



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA ADJUNTA DO COMANDO DA AERONÁUTICA

PARECER REFERENCIAL n. 00006/2022/COJAER/CGU/AGU

NUP: 67102.223528/2022-00

INTERESSADOS: CABW - COMISSÃO AERONÁUTICA BRASILEIRA EM WASHINGTON

ASSUNTOS: PARECER JURÍDICO REFERENCIAL – CONVITE – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DE BAGAGEM DESACOMPANHADA - COMISSÕES AERONÁUTICAS BRASILEIRAS (CAB) NO EXTERIOR.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL. CONVITE (BIDDING PROCESS) PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA TRANSPORTE DE BAGAGEM DESACOMPANHADA, NA MODALIDADE PORTA A PORTA, DE MILITARES E FAMÍLIAS, EM RETORNO AO BRASIL, APÓS O TÉRMINO DE MISSÃO NO EXTERIOR, PELAS COMISSÕES AERONÁUTICAS BRASILEIRAS (CAB) E SUAS ADIDÂNCIAS.

Legislação Aplicável: Art. 123 da Lei n. 8.666/93 e Portaria GM-MD nº 5.175/2021. Regularidade formal do processo. Adequação da Modalidade Licitatória Adotada. Licitação com ampla competitividade. Observação dos Critérios de Sustentabilidade Ambiental. Análise das Minutas. Ressalvas e/ou Recomendações. Desde que sejam atendidas todas as orientações exaradas neste Parecer Referencial, há possibilidade jurídica de o órgão assessorado dar prosseguimento ao feito.

Prazo de validade: 1º de abril de 2023 (data de revogação da Lei nº 8.666/93, na forma do art. 193, inciso II, da Lei nº 14.133/21, bem como data limite da utilização da modalidade convite no exterior, na forma do art. 48 do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/2021).

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de manifestação jurídica referencial com o propósito de registrar os apontamentos que a Consultoria Jurídica Adjunta do Comando da Aeronáutica (COJAER) usualmente emite em seus pareceres sobre o tema de contratação de empresa para transporte de bagagem desacompanhada, na modalidade porta a porta, de militares e famílias, em retorno ao Brasil, após o término de missão no exterior, pelas Comissões Aeronáuticas Brasileiras (CAB) e suas adidâncias, na modalidade convite.

2. O presente pronunciamento consiste na confecção de parecer referencial, orientado a balizar os casos concretos, cujos contornos se amoldem ao formato aduzido de modo abstrato nesta análise, o que possibilita aos órgãos assessorados pela COJAER verificar o atendimento das recomendações usualmente feitas, ou a necessidade de justificar alguma delas, dispensando-se o envio do processo para apreciação desta Consultoria Jurídica, conforme estabelecido na Orientação Normativa nº 55, do Advogado-Geral da União, *in verbis*:

ON AGU nº 55/2014

I - Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

3. Referida orientação normativa explícita que compete ao órgão assessorado atestar que o assunto do processo é o tratado na manifestação jurídica referencial, e que todos os requisitos jurídicos aqui apontados foram observados ou justificados, para o fim de não encaminhar os autos ao exame jurídico individualizado.

4. Decorre daí, que não se deve adotar como praxe o envio do processo para a COJAER deliberar se a análise individualizada se faz necessária ou não, na medida em que a finalidade desta manifestação referencial é justamente eliminar esse trâmite processual, a fim de conferir celeridade e eficiência à gestão pública.

5.

6. É evidente que dúvidas jurídicas específicas podem ser submetidas ao crivo deste órgão consultivo da AGU, desde que perfeitamente delimitadas.

7. No que concerne aos requisitos para o cabimento da manifestação jurídica referencial tratada nestes autos, impende consignar que é notório, no âmbito do Comando da Aeronáutica, o considerável volume de processos voltados à aquisição de serviços de transporte de bagagem desacompanhada, matérias idênticas e recorrentes que impactam a atuação deste órgão jurídico consultivo.

8. Assinale-se, além disso, que nesses casos a análise jurídica limita-se à verificação do atendimento das exigências legais, mediante a conferência dos documentos acostados aos autos, prescindindo, a princípio, de um estudo individualizado por esta COJAER.

9. Por conseguinte, é indubitável que a uniformização da atuação do órgão jurídico, relativamente aos processos repetitivos que se aplicam de modo idêntico à matéria versada neste parecer referencial, propiciará maior eficiência à Administração, sem desprezar a observância das orientações jurídicas pertinentes, ora delineadas.

10. Nesse quesito, o Tribunal de Contas da União decidiu ser possível o uso de parecer referencial pelos órgãos da Administração Pública Federal, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas relacionadas, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014 (Acórdão TCU no 903/2019 - Plenário e Acórdão TCU no 2674/2014 - Plenário).

11. Frise-se que a aplicabilidade deste parecer referencial somente será mantida enquanto a legislação atinente ao tema não seja alterada, de modo a retirar o fundamento de validade de qualquer das recomendações aqui constantes. Do contrário, o parecer perde eficácia, necessitando de atualização.

12. Ademais, a Portaria Normativa CGU/AGU nº 05, de 31 de março de 2022, que disciplina a utilização de Manifestação Jurídica Referencial, estabelecida na Orientação normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014, especificamente em seu §2º, do artigo 3º, informa os requisitos para a emissão de uma Manifestação Jurídica Referencial.

DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

Art. 3ºA Manifestação Jurídica Referencial tem como premissa a promoção da celeridade em processos administrativos que possibilitem análise jurídica padronizada em casos repetitivos.

§ 1º Análise jurídica padronizada em casos repetitivos, para os fins da presente Portaria Normativa,

corresponde a grupos de processos que tratam de matéria idêntica e que a manifestação do órgão jurídico seja restrita à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

§ 2º A emissão de uma MJR depende do preenchimento dos seguintes requisitos:

I -comprovação de elevado volume de processos sobre a matéria; e

II -demonstração de que a análise individualizada dos processos impacta de forma negativa na celeridade das atividades desenvolvidas pelo órgão consultivo ou pelo órgão assessorado.

13. No mesmo sentido, a Portaria GM-MD N° 5.175, de 15 de dezembro de 2021, que aprovou as Normas para as Compras no Exterior do Comando da Aeronáutica, na forma do Anexo III, que disciplina em seu artigo 3º, §2º, a elaboração de manifestação jurídica referencial nas contratações realizadas no exterior, vejamos:

“Art. 3º Os termos de dispensa ou inexigibilidade, as minutas de editais de licitação, bem como as de contratos, acordos, convênios, instrumentos congêneres e afins ou correlatos, devem ser previamente examinados e aprovados pela Consultoria Jurídica-Adjunta junto ao Comando da Aeronáutica (COJAER).

§ 1º Fica dispensada a análise prévia individualizada da COJAER desde que haja manifestação jurídica referencial desta, aplicável ao objeto.

§ 2º Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos:

I - o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes se impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e

II - a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.”

14. Para os devidos fins de comprovação quanto ao preenchimento dos requisitos de Manifestação Jurídica Referencial, cabe asseverar também a informação presente no o Ofício nº 145/DLC/2535, de 7 de novembro de 2022, da Comissão Aeronáutica Brasileira em Washington – CABW, que ao final informa: “*Sobre o assunto, informo à Senhora que existem 08 (oito) processos similares oriundos das Adidâncias na América do Sul para transporte de bagagem desacompanhada até março de 2023, envolvendo aproximadamente 16 (dezesesseis) militares*”.

15. Assim, tendo em vista o grande volume de processos que tramitam nesta Consultoria Jurídica, a análise individualizada tanto do presente feito quanto aos que por ventura serem encaminhados a esta Consultoria, impacta na celeridade das atividades desenvolvidas.

16. Vale alertar, porém, que o parecer referencial em pauta não se aplica:

- **Às licitações realizadas em território nacional (sejam de caráter nacional ou internacional);**
- **Às licitações realizadas no exterior destinadas às aquisições e a outros serviços que não o transporte de bagagens;**
- **Às licitações realizadas no exterior em outras modalidades que não o convite;**
- **Às licitações realizadas no exterior, mesmo na modalidade convite, que não utilizem os modelos de Instrumento Convocatório, de Projeto Básico, de Estudo Técnico Preliminar e de Termo de Contrato anexos a este Parecer Referencial.**

17. Feita essa explanação preambular, passa-se ao registro das orientações desta COJAER para os casos da espécie.

2. FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

18. Nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993 e do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, a

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

19. A função desta COJAER é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

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

BPC nº 7

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

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

22. De outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Assim sendo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, bem como, os Atos Normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do feito.

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

24. **Deve-se deixar claro que todos os eventos, anexos e documentos do processo devem ser registrados em um único processo com a numeração de folhas em ordem cronológica, de modo a conferir unicidade, clareza e continuidade ao processo administrativo.**

25. **Finalmente, reprice-se que, por se tratar de análise referencial, *in abstracto*, de contratação de empresa para transporte de bagagem desacompanhada no exterior, caberá ao órgão assessorado, antes de tudo, atestar que o caso concreto se amolda aos termos da presente manifestação, para dispensar o exame jurídico específico e, assim, proceder à verificação do atendimento das exigências legais aplicáveis, de acordo com as recomendações aqui elencadas.**

3. **REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO**

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

27. Com efeito, no que tange especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, conforme art. 38 da Lei n. 8.666, de 1993, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são aplicáveis, 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, compreendendo, na medida do possível, no máximo, 200 folhas:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 2, DE 1º DE ABRIL DE 2009

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

28. Aplicáveis ainda, a Portaria Interministerial nº 1.677, de 2015 (no caso de órgãos integrantes do SISG) e Portaria Normativa MD nº 1.243, de 2006 (para os órgãos militares), que também dispõem sobre procedimentos gerais referentes à gestão de processos, sendo recomendável também que o consulente verifique se há disciplina própria reguladora no âmbito de seu Órgão.

29. No caso de processos exclusivamente em meio eletrônico, todos os atos processuais são realizados e arquivados sob a forma de mídias digitais, cuja validade jurídica é reconhecida pela Medida Provisória n. 2.200-2, de 2001, e pelo Decreto n. 8.539, de 2015, que tratam da validade dos documentos produzidos em forma eletrônica, bem como do uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

30. Portanto, quanto à autoria, convém mencionar que as declarações constantes dos documentos em forma eletrônica, produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil, presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 219 do Código Civil - documento nato-digital (art. 10, §1º da MP n. 2.200-2/2001 c/c art. 2º, II, a, do Decreto n. 8.539/2015). Relativamente aos documentos físicos anexados ao processo eletrônico, após procedimento de digitalização, o referido Decreto atribui a esses o valor de cópia autenticada ou de cópia simples, conforme a origem, *in verbis*:

Art. 12. A digitalização de documentos recebidos ou produzidos no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverá ser acompanhada da conferência da integridade do documento digitalizado.

§ 1º A conferência prevista no caput deverá registrar se foi apresentado documento original, cópia autenticada em cartório, cópia autenticada administrativamente ou cópia simples.

§ 2º Os documentos resultantes da digitalização de originais serão considerados cópia autenticada administrativamente, e os resultantes da digitalização de cópia autenticada em cartório, de cópia autenticada administrativamente ou de cópia simples terão valor de cópia simples.

31. Por outro lado, o Decreto n. 10.278, de 18 de março de 2020, estabelece a técnica e os requisitos para a digitalização de documentos públicos ou privados, a fim de que os documentos digitalizados produzam os mesmos efeitos legais dos documentos originais.

32. Destaca-se o fato de que todos os documentos digitalizados deverão ser assinados digitalmente com certificação digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil (art. 5º, I). Portanto, sem a assinatura digital os documentos físicos digitalizados não poderão "...se equiparar a documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato perante pessoa jurídica de direito público..." (art. 5º, caput).

33. Cabe observar que o reconhecimento de firma ou a autenticação em cartório são dispensáveis, salvo se houver dúvida com relação à autenticidade de documentos físicos, nos termos do Parecer n. 065/2019/CONJUR-CGU/CGU/AGU (NUP 00106.005904/2019-61, Seq. 2). Isso, porém, não dispensa a assinatura eletrônica para os documentos digitalizados destinados a processos eletrônicos.

34. **Como boa prática de instrução processual, sugere-se que o órgão realize a avaliação de conformidade legal, adaptada às peculiaridades dos processos licitatórios no exterior, a partir de lista de verificação própria encaminhada pelo CELOG (anexa ao presente).**

4. LIMITES E INSTÂNCIAS DE GOVERNANÇA

35. No tocante aos limites de governança cumpre trazer à baila que, em 27 de dezembro de 2019, entrou em vigor o Decreto n.º 10.193 revogando os Decretos abaixo relacionados:

Art. 11. Ficam revogados:

- I - o Decreto nº 7.689, de 2 de março de 2012;
- II - o Decreto nº 7.930, de 18 de fevereiro de 2013;
- III - o Decreto nº 8.056, de 25 de julho de 2013;
- IV - o Decreto nº 8.755, de 10 de maio de 2016;
- V - o art. 5º do Decreto nº 9.046, de 5 de maio de 2017;
- VI - o Decreto nº 9.189, de 1º de novembro de 2017;
- VII - o art. 3º e o art. 5º do Decreto nº 9.533, de 17 de outubro de 2018;
- VIII - o Decreto nº 9.712, de 21 de fevereiro de 2019; e
- IX - o art. 6º do Decreto nº 9.786, de 8 de maio de 2019.

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

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

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

I - titulares de cargos de natureza especial;

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

III - dirigentes máximos das entidades vinculadas.

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

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

37. Cumpre ao órgão ficar atento à eventual diploma que venha a estabelecer determinações complementares

ao Decreto nº 10.193, de 2019.

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

39. No âmbito do Comando da Aeronáutica, a Portaria GABAER Nº 344/GC4, de 5 de agosto de 2022, revoga a Portaria nº 506/GC4, de 23 de abril de 2020, e fixa diretrizes e delega competência para autorizar a celebração e a prorrogação de contratos administrativos de custeio e dá outras providências, donde se destaca a previsão contida em seu artigo 2º:

Art. 2º A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação de contratos em vigor, relativos a atividades de custeio, cujos valores sejam iguais ou superiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) serão autorizados pelo Comandante da Aeronáutica.

§ 1º Fica delegada competência aos Dirigentes Máximos dos Órgãos de Direção Setorial, dos Órgãos de Assistência Direta e Imediata ao Comandante da Aeronáutica e da Caixa de Financiamento Imobiliário da Aeronáutica para, no âmbito de sua atuação, autorizar a celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação dos contratos em vigor com valores inferiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) relativos a atividades de custeio.

§ 2º As autoridades descritas no § 1º deste artigo poderão subdelegar a competência aos dirigentes máximos de Unidades Gestoras Executoras (UGEXEC) e de Unidades Gestoras Credoras (UGCRED) nos contratos com valores iguais ou inferiores a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

§ 3º Para a efetivação das autorizações previstas neste artigo, as solicitações das Organizações subordinadas e/ou apoiadas deverão ser encaminhadas aos respectivos órgãos superiores, com antecedência mínima de 20 dias da data da celebração ou da prorrogação do contrato.

§ 4º É vedada a subdelegação de competência pelas autoridades de que trata o § 2º do presente artigo. 18.

40. **Recomendamos à área técnica do Órgão assessorado considerando-se os últimos pacotes fiscais anunciados pelo poder público verificar a eventual existência de Decretos ou outros normativos relativos a “limites”, "contingenciamento orçamentário" ou a "restrição ao empenho de verbas", com efeitos aplicáveis ao caso concreto.**

41. Lembramos, ainda, que o Ministério da Economia costuma editar anualmente normativos que determinam a suspensão de contratações, o que deverá ser objeto de atenção e cumprimento pelo Órgão.

42. Uma vez que foge às atribuições deste órgão de assessoramento jurídico investigar ou auditar eventual existência de delegação de competência, a autoridade assistida deve se certificar sobre a natureza da atividade a ser contratada – se constitui ou não atividade de custeio –, adotando as providências necessárias, se for o caso, para aferir se a autoridade indicada na minuta possui competência para a representar a União na celebração do contrato a ser firmado, bem como, tratando-se de atividade de custeio, junte aos autos a correlata ficha para autorização de contratação, devidamente assinada pelas autoridades competentes, em atendimento ao disposto no Decreto nº 10.193, de 2019, e na Portaria GABAER Nº 344/GC4, de 5 de agosto de 2022.

5. CERTAME REALIZADO NO EXTERIOR - BIDDING PROCESS

43. As aquisições no exterior do Comando da Aeronáutica são realizadas pela Comissão Aeronáutica Brasileira em Washington (CABW), localizada em Washington, EUA, e pela Comissão Aeronáutica Brasileira na Europa (CABE), localizada em Londres, Inglaterra. Tratando-se de contratações realizadas por comissões ou repartições sediadas

no exterior, sob o ordenamento jurídico local, não lhes são aplicáveis todas as disposições da Lei 8.666/93, conforme dispõe o artigo 123 dessa mesma Lei, mas somente a sua principiologia.

44. Inicialmente, é importante realizar a diferenciação entre os institutos das aquisições, contratações de serviços e alienações por comissão no exterior, matéria de que ora se trata, e o instituto das licitações internacionais, este tratado pela Lei nº 8.666/93 em seu artigo 42.

45. Isso porque é comum a confusão entre, por exemplo, a licitação internacional e a contratação realizada no exterior. Nas palavras de Sidney Bittencourt (destacou-se):

No Direito Brasileiro o nome licitação internacional tem gerado uma certa confusão no tocante a sua abrangência, provocando um **entendimento errôneo ao desavisado, levando-o a pensar que se trata de certame a ocorrer em outro país**. Todavia, diante das conclusões apresentadas em capítulos anteriores, é fácil perceber que **o diploma legal, tipicamente de direito interno, cuida única e exclusivamente de procedimentos licitatórios a transcorrerem em solo brasileiro**, dando margem, evidentemente, à participação, mediante condições, de empresas estrangeiras, com domicílio em outro país, desde que sujeitas às diretrizes impostas por órgãos responsáveis pelos aspectos de política monetária e de comércio exterior, bem como sob a égide de diversos outros órgãos que disciplinam a implantação desta política no Brasil.

(BITTENCOURT, Sidney. **Licitações Internacionais**. 2ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Temas & Ideias editora, 2002, p. 61)

46. O Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2203/2015-Plenário, analisou as possíveis contratações realizadas por uma sociedade de economia mista com negócios no exterior, chegando à conclusão de existirem três tipos possíveis de contratos a serem firmados (destacou-se):

7. Entretanto, creio que a análise da matéria depende da espécie de contrato celebrado pela estatal. Para o caso, entendo que os **contratos celebrados pela estatal podem ser divididos em três grupos: contratos nacionais, contratos celebrados no exterior sem que devam produzir efeitos jurídicos no Brasil e contratos internacionais**.

8. Os **contratos nacionais** podem ser entendidos como aqueles celebrados no Brasil, cujas partes sejam nacionais e cujo objeto será executado em território nacional, não havendo, em geral, nenhum elemento que caracterize a internacionalidade do pacto. Ou seja, são contratos submetidos somente ao sistema jurídico pátrio.

(...)

11. O próximo grupo são os **contratos celebrados no exterior sem que devam produzir efeitos jurídicos no Brasil**. São contratos celebrados pelas subsidiárias da Petrobras com sede no exterior com fornecedores e parceiros comerciais da região em que está localizada. Em princípio, eles estão somente submetidos ao ordenamento jurídico em que foram constituídos e seria incabível a exigência de que fossem celebrados em idioma que não o local.

(...)

13. O **terceiro grupo de contratos compreende aqueles de caráter internacional**. Consoante a Professora Nádia de Araújo (*in* Contratos Internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27) : *O que caracteriza o contrato internacional é a presença de um elemento de estraneidade que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais. Por exemplo, basta que uma das partes seja domiciliada em um país estrangeiro ou que um contrato seja celebrado em um país para ser executado em outro. ...*

47. *Mutatis mutandis*, tratando-se de contratos de Direito Público e regidos pela Lei de Licitações, pode-se perceber a existência de três tipos de procedimentos:

- **Licitação nacional:** é o típico procedimento licitatório regido pela Lei nº 8.666/93, em que é esperada a participação de empresas nacionais. Para as empresas estrangeiras participarem desse certame, como regra, devem estar instaladas no país e, caso não estejam, deverão apresentar documentos de habilitação equivalentes àqueles apresentados pelos licitantes nacionais, incluindo decreto de autorização, conforme o art. 28, inciso V, da Lei nº 8.666/93:

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

(...)

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

- **Licitação internacional:** é aquela realizada no Brasil, mas divulgada no exterior, sendo que as empresas estrangeiras que não possuem funcionamento no país poderão participar. Lucas Rocha Furtado (*Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 107-108) a define como "(...) aquela em que a Administração promove sua divulgação no exterior, convocando empresas regidas e constituídas por leis de países estrangeiros para participar do certame". É também regida pela Lei 8.666/93, bastando, porém, que as empresas estrangeiras apresentem documentos de habilitação equivalentes e a representação legal no Brasil para participarem, na forma do § 4º do art. 32 da Lei nº 8.666/96:

Art. 32, § 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

- **Aquisição, contratação e alienação por comissão ou repartição no exterior:** são aquelas realizadas por comissões ou repartições sediadas no exterior, sob o ordenamento jurídico local, razão por que nelas são aplicáveis todas as disposições da Lei 8.666/93, conforme dispõe o artigo 123 dessa mesma Lei, mas somente a sua principiologia.

48. No mesmo sentido, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau dispôs, em parecer emitido em 11/08/1992 e publicado no Boletim de Licitações e Contratos, Ed. NDJ, pp. 427-428, no seguinte sentido: "*Licitação internacional - ou 'concorrência internacional', qual costumeiramente se menciona - não é, segundo me parece, ao contrário do que parte da doutrina afirma, aquela em que se permite a participação de licitantes nacionais e estrangeiros, porém, rigorosamente, aquela cuja publicidade tenha sido assegurada no exterior, para além das fronteiras do território nacional, ou seja, em âmbito internacional (...)*".

49. Vale ressaltar que a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21) não andou tão bem ao definir o conceito de "licitação internacional", pois misturou, na mesma definição, dois regimes jurídicos bastante diferentes, conforme se percebe da leitura de seu artigo

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

(...)

XXXV - licitação internacional: licitação processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro;

50. Assim, em que pese a definição legal ambígua, manter-se-á, no presente opinativo, a diferenciação doutrinária entre as licitações internacionais (*stricto sensu*) e as contratações por comissão ou repartição no exterior. O

presente Parecer Referencial, frise-se uma vez mais, **trata somente da terceira das hipóteses acima arroladas, de aquisições, contratações e alienações por comissão no exterior, não abarcando as licitações nacionais ou as internacionais (*stricto sensu*).**

51. Atento às dificuldades de se realizar uma licitação no exterior com base na lei brasileira, o legislador pátrio consignou no artigo 123 da Lei 8.666/93, o seguinte:

Art. 123. Em suas licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei, na forma de regulamentação específica.

52. Trata-se de um corolário dos artigos 8º e 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo os quais aplica-se a lei do país em que se situarem os bens ou em que se constituem as obrigações para qualificá-los e regulá-los:

Art. 8º Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.

(...)

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

(...)

53. Em razão da inexistência de regulamentação uniforme do dispositivo para toda a Administração Pública, a Aeronáutica consignou, no Ofício nº 051/SEFA/1358, de 29 de setembro de 1998, as normas que regiam as aquisições no exterior no âmbito da Força Aérea Brasileira. Nos termos do Acórdão 1126/2009 - Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler (destacou-se):

48. Conforme destacado também no relatório de Auditoria realizado nas Comissões, na época, o MRE informou que foi encaminhado Exposição de Motivos de nº 362/CISSET-MRE, propondo a criação de um grupo de trabalho integrado por todos os ministérios com representação no exterior, com vistas a regulamentação do art. 123 da Lei nº 8.666/93. Entretanto, não houve notícias de que o grupo de trabalho tenha sido instituído. Além disso, os Ministérios Militares informaram que não haviam sido convidados a participar de nenhum grupo de trabalho.

49. Em função disso, no relatório de auditoria, foi concluído que a regulamentação do art. 123 não dependia exclusivamente da ação dos ministérios militares. Assim, por meio da Decisão Sigilosa nº 284/97-TCU – Plenário, letra b, do item 8.3, **foi recomendado a realização de medida alternativa, no âmbito dos três Ministérios Militares, no sentido de uniformizaram-se os procedimentos licitatórios praticados, respeitando as peculiaridades do local, onde se encontram as Comissões, e resguardando os princípios básicos da Lei nº 8.666/93, até que o Poder Executivo efetivasse a regulamentação específica prevista na Lei de Licitações.**

(...)

51. Quanto à medida implementada para padronização dos procedimentos adotados pela Comissões das Forças Armadas para obtenção de bens e serviços no exterior, foi encaminhado, por correio eletrônico, posteriormente pelo COMAER, o Ofício nº 051/SEFA/1358, de 29/09/98, contendo orientação da Secretaria de Economia e Finanças da Aeronáutica ao Comandante-Geral de Apoio para as Comissões Aeronáuticas no exterior, quanto aos procedimentos e aos limites de licitações para realizar as aquisições. (fls. 599/600) . **Verifica-se, portanto, que o Ofício nº 051/SEFA/1358 é atualmente o documento que norteia a realização das licitações no exterior, no âmbito do Comando da Aeronáutica.**

54. Posteriormente, foi editado o Manual do Sistema de Comércio Exterior do Comando da Aeronáutica, atualizado em 06/12/2017, regulamentando a matéria no âmbito deste Comando e dispondo, inclusive, sobre a modalidade

de licitação *bidding process* (forma assemelhada à modalidade convite) a ser utilizada nas contratações realizadas no exterior.

55. Conforme constou do voto do Ministro Benjamin Zymler, no no Acórdão TCU 1126/2009 - Plenário, não é obrigatória a adoção das modalidades licitatórias previstas na lei 8.666/93 e de seus respectivos limites, já que as contratações no exterior devem se adequar às peculiaridades locais, o que nem sempre será compatível com a legislação brasileira. O importante é manter a observância da competitividade do certame e a contratação da proposta mais vantajosa, bem como dos princípios básicos insculpidos no Estatuto das Licitações e Contratos:

Em primeiro lugar, há de se considerar que o art. 123 da Lei nº 8.666/93 preceitua tão somente que as repartições sediadas no exterior observe as peculiaridades locais e os princípios básicos nela estabelecidos. Depreende-se, assim, desde logo, que não se faz obrigatória a adoção das modalidades licitatórias e dos respectivos limites, previstos nos arts. 22 a 24 do citado diploma legal.

Tais exigências têm por finalidade precípua a maior divulgação do certame licitatório, de modo a propiciar incremento da competitividade para seleção da proposta mais vantajosa do mercado, o que, por seu turno, representaria observância do princípio da economicidade.

Nesse contexto, tenho que a adoção de medidas pelo gestor que visem garantir a ampla competitividade do certame e a contratação da proposta mais vantajosa, bem como a observância dos princípios básicos insculpidos no Estatuto das Licitações e Contratos, que possibilitem resguardar a lisura do procedimento licitatório, revelam-se suficientes para legitimar a licitação.

Sobre o assunto, oportuno anotar a preleção de Marçal Justen Filho, que, ao comentar o art. 123 da Lei nº 8.666/93, vem a reforçar esse entendimento: **“Seria desaconselhável, senão inviável, sujeitar as repartições sediadas no exterior ao cumprimento estrito da Lei nº 8.666/93. Deverão adotar soluções compatíveis com as peculiaridades locais. No entanto, os princípios fundamentais do direito das licitações deverão ser atendidos.** Ainda, quando possa ser questionável que, em tais casos, a licitação vise atender o princípio da isonomia, elevar-se-á acima de tudo o princípio da seleção da melhor contratação, a ser firmada com particular idôneo (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, 2008, Editora Dialética, São Paulo, p. 875).

Ademais, cumpre frisar que, com relação à aquisição de bens e a contratação de serviços efetuados no exterior, segundo as regras de Direito Internacional, e, ante o que dispõe os arts. 8º e 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, **aplicam-se as leis do país em que foram constituídas essas relações obrigacionais, o que, por óbvio, pode não corresponder aos ditames previstos no estatuto pátrio.**

Nesse sentido, a meu ver, não me parece desarrazoada a alegação do Comandante Geral de Apoio no sentido de que a prática do comércio internacional demonstra ser desaconselhável sujeitar a Comissão sediada no exterior ao cumprimento do rito processual das demais modalidades de licitação aplicáveis em território nacional, nas localidades em que não sejam adotados tais procedimentos.

(destacou-se)

56. Finalmente, **a partir das determinações do Acórdão nº 7.248/2017-TCU-2ª Câmara e, subsequentemente, do Acórdão nº 4.993/2019 – TCU – 2ª Câmara, em especial, a de que fosse editado ato normativo para a interna regulamentação do art. 123 da Lei nº 8.666/1993, o Ministério da Defesa publicou a Portaria GM-MD nº 5.175, de 15 de dezembro de 2021, que é o ato que ora rege as contratações no exterior autuadas a partir do dia 1º de julho de 2022, na forma do art. 3º de seu corpo principal, c/c o art. 132 de seu Anexo III:**

Portaria GM-MD nº 5.175, de 15 de dezembro de 2021

(...)

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor em 1º de julho de 2022.

ANEXO III

NORMAS PARA AS COMPRAS NO EXTERIOR DO COMANDO DA AERONÁUTICA

(...)

Art. 132. Esta norma será aplicável apenas aos processos autuados após sua entrada em vigor.

57. A referida Portaria regulamentou a modalidade licitatória do convite no exterior (arts. 48 a 52), com sensíveis diferenças em relação ao convite realizado em território nacional, mormente pela maior competitividade:

CAPÍTULO XI

DO CONVITE

Art. 48. A modalidade Convite poderá ser utilizada até o advento do prazo previsto no art. 193, inciso II, da Lei nº 14.133, de 2021.

Art. 49. Na modalidade convite, **o processo será realizado com número ilimitado de participantes** sendo considerado válido quando houver um número mínimo de três propostas válidas de empresas do ramo pertinente ao objeto da licitação, previamente cadastradas e convidadas pelas CAB.

Parágrafo único. Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de propostas válidas exigidas no caput, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

Art. 50. Empresas não convidadas poderão participar do certame desde que manifestem interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Art. 51. O instrumento convocatório deverá ser divulgado no sítio eletrônico da respectiva CAB, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis da data prevista para a abertura das propostas, mantendo essa divulgação até a data de recebimento das propostas.

Art. 52. Qualquer modificação no edital e em seus anexos exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido.

(destacou-se)

58. Ademais, na forma do art. 130 do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21, o certame no exterior "é denominado 'Bidding Process', por ser o termo que melhor favorece o entendimento do processo licitatório pelos fornecedores estrangeiros, em face das peculiaridades comerciais locais".

59. Conforme esclarece o subitem 8.2.1.2 do Manual do Sistema de Comércio Exterior do Comando da Aeronáutica (MCA 176-1), atualizado em 27 de julho de 2022:

8.2.1.2. Competências da CAB Compradora (Buyer)

a) Nas CAB, o instrumento que viabiliza a operacionalidade dos certames licitatórios, seguindo as modalidades de licitações previstas neste manual, naquilo que for cabível na localidade do certame, é denominado "Bidding Process", por ser o termo que melhor favorece o entendimento do processo licitatório pelos fornecedores estrangeiros, em face das peculiaridades comerciais locais.

b) Adotar, para as contratações realizadas no exterior, uma das modalidades de licitação previstas no Anexo III da Portaria GM-MD Nº 5.175/2021, a saber: concorrência; pregão; convite; e, diálogo competitivo.

c) As modalidades de licitação constantes do presente manual são formas assemelhadas daquelas de mesmo nome utilizadas em território nacional, adaptadas às peculiaridades locais dos mercados estrangeiros. Para fins de padronização de nomenclatura, deverão ser usados os seguintes termos:

i. *Bidding Process – Concurrence* (concorrência);

ii. *Bidding Process – Reverse Auction* (pregão);

iii. *Bidding Process – Invitation for BID* (convite);

iv. *Bidding Process – Competitive Dialogue* (diálogo competitivo).

60. Portanto, nos termos da Portaria GM-MD nº 5.175/21, é cabível a adoção do *bidding process* (na modalidade *Invitation for BID* - convite), aplicando-se-lhe a principiologia trazida na Lei nº 8.666/93, sem, contudo, vinculação estrita às suas regras.

5.1 Da Hipótese de Contratação no Exterior

61. É certo que a escolha da realização de certame licitatório no Brasil ou no exterior não pode ficar ao alvedrio da vontade do administrador. Forte nessa ideia, a Portaria GM-MD nº 5.175/21 previu as hipóteses em que se mostra cabível a remessa de processo ao exterior para a realização de contratação de serviços no estrangeiro (arts. 17 a 19 de seu Anexo III):

Art. 17. As CAB e, eventualmente, as Aditâncias militares são responsáveis pelas aquisições e contratações, fora do país, de bens e serviços bélicos e militares destinados ao uso finalístico das Organizações Militares do COMAER que não são fabricados ou reparados por empresas com sede no território nacional.

§ 1º Para fins do disposto no caput, são bens e serviços bélicos e militares destinados ao uso finalístico das Organizações Militares do COMAER, as obtenções referentes às aquisições de aeronaves, armamentos, munições, equipamentos, sobressalentes e acessórios e serviços relativos ao sistema Defesa Aérea e controle do espaço aéreo, incluindo as voltadas às atividades de apoio, bem como demais materiais e serviços aplicados aos meios navais, aeroespaciais e terrestres de uso privativo das Forças Armadas e destinado ao emprego de suas atividades.

§ 2º Será admitida, também, a aquisição ou contratação no exterior se os bens ou serviços no País não possuírem requisitos técnicos suficientes para atenderem os padrões de aplicação equivalente e especificações adequadas ao fim a que se destinem, ou ainda, se a capacidade de produção for inferior à quantidade a ser adquirida ou contratada ou não atender aos prazos de entrega necessários.

§ 3º As contratações realizadas pelas CAB no exterior se destinarão a atender às demandas dos órgãos integrantes do Comando da Aeronáutica, ressalvada autorização individualizada e excepcional do Presidente da República para contratações no interesse exclusivo de outros órgãos ou entidades.

Art. 18. Poderão, também, ser adquiridos e contratados no exterior, materiais e serviços de interesse do COMAER, existentes no país, quando os preços praticados pelos fornecedores nacionais superem em mais de 30% (trinta por cento) o preço dos produtos e serviços estrangeiros, observado o disposto no art. 17, § 1º, desta norma, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos por parte da OM solicitante.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, a participação de empresa brasileira não impedirá a continuidade do certame.

Art. 19. As CAB são ainda responsáveis pelas aquisições e contratações, fora do país, de materiais e serviços de interesse ao desempenho de suas atividades de rotina, e por motivo de interesse público, devidamente justificado, das Aditâncias Militares.

62. No ponto, prevê o subitem 8.1.3.3 do Manual do Sistema de Comércio Exterior do Comando da Aeronáutica (MCA 176-1), atualizado em 27 de julho de 2022:

