



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAPÁ
GABINETE

PARECER n. 00133/2021/GAB/PFUNIFAP/PGF/AGU

NUP: 00893.000249/2021-41

INTERESSADOS: GABINETE DA REITORIA UNIFAP

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

EMENTA: 1. Tomada de preços; 2. Contratação de empresa especializada para CONSTRUÇÃO DE CENTRO DE VIVÊNCIA PARA COMUNIDADE ACADÊMICA; 3. Análise da minuta em cotejo com LGL.

I - Relatório

1- Trata-se de processo administrativo instaurado a fim de viabilizar contratação de empresa especializada para CONSTRUÇÃO DE CENTRO DE VIVÊNCIA PARA COMUNIDADE ACADÊMICA.

2- O processo administrativo foi autuado e encaminhados à Procuradoria Federal da UNIFAP, órgão da Procuradoria-Geral Federal nos termos dos art. 11, VI “a” da LC 73/93, do art. 38 da Lei 8.666/93, Portaria PGF nº 526, de 26 de agosto de 2013, Instrução Normativa Conjunta PGF/INSS nº 1, de 19 de março de 2010, a fim de que seja feita a análise jurídica.

3- Os autos foram encaminhados à esta PF/UNIFAP trazendo os seguintes documentos relevantes pra a análise pretendida:

- o DESPACHO Nº 2841/2021 - GR;
- o DESPACHO Nº 2947/2021 - PROAD;
- o DESPACHO Nº 4742/2021 - SECPREF;
- o DESPACHO Nº 4946/2021 - PROAD;
- o DESPACHO Nº 8705/2021 - REITORIA;
- o FORMULÁRIO DE SOLICITAÇÃO DE PROJETO;
- o Minuta do Edital;
- o Minuta PROJETO BÁSICO;
- o ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS E MEMORIAL DESCRITIVO;
- o MODELO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE IMPEDITIVO DE HABILITAÇÃO;
- o MODELO DE DECLARAÇÃO RELATIVA À PROIBIÇÃO DO TRABALHO DO MENOR (LEI Nº. 9.854/99).;
- o MODELO DE DECLARAÇÃO DE VISTORIA;
- o MODELO DE DECLARAÇÃO DE ELABORAÇÃO INDEPENDENTE DE PROPOSTA;
- o MODELO DE CARTA PROPOSTA;
- o MODELO DE DECLARAÇÃO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO;
- o MAPA DE RISCOS;
- o DESPACHO Nº 23759/2021 - PREFEITURA;
- o DESPACHO Nº 23775/2021 - PROAD;
- o DESPACHO Nº 23786/2021 - PROPLAN;
- o DESPACHO Nº 23849/2021 - DGO;
- o DESPACHO Nº 23908/2021 - PROAD;
- o MINUTA DE CONTRATO Nº 00/2021-UNIFAP;
- o DESPACHO Nº 24125/2021 - DICONT;
- o PORTARIA Nº 1719/2020;
- o DESPACHO Nº 24483/2021 - PROAD;
- o DESPACHO Nº 24513/2021 - REITORIA.

4- É o relatório.

II – Fundamentação.

II – 1 Conteúdo e limites da manifestação jurídica prevista ao inciso VI do art. 38 da LGL.

5- O presente parecer não aborda o mérito do ato administrativo, da opção realizada para atendimento da necessidade da Administração, tão pouco aspectos técnicos, econômicos e financeiros, uma vez que que transcendem os limites da análise jurídica.

6- Orientando exatamente nesse sentido tem-se o enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Administrativas editados pela Consultoria-Geral da União, cujo texto segue:

"O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto."

II – 2 Formalidades do processo e do procedimento

II – 2.1 Formalidades do art. 38 da LGL

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

8- Com efeito, no que pertine especificamente à licitação, bem como aos contratos/convênios e outros ajustes, de acordo com a Orientação Normativa AGU nº 2/2009, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são pertinentes, iniciando-se com a devida autuação, com a correspondente protocolização e numeração, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, contendo, na medida do possível, no máximo, 200 folhas, em conformidade com a Portaria Interministerial n. 1.677/2015 - DOU de 08.10.2015, Seção 1, pg.31 ou da Portaria Normativa nº 1.243, de 21.09.2006, do Ministério da Defesa

9- Autos do presente processo administrativo foram devidamente autuados, racionalizados os documentos em ordem cronológica.

10- A numeração ficou prejudicada em função da anexação do conteúdo do SIPAC ao SAPIENS, mas, a fim de organizar o relatório, foi adotada a numeração pertinente ao arquivo em PDF resultante do download integral do processo no SAPIENS.

11- Adequadamente atendidas as exigências do art. 38 da LGL.

II – 2.2 Quanto à digitalização dos documentos

12- A princípio, os documentos dos autos foram adequadamente digitalizados, não tendo sido identificadas anomalias nesse aspecto.

II – 3 O Objeto a ser licitado

13- De acordo com os documentos constantes nos autos, pretende a administração licitar a contratação de empresa especializada para a construção de dois espaços de vivência no Campus Marco Zero.

14- Relevante classificar o objeto da demanda, antes mesmo de seguir à análise dos demais pontos sensíveis.

15- O art. 6º da LGL traz definições relevantes no sentido de esclarecer de forma precisa a natureza do objeto a ser licitado.

16- O presente caso demanda a consideração do conteúdo de obra, constante do inciso I do art. 6º da LGL. Considere-se:

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

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

17- O objeto da licitação pretendida é, pois, uma obra conforme definição legal. Essa definição é importante para definição do regime jurídico aplicável.

II – 4 Modalidades de licitação

18- O princípio geral da licitação foi instituído pelo inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

19- A edição de leis gerais a regulamentar o procedimento licitatório é competência da União Federal nos termos do art. 22, XXVII da Constituição Federal.

20- A fim de prover as referidas normas gerais, foi editada a Lei 8.666/93 que, tratou modalidades licitatórias a partir de seu art. 22. Considere-se:

Art. 22. São modalidades de licitação:

- I - concorrência;
- II - tomada de preços;
- III - convite;
- IV - concurso;
- V - leilão.

21- Não se pode perder de vista que a lei 14.133/2021 extinguiu as modalidades tomada de preços e convite, inseriu a modalidade do diálogo competitivo e, alterou as referências pertinentes à dispensa de licitação em razão do valor.

II – 4.1 Tomada de preços

22- O TCU, a partir do conteúdo preceituado pelo §2º do art. 22 da LGL, definiu a tomada de preços em seu Manual de Licitação e Contratos conforme segue:

Modalidade realizada entre interessados do ramo de que trata o objeto da licitação, devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior a data do recebimento das propostas, que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital.

II – 4.2. Critério legal para definição da modalidade licitatória

23- O critério para definição da modalidade adequada de licitação para cada contratação pretendida foi definido pelo art. 23. Considere-se:

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

- I - para obras e serviços de engenharia: [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)
- a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)
- b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)**
- c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)
- (...)

24- Lucas Rocha Furtado acerca dos critérios estabelecidos pela LGL o quanto segue:

Desse modo, podemos estabelecer o seguinte quadro para indicar a modalidade a ser utilizada:

- 1 Se o objeto da contratação for bem ou serviço comum, deve ser utilizado obrigatoriamente o pregão, independentemente do valor do contrato;
- 2 Se o poder público objetiva escolher trabalho técnico, artístico ou científico mediante o pagamento de prêmio, a modalidade indicada é o concurso;
- 3 Para a alienação de bens móveis (de até R\$650.000,00) ou de imóveis (nos termos da Lei nº 8.666/93, art. 19, III), a modalidade a ser adotada é o leilão;
- 4 Nas demais hipóteses, o administrador deve utilizar a concorrência, a tomada de preços ou o convite, sendo o valor do contrato o parâmetro para a escolha dentre uma dessas três modalidades.**

25- Portanto hoje, à medida em que a Administração opte por utilizar a Lei 8.666/93, concorrência, a tomada de preços ou o convite são modalidades residuais ou comuns de licitação.

26- O DESPACHO Nº 23775/2021 - PROAD revela total geral de R\$ 1.257.169,72 (um milhão e duzentos e cinquenta e sete mil e cento e sessenta e nove reais e setenta e dois centavos).

27- A lei 8.666/93, a partir de seu art. 23, define a modalidade licitatória adequada a partir do valor da contratação. Os valores do dispositivo mencionado foram recentemente atualizados pelo DECRETO Nº 9.412, DE 18 DE JUNHO DE 2018. Com efeito, tem-se os valores que seguem:

I - para obras e serviços de engenharia:

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

25- Portanto, a partir do valor total indicado, mostra-se adequada a modalidade “tomada de preços”.

26- A administração definiu de forma adequada a modalidade licitatória.

27- É o caso, contudo de prosseguir analisando outros aspectos pertinentes aos procedimentos adotados.

II – 5 Parcelamento da demanda submetida à Administração Pública.

II – 5.1. O parcelamento da contratação como regra

28- O desmembramento das licitações e contratações, a princípio, atende o quanto consta do §1º do art. 23 da LGL.
Considere-se:

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#) (grifo nosso).

29- Sobre o §1º suso transcrito lecionou Marçal Justen Filho:

O art. 23, § 1º, impõe o fracionamento como obrigatório. A regra retrata a vontade legislativa de ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados. O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência. A competição produz redução de preços e se supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única.

30- A obrigatoriedade do fracionamento respeita limites de ordem técnica e econômica.

II – 5.1.1. Condicionantes para o desmembramento.

31- É fato que a regra aponta no sentido do parcelamento e, o TCU detém inúmeros precedentes com esse conteúdo. A matéria, de tão consolidada, foi inclusive objeto da Súmula de nº 247. Considere-se:

SÚMULA Nº 247

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

Acórdão nº 1783 - TCU - Plenário, 10 de novembro de 2004.

32- A literalidade da Súmula acima revela contudo que, a incidência da regra do parcelamento dá-se mediante atendimento de duas condicionantes específicas, quais sejam:

- a. Ausência de prejuízo para o conjunto;
- b. Inexistência de perda de economia de escala;

33- O parcelamento do objeto a ser licitado deve ser portanto, a regra em termos de procedimento, **salvo impedimento técnico ou econômico** que deverá ser justificado. Nesse sentido vem decidindo o TCU conforme segue:

"(...) a ampliação da competitividade via parcelamento do objeto constitui-se em regra e não em exceção, cuja impossibilidade deve ser circunstancialmente justificada no processo de contratação (art. 23, § 1.º, da Lei 8.666/1993)" (Acórdão 847/2010, Plenário, rei. Min. Walton Alencar Rodrigues).

- **Acórdão nº 1.913/13, Plenário (ausência de parcelamento do objeto em itens, não comprovação da inviabilidade técnica ou econômica, restrição à competitividade)**

Voto do Ministro Relator

[...]

17. Quinto, a falta de parcelamento do objeto, quando este é técnica economicamente viável, contraria a legislação em vigor (arts. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993) e a jurisprudência consolidada no Tribunal (Súmula nº 247), restringe a competitividade da licitação e prejudica a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, ao impedir que os fabricantes dos produtos possam participar diretamente da competição.

II – 5.2. Multiplicidade de licitações

34- O §2º do art. 23 por vez, prevê a necessidade de proceder-se uma licitação para cada parcela. Considere-se o dispositivo:

§ 2o Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, *há de corresponder licitação distinta*, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação. ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#)). (grifo nosso)

35- Tratando da interpretação do §2º do art. 23 da LGL Marçal Justen Filho lecionou:

O fracionamento do objeto produz a realização de diversas licitações. Trata -se da própria razão de ser do fracionamento. Ao se dissociar uma única contratação em uma pluralidade de contratos de objeto mais reduzido, objetiva-se ampliar a competitividade. **Isso apenas se poderá obter através da abertura de diferentes licitações.** cada qual orientada a selecionar a proposta mais vantajosa para um determinado lote. Os requisitos de habilitação serão menos severos, porque a dimensão econômica e a complexidade técnica de cada lote serão inferiores. Como decorrência, será maior o número de particulares em condições de competir.

II – 5.2.1. A inconveniência da multiplicidade de processos licitatórios e seu tratamento.

36- Em tempos atuais, a regra na Administração Pública Federal aponta para um quadro de servidores com diversos pontos de insuficiência, seja do ponto de vista quantitativo, seja qualitativo. Torna-se, pois, cada vez mais importante fazer uso da forma mais eficiente possível do potencial laborativo do quadro.

Eficiência administrativa implica, em linhas gerais, fazer cada vez mais no sentido do atendimento do interesse público, com cada vez menos recursos.

37- A multiplicidade de licitações pode não atender de forma adequada o princípio constitucional da eficiência (CF, art. 37).

38- Com intenção de concretizar o referido princípio, seria possível, por exemplo, realizar apenas uma licitação, compondo as parcelas da demanda como itens do procedimento licitatório.

39- Considere-se precedente do TCU no sentido da licitação única com multiplicidade de itens para hipótese similar a dos presentes autos:

INFO 37/TCU - vários processos licitatórios versus um processo com vários lotes

Parcelamento do objeto: vários processos licitatórios versus um processo com vários lotes

Representação formulada por unidade técnica do Tribunal informou a necessidade de se apurar —possível prática de sobrepreço na contratação de serviços terceirizados pelos órgãos federais de Roraima. Nesse quadro, foi determinada pelo relator a realização de inspeção na Seção Judiciária do Estado de Roraima – TRF da 1ª Região, para averiguação de legalidade, economicidade e efetividade da aplicação de recursos federais na contratação de serviços de terceirização de mão de obra, exceto aqueles relativos à prestação de serviços de vigilância e segurança armada/desarmada.

A equipe técnica verificou, então, que o órgão possuía apenas um contrato de terceirização, que —o atendia em relação aos serviços de limpeza, conservação, manutenção de instalações físicas, jardinagem, copeiragem,

recepção de portaria e gabinetes, atendimento de consultório e operação de fotocopiadorasl.

Constatou, também, que o —órgão realizou uma contratação conjunta de serviços divisíveis técnica e economicamente, em desacordo com o disposto no art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993l, além de outras potenciais irregularidades.

Apresentadas justificativas por responsável ouvido em audiência, a unidade técnica considerou que —a separação de licitações ou adjudicação por itens de serviços de natureza distinta é uma imposição da Lei de nº 8.666, de 1993, com jurisprudência uniforme do TCU, e deve ser seguida por todos os agentes públicos, independente da esfera de poderl.

Na espécie, ainda para a unidade técnica, mesmo que não tenha havido restrições à competitividade, a junção de vários serviços distintos em uma só contratação inviabilizaria —a participação de empresas menores que porventura não tenham capacidade para atender a demanda total, mas apenas algumas parcelasl.

Quanto à procedimentalização da licitação, a unidade técnica realçou que o cumprimento da legislação de referência —não requer necessariamente a realização de vários certames licitatórios, como supõe o gestorl, pois seria perfeitamente possível —realizar apenas uma licitação, bastando que os serviços divisíveis, sob o prisma técnico e econômico, sejam separados por lotes, medida que possibilita a adjudicação de serviços específicos para empresas diferentes, sempre em busca da proposta mais vantajosa para a Administração. A despeito de não ser possível afirmar que houve restrição da competitividade nos moldes adotados pelo TRF/RR, dada a participação de 8 (oito) empresas no certame, é forçoso concluir que a divisão por lotes atende de forma muito mais ampla o princípio da competitividade. Acolhendo a manifestação da unidade técnica, o relator votou pela expedição de alerta ao TRF da 1ª Região - Seção Judiciária do Estado de Roraima, de modo a evitar ocorrência semelhante em licitações futuras, no que foi acompanhado pelos demais Ministros. Acórdão n.º 6594/2009-1ª Câmara, TC-022.785/2010-8, rel. Min. Valmir Campelo, 05.10.2010.

40- Analisando questão similar, o TCU foi inclusive além, recomendando licitação única e contrato único em alguns casos. Nesse sentido segue acórdão do TCU colacionado por Marçal Justen Filho:

"9. Urge frisar, preliminarmente, que a adjudicação por grupo ou lote não pode ser tida, em princípio, como irregular. É cediço que a Súmula 247 do TCU estabelece que as compras devam ser realizadas por item e não por preço global, sempre que não haja prejuízo para o conjunto ou perda da economia de escala. **Mas a perspectiva de administrar inúmeros contratos por um corpo de servidores reduzido pode se enquadrar, em nossa visão, na exceção prevista na Súmula 247, de que haveria prejuízo para o conjunto dos bens a serem adquiridos.**

10. A Administração deve sopesar, no caso concreto, as consequências da multiplicação de contratos que poderiam estar resumidos em um só, optando, então, de acordo com suas necessidades administrativas e operacionais, pelo gerenciamento de um só contrato com todos os itens ou de um para cada fornecedor. É claro que essa possibilidade deve ser exercida dentro de padrões mínimos de proporcionalidade e de razoabilidade" (Acórdão 2.796/2013, Plenário, Rel. José Jorge).

41- Não se pode perder de vista a necessidade da administração pública pautar sua atuação pela busca da eficiência.

II – 5.3. A definição da modalidade licitatória a partir da totalidade da demanda.

42- A diretriz genérica constante do §1º do art. 23 da LGL foi objeto de pontual restrição por parte do §5º do mesmo dispositivo. Considere-se:

§ 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para **parcelas de uma mesma obra ou serviço,** ou ainda **para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local** que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))

43- A rigor, o dispositivo pretendeu evitar o fracionamento da despesa com objetivo de permitir a contratação direta ou, a utilização de modalidade licitatória menos rigorosa do que o devido para o bojo da demanda.

44- O Tribunal de Contas da União tratou de fracionamento de despesa ao seu Manual de Licitações e Contratos conforme segue:

Fracionamento, a luz da Lei de Licitações, caracteriza-se quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior a recomendada pela legislação para o total da despesa ou para efetuar contratação direta.

A Lei nº 8.666/1993 veda no art. 23, § 5º, o fracionamento de despesa. Impede, por exemplo, a utilização da modalidade convite para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços de idêntica natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente sempre que a soma dos valores caracterizar o caso de tomada de preços. De igual forma, a utilização de várias tomadas de preços para se abster de realizar concorrência.

Ressalvado o pregão, que pode ser adotado em qualquer caso, não é permitida utilização de modalidade inferior quando o somatório do valor em licitação apontar outra superior. Ou seja:

- convite, quando o valor determinar tomada de preços ou concorrência; ou
- tomada de preços, quando o valor for de concorrência.

É vedado fracionamento de despesas para adoção de dispensa de licitação ou modalidade de licitação menos rigorosa que a determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado.

Em resumo, se a Administração optar por realizar várias licitações ao longo do exercício financeiro, para um mesmo objeto ou finalidade, **deverá preservar sempre a modalidade de licitação pertinente ao todo que deveria ser contratado**. Vale dizer, ilustrativamente: se a Administração tem conhecimento de que, no exercício, precisar substituir 1.000 cadeiras de um auditório, cujo preço total demandaria a realização de tomada de preços, não é licita a realização de vários convites para compra das cadeiras, fracionando a despesa total prevista em várias despesas menores que conduzem a modalidade de licitação inferior a exigida pela lei.

Pela legislação pertinente, não se considera fracionamento a contratação de parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diferente daquela do executor da obra ou serviço.

45- Considere-se instrutivo precedente do Tribunal de Contas da União:

- Acórdão 1.540/14, Plenário (aplicação do art. 23 da Lei 8.666/93, parcelamento obrigatório das licitações em obras, ausência de conflito entre os §§ 1º e 5º do referido artigo)

Voto do Ministro Relator

[...]

Prosseguindo a análise das situações expostas na consulta, correta a conclusão da unidade técnica, em resposta à situação hipotética IV, de que não há conflito entre os parágrafos 1º e 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, que devem ser interpretados em conjunto:

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividades em perda da economia de escala.

§ 5º É vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

De acordo com o § 1º, o parcelamento é obrigatório quando o objeto da contratação tiver natureza divisível e sem que acarrete prejuízo técnico/econômico para o conjunto a ser licitado. A localização das parcelas é irrelevante nesse caso.

Já o § 5º trata da modalidade de licitação a ser adotada por cada parcela de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente. **Nesse caso, em que é realizada uma licitação para cada parcela em que o objeto foi dividido, é vedada a utilização de vários certames na modalidade “convite” ou “tomada de preços”,** quando o somatório dos valores licitados caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente.

46- Marçal Justen Filho lecionou:

Um tema bastante interessante é **a escolha da modalidade cabível de licitação em caso de fracionamento**. Tem sido usual reputar-se que o valor de contratações sucessivas, com objeto similar, deve ser somado para determinação da modalidade licitatória cabível. A questão exige aprofundamento.

(...)

Os §§2º, *in fine*, e 5.0 do art. 23 devem ser interpretados conjuntamente. Determinam que a pluralidade de licitações, embora acarretando a redução da dimensão do objeto licitado, não podem conduzir à modificação da modalidade de licitação. Seguindo o mesmo princípio, a Lei veda que o fracionamento produza dispensa de licitação fundada no preço inferior ao limite mínimo (art. 24, I e II).

Não há vedação ao fracionamento (excluídas as hipóteses em que isso acarretar prejuízos econômicos à Administração ou em que haja impedimento de ordem técnica). O que se proíbe é o fracionamento ser invocado como pretexto para modificação do regime jurídico aplicável à licitação. A determinação da obrigatoriedade de licitação e a escolha da modalidade cabível devem fazer-se em face do montante conjunto de todas as contratações, independentemente de fracionamento.

Essa orientação foi consagrada, de modo indireto, pelo próprio TCU, em publicação oficial. Asseverou-se que: "É vedado o fracionamento de despesas para a adoção de dispensa de licitação ou modalidade de licitação menos rigorosa que determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado. Lembre-se: fracionamento refere-se à despesa". A explícita ressalva final destina-se a destacar que o problema fundamental não se relaciona propriamente com o fracionamento da contratação, mas com a invocação desse fracionamento como fundamento para evitar a licitação ou para aplicar a modalidade adequada.

(...)

Ainda que seja obrigatória a preservação da modalidade licitatória cabível para a totalidade dos objetos contratados, os requisitos de participação deverão ser fixados tomando em vista o objeto fracionado. Assim, a capacidade técnica e a qualificação econômico-financeira deverão ser avaliadas em face do objeto a ser efetivamente executado.

47- O TCU tem dado especial atenção ao custo total da demanda identificada e, a partir deste, definido a modalidade licitatória adequada. Considerem-se alguns precedentes didáticos:

"Vale lembrar que o fracionamento de compras, com a **utilização indevida de modalidade inferior de licitação**, tende a prejudicar a escolha da melhor proposta para a Administração, que poderia ser ofertada por empresas de maior porte e com capacidade de dar descontos maiores nos preços praticados" (Acórdão 765/2012, 1.ª C., rei. Min. José Múcio Monteiro)."

"6. É notório que a jurisprudência dominante desta Corte prescreve .que a modalidade adotada nas licitações de parcelas do objeto fracionado deve ser a mesma que seria adotada se não houvesse o fracionamento, ou seja, deve ser levado em conta o valor total do objeto"(Acórdão 101/2012, Plenário, rei. Min. Raimundo Carreira).

II – 6 Procedimento a ser adotado.

48- As diferenças no que se refere ao procedimento padrão da concorrência são pontuais. Lucas Rocha Furtado as resumiu conforme segue:

a. a primeira é destinada a qualquer pessoa que, na fase de habilitação, preencha os requisitos necessários à sua participação na licitação, enquanto a tomada de preços é modalidade dirigida aos interessados que já estejam cadastrados ou "que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação".

b. A segunda característica que distingue a tomada de preços da concorrência diz respeito ao **prazo para apresentação das propostas**. No art. 21 são definidos esses prazos que, no caso de concorrência, será de, no mínimo, 30 dias (§2º, inciso II, "a"), exceto "quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço", hipótese em que o prazo mínimo para a apresentação de propostas passa para 45 dias (§2º, inciso I).

48- Quanto aos demais aspectos, a rigor, é o caso de observar os regramentos pertinentes à modalidade concorrência.

II – 7 Exigências procedimentais.

49- A partir do §2º do art. 7º c/c art. 38 da LGL, é possível sistematizar o conjunto de pressupostos que passam a ser abordados a seguir:

II – 7.1. Projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

50- Consta nos autos o Projeto Básico.

51- Não foi identificada, contudo, decisão da autoridade competente no sentido da aprovação expressa do documento. Recomenda-se juntada aos autos.

II – 7.2. Orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

52- Consta nos autos Planilha Orçamentária.

II – 7.3. Previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

53- A partir do inciso III do §2º do art. 7º da LGL observa-se que, a existência de “... previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma”, constitui condição de validade de eventual licitação.

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

(...)

54- O DESPACHO Nº 23849/2021 - DGO atesta a disponibilidade orçamentária.

II – 7.4. Edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;

55- Consta nos autos a Minuta de edital de tomada de preços.

II – 7.5. Termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;

56- Consta nos autos a Minuta do contrato.

II – 7.6. Pesquisa de preço

57- Trata-se de obra conforme definido ao item II -3 do presente estudo. Pesquisa de preço para confecção de orçamento estimativo deve seguir os parâmetros definidos pelo DECRETO Nº 7.983, DE 8 DE ABRIL DE 2013.

58- Do art. 3º do decreto mencionado tem-se o quanto segue:

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.

59- O critério é pois, preço global, a partir da soma de preços unitários, definidos a partir da SINAPI.

60- O TCU tem precedente específico recomendando pesquisa de preços na utilização da tomada de preços.
Considere-se:

Nas tomadas de preços, realize pesquisa de mercado e publique o resumo do edital no DOU, conforme ordenado nos arts. 21, inciso I, e 15, § 4º, da Lei no 8.666/1993, respectivamente. **Decisão 472/1999 Plenário**

61- Portanto, sugere-se que a Administração ateste nos autos se na estimativa dos preços foram considerados: SINAPI, informativo SBC e o mercado local.

II – 8 Análise da minuta.

II – 8.1. Procedência da minuta.

62- A fim de atender ao princípio da eficiência e da impessoalidade, é importante que a Administração Pública desenvolva, com auxílio de sua consultoria jurídica, minutas padronizadas de editais, contratos e demais peças pertinentes aos processos de licitação.

63- A padronização permite à Administração Pública tramitar seus processos de forma mais célere, homogênea e, segura.

64- A Consultoria-Geral da União tem incentivado a utilização de minutas padronizadas, conforme Enunciado 06 do Manual de Boas Práticas Consultivas que segue:

Boa Prática Consultiva – BPC nº 06 – Minutas padronizadas.

A criação de minutas padronizadas de editais e contratos, atualizadas periodicamente, a serem disponibilizadas pelas Unidades Consultivas aos órgãos assessorados é medida de eficiência e de aprimoramento do trabalho jurídico-consultivo.

65- A minuta do edital anexada aos autos denota que a Administração utilizou modelo desenvolvido pela Câmara Nacional de Modelos da AGU. Essa medida dinamiza de forma significativa a conferência do documento, concretizando o princípio da eficiência no procedimento de conferência de minutas.

II – 8.2. Avaliação das alterações realizadas ao modelo definido pela CNMLC/CGU

II – 8.2.1. Sobre a participação de cooperativas

66- Cooperativas seguem regulamentadas pela LEI Nº 5.764, DE 16 DE DEZEMBRO DE 1971.

67- Como regra, deve ser considerado o conteúdo do inciso I do §1º do art. 3º da Lei 8.666/93 conforme segue:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, **inclusive nos casos de sociedades cooperativas**, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991 (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

68- O art. 4º, II da lei 12.690/2012 classificou as cooperativas e, definiu cooperativas de trabalho conforme segue:

Art. 4º A Cooperativa de Trabalho pode ser:

I - de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; e

II - de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

69- A mesma Lei 12.690/2012 previu ao §2º de seu art. 10 o quanto segue:

§ 2º A Cooperativa de Trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social.

70- Em que pese o dispositivo acima, o TCU ainda tem considerado discricionária a decisão da Administração acerca da participação de cooperativas na licitação. Considere-se nesse sentido precedente que segue:

Enunciado: A decisão pela vedação de participação de consórcio de empresas em licitação é discricionária, porém deve ser devidamente motivada no processo administrativo. (Acórdão 2633/2019-Plenário, Data da sessão 30/10/2019, Relator RAIMUNDO CARREIRO)

71- Recomenda-se que a Administração justifique a exclusão expressa da participação de cooperativas.

II – 8.2.2. Sobre a participação de consórcio.

72- O item 6.2.6. do edital veda expressamente a participação de consórcios. Essa questão exige alguns esclarecimentos.

73- O caput do art. 33 da Lei 8.666/93 estabelece regra no sentido da vedação da participação de consórcios nas licitações, apontando a possibilidade de ser autorizada de forma expressa esta participação. Considere-se:

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

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

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

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de

qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexistente este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

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

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

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

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

74- A decisão quanto à participação de consórcios encerra, como regra, discricionariedade administrativa, com exceção de contratações complexas e de grande vulto. Para estas, o TCU tem exigido que seja facultada a participação de consórcios conforme precedente que segue:

Enunciado: Deve ser autorizada a participação de consórcios nas licitações cujo objeto seja de grande vulto, pois isso permite um afluxo maior de competidores e aumenta a probabilidade de seleção de uma proposta mais vantajosa para a Administração. (Acórdão 1104/2007-Plenário, Data da sessão 06/06/2007, Relator AROLDO CEDRAZ)

75- O caso sob análise não trata de obra de grande vulto, portanto, não seria obrigatória a participação de consórcios conforme o entendimento do TCU.

76- A rigor pois, à medida que trata-se de uma contratação menos complexa, a regra da decisão discricionária estaria mantida. Ocorre que o TCU, mesmo nas hipóteses abrangidas pela discricionariedade, tem exigido que seja motivada a decisão nos autos. Considerem-se precedentes do TCU nesse sentido:

Lembramos que a opção pela vedação à participação de consórcios, por representar potencial restrição à competitividade do certame, deve ser fundamentada em motivo objetivo e documentada no processo licitatório (Acórdãos TCU nº 1.405/2006 e nº 1.453/2009-Plenário, e nº 1.102/2009-1ª Câmara)

Enunciado: A decisão pela vedação de participação de consórcio de empresas em licitação é discricionária, porém deve ser devidamente motivada no processo administrativo. (Acórdão 2633/2019-Plenário, Data da sessão 30/10/2019, Relator RAIMUNDO CARREIRO)

77- Dessa forma, recomenda-se que a Administração anexe motivação para vedação da participação de consórcios.

78- Quanto às demais alterações realizadas, não foram identificadas anomalias no edital e no contrato, estando, portanto, aptos a produzir os efeitos deles esperados.

III – Conclusões

79- A licitação pretendida pode ser considerada lícita à medida que cumpridas as condicionantes dispostas no presente parecer, em especial as constantes nos itens 51, 61, 71 e 77.

80- É o parecer.

Macapá, 23 de novembro de 2021.

LARISSA MOUTINHO DE MOURA MOREIRA
Procuradora-Chefe

Documento assinado eletronicamente por LARISSA MOUTINHO DE MOURA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 772315185 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LARISSA MOUTINHO DE MOURA. Data e Hora: 23-11-2021 09:51. Número de Série: 17314458. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
