intérprete para justificar a restrição, caso-a-caso, considerando os interesses jurídicos em jogo;
- c) Não se aplica o regime jurídico específico da Lei nº 13.979/20 às Obras, incumbindo à área demandante realizar o enquadramento da contratação, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 54, de 2014;
- d) Inexiste qualquer relação de prioridade ou de maior ou menor importância entre Contratação Direta por Dispensa, prevista no art. 4º, e a Licitação na Modalidade Pregão Eletrônico prevista no art. 4º-G, todos da Lei nº 13.979/20. Obrigação de fundamentação da opção feita, qualquer que seja ela, decorrente do dever de motivação dos atos administrativos (art. 2º da Lei nº 9.784/99). Inexistência de ônus argumentativo adicional para escolha da dispensa em detrimento da licitação - regime jurídico possibilita ao gestor a escolha da opção que melhor lhe atenda;
- e) O Decreto nº 7.983/13 somente se aplica aos serviços de engenharia fundados na Lei nº 13.979/20 no que esta última for compatível com a Lei nº 8.666/93.
 - e.1) A decomposição do custo global nos respectivos custos unitários é recomendável, porém pode ser afastada de forma juridicamente válida, em sendo uma medida necessária para o enfrentamento da situação de emergência em saúde pública;
 - e.2) A utilização dos sistemas SINAPI e SICRO é facultativa. A possibilidade de afastar o uso de tais sistemas ocorre não só quando inviável ou impossível, mas também quando inidôneo, inoportuno ou pouco confiável para embasar a pesquisa de preços, em especial considerando a volatilidade dos preços e do fornecimento em geral e localmente. Incumbe ao Administrador, diante das opções apresentadas pelo art. 4º-E, §1º, V da Lei nº 13.979/20 (sendo o SINAPI/SICRO exemplo da prevista na alínea "c") escolher aquelas que se mostrarem mais consentâneas com o interesse público, conforme o caso concreto;
 - e.3) Dispensa de individualização do BDI quando inviável ou impertinente em razão da metodologia de estimativa de preços utilizada. Necessidade de justificativa nos autos;
 - e.4) A previsão contida no art. 4º-E, §2º, da Lei nº 13.979/20 pode ser lida de forma extensiva, de modo a possibilitar não só a dispensa integral da estimativa de preços, mas também a dispensa parcial, afastando pré-requisitos ou formalidades que sobre elas venham a incidir, em especial as previstas no Decreto nº 7.983/13. Necessidade de sólida justificativa demonstrando o benefício, para o interesse público, do uso desse artifício.
 - e.5) A utilização da prerrogativa do art. 4º-E, §2º não dispensa toda e qualquer estimativa de preços, mas sim a estimativa prevista no art. 4º-E, §1º, VI, ou seja, precedida de pesquisa de preços, sendo possível que a Administração faça tal estimativa por outros meios (simples cálculos, negociação com o contratante no caso de dispensa, etc.), desde que de forma justificada e obedecendo a necessária adequação orçamentária, com as ressalvas aplicáveis no caso de sistema de registro de preços;
 - e.6) Aplica-se o disposto no art. 4º-E, §3º tanto para a aceitação de preços globais, quanto no que concerne aos preços unitários. Independentemente do regime de execução utilizado ou da incidência da exceção do art. 13, I do Decreto nº 7.983/13, é possível que a Administração aceite proposta com preço unitário superior ao por ela estimado, mediante justificativa, pela invocação do art. 4º-E, §3º supracitado.

- e.7) São incompatíveis com a Lei nº 13.979/20, em especial com os arts. 4º-E, §3º e 4º-I, as restrições ao aditamento contratual previstas nos arts. 13, II e 14 do Decreto nº 7.983/13.
- f) É possível a utilização da dispensa de licitação para contratação de serviços não-comuns de engenharia, caso em que devido o planejamento da contratação e o gerenciamento de riscos em todas as suas fases, nos termos da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5/2017.

129. Diante do exposto, feitas essas observações, submetem-se as minutas anexas a esta manifestação, aprovadas em reuniões realizadas diariamente nos dias 14 a 17/4/2020, à análise do Sr. Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos.

À consideração superior.

Hugo Teixeira Montezuma Sales

Coordenador da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos - CNMLC

Adriano Dutra Carrijo

Advogado da União

Alyne Gonzaga de Souza

Advogada da União

Carolina Saraiva de Figueiredo Cardoso

Advogada da União

Carolina Zancaner Zockun

Procuradora da Fazenda Nacional

Caroline Marinho Boaventura Santos

Procuradora Federal

Diego da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão

Procurador Federal

Eliete Viana Xavier

Advogada da União

Fabício Lopes Oliveira

Procurador Federal

Karina Bacciotti Carvalho Bittencourt

Procuradora Federal

Leandro Sarai

Procurador do Banco Central

Marcelo Akiyoshi Loureiro

Advogado da União

Rachel Nogueira de Souza

Procuradora da Fazenda Nacional

1. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores: 34ª ed., 2019, p. 355.
2. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 357. v. I., p. 357
3. Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 116

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000716201943 e da chave de acesso 39abe440

Documento assinado eletronicamente por ELIETE VIANA XAVIER, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 405650373 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ELIETE VIANA XAVIER. Data e Hora: 20-04-2020 20:20. Número de Série: 1624093. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v5.

Documento assinado eletronicamente por CAROLINA ZANCANER ZOCKUN, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 405650373 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINA ZANCANER ZOCKUN. Data e Hora: 20-04-2020 18:44. Número de Série: 17138348. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por LEANDRO SARAI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 405650373 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LEANDRO SARAI. Data e Hora: 20-04-2020 18:14. Número de Série: 17397483. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por DIEGO DA FONSECA HERMES ORNELLAS DE GUSMAO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 405650373 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DIEGO DA FONSECA HERMES ORNELLAS DE GUSMAO. Data e Hora: 20-04-2020 18:56. Número de Série: 17142155. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por MARCELO AKIYOSHI LOUREIRO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 405650373 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARCELO AKIYOSHI LOUREIRO. Data e Hora: 20-04-2020 18:15. Número de Série: 1757734890204270913. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por RACHEL NOGUEIRA DE SOUZA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 405650373 no endereço eletrônico

<http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RACHEL NOGUEIRA DE SOUZA. Data e Hora: 20-04-2020 18:46. Número de Série: 17261846. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por FABRICIO LOPES OLIVEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 405650373 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FABRICIO LOPES OLIVEIRA. Data e Hora: 20-04-2020 18:21. Número de Série: 17399469. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 405650373 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS. Data e Hora: 20-04-2020 18:22. Número de Série: 17122948. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 405650373 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES. Data e Hora: 20-04-2020 18:17. Número de Série: 26113175607471164680340473837. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por CAROLINA SARAIVA DE FIGUEIREDO CARDOSO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 405650373 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINA SARAIVA DE FIGUEIREDO CARDOSO. Data e Hora: 20-04-2020 17:47. Número de Série: 13464189. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por ADRIANO DUTRA CARRIJO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 405650373 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ADRIANO DUTRA CARRIJO. Data e Hora: 20-04-2020 18:43. Número de Série: 31324327150142904222639884234. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por ALYNE GONZAGA DE SOUZA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 405650373 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALYNE GONZAGA DE SOUZA. Data e Hora: 20-04-2020 18:13. Número de Série: 13190960. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

DESPACHO n. 00247/2020/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.000716/2019-43

INTERESSADOS: Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos

ASSUNTOS: Modelos de edital e seus anexos para contratação de serviços de engenharia relacionados ao enfrentamento da pandemia do coronavírus.

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União,

1. Aprovo o Parecer nº 6/2020/CNMLC/CGU/AGU da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União e os seus anexos, que incluem Lista de Verificação de Contratação de Serviços de Engenharia (para contratação direta nos termos do art. 4º da lei ou para contratação por pregão); modelo de contrato de Serviços de Engenharia (para contratação direta nos termos do art. 4º da lei ou para contratação por pregão); modelo de Projeto Básico para Contratação Direta de Serviços de Engenharia por Dispensa de Licitação; modelo de Edital de Pregão Eletrônico para Contratação de Serviços Comuns de Engenharia; e modelo de Termo de Referência para Contratação de Serviços Comuns de Engenharia por Pregão Eletrônico.
2. Registre-se que na forma da Portaria CGU nº 3, de 14 de junho de 2019, as listas de verificação e os modelos de edital e seus anexos aprovados pelo Consultor-Geral da União vinculam os órgãos consultivos (art. 18), mas não dispensam o exame do caso concreto e a análise jurídica por parte do órgão de execução competente (art. 28), de maneira que, diante das peculiaridades do caso, é possível, mediante motivação, que sejam promovidos ajustes nas minutas de modo a afeiçoá-las às especificidades de ordem técnica e jurídica do objeto perseguido.
3. Ressalta-se, ainda, que devem as Consultorias Jurídicas propor sugestões para atualização ou aprimoramento dos modelos aprovados (art. 28, inciso VI). Outrossim, cumpre consignar que também é possível que a própria autoridade pública assessorada proponha e promova alterações nas minutas, desde que apresente as devidas justificativas nos autos, cuja legalidade deve ser submetida ao juízo do órgão consultivo competente, tudo consoante arts. 18 e 28 da Portaria CGU nº 3, de 2019:

Portaria CGU nº 3, de 2019

Art. 18. As manifestações jurídicas, as orientações normativas, os manuais, os enunciados, os atos normativos, os modelos e listas de verificação e demais trabalhos elaborados pelas Câmaras Nacionais, quando aprovados pelo órgão supervisor e pelo Consultor-Geral da União, devem ser observadas pela CGU e seus órgãos de execução.

...

Art. 28. Incumbe aos órgãos de execução da CGU:

I - disciplinar conjuntamente com a autoridade administrativa competente a adoção obrigatória dos modelos que aprovarem e daqueles produzidos pelas Câmaras Nacionais e aprovados pela CGU;

II - assegurar que, antes de seu pronunciamento consultivo, os órgãos assessorados indiquem e motivem as alterações que, para atendimento de peculiaridades de casos concretos, tenham introduzido nos modelos referidos no inciso I;

III - recomendar ao órgão assessorado, no exame do caso concreto e motivadamente, a alteração de modelos, considerando peculiaridades do caso e de maneira a adequá-los às especificidades de ordem técnica e jurídica;

IV - promover, de ofício, adequações nos modelos padronizados elaborados pelas Câmaras Nacionais e propor, localmente, novos modelos padronizados para atender condições peculiares e inadiáveis de contratações ou demais ajustes a serem firmados pelos assessorados;

V - orientar os órgãos administrativos a identificar e justificar as modificações, exclusões, adaptações e acréscimos que promoverem em minutas geradas a partir de modelos padronizados, de modo a conferir maior celeridade à sua análise jurídica;

VI - comunicar à Câmara Nacional competente eventual sugestão de aprimoramento ou necessidade de atualização jurídica de modelo padronizado ou posicionamento jurídico que hajam adotado; e

VII - comunicar à Câmara Nacional competente a adoção local de novo modelo padronizado, em virtude de matérias inéditas ou específicas que lhes forem submetidas.

4. Caso aprovado, remeta-se o feito ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas - DEINF/CGU, solicitando que os modelos e listas de verificação sejam inseridos no sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União, bem como solicita-se que se avalie a possibilidade de conferir sua ampla divulgação, inclusive via informativo "*Mundo Consultivo*", ou outro meio que se julgar adequado, oportunidade em que também se recomenda que sejam destacados os termos dos itens 2 e 3 deste Despacho.

5. Confira-se ciência aos membros da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União.

Brasília, 23 de abril de 2020.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

ADVOGADO DA UNIÃO

DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000716201943 e da chave de acesso 39abe440

Documento assinado eletronicamente por VICTOR XIMENES NOGUEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 416051271 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR XIMENES NOGUEIRA. Data e Hora: 23-04-2020 12:40. Número de Série: 1781977. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
GABINETE

SAS, QUADRA 03, LOTE 5/6, 12 ANDAR - AGU SEDE I FONE (61) 2026-8557 BRASÍLIA/DF 70.070-030

DESPACHO n. 00340/2020/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.000716/2019-43

INTERESSADOS: Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos

ASSUNTOS: Modelos de edital e seus anexos para contratação de serviços de engenharia relacionados ao enfrentamento da pandemia do coronavírus.

1. Aprovo, nos termos do Despacho nº 247/2020/DECOR/CGU/AGU, o Parecer nº 6/2020/CNMLC/CGU/AGU, da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União, bem como a Lista de Verificação de Contratação de Serviços de Engenharia (para contratação direta nos termos do art. 4º da lei ou para contratação por pregão); o modelo de contrato de Serviços de Engenharia (para contratação direta nos termos do art. 4º da lei ou para contratação por pregão); o modelo de Projeto Básico para Contratação Direta de Serviços de Engenharia por Dispensa de Licitação; o modelo de Edital de Pregão Eletrônico para Contratação de Serviços Comuns de Engenharia; e o modelo de Termo de Referência para Contratação de Serviços Comuns de Engenharia por Pregão Eletrônico.

2. Confira-se ciência aos membros da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos, e encaminhe-se o feito ao DEINF/CGU para as providências sugeridas.

Brasília, 23 de abril de 2020.

(assinado eletronicamente)

ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO

Advogado da União

Consultor-Geral 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) 00688000716201943 e da chave de acesso 39abe440

Documento assinado eletronicamente por ARTHUR CERQUEIRA VALERIO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 416216987 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ARTHUR CERQUEIRA VALERIO. Data e Hora: 23-04-2020 17:20. Número de Série: 17340791. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.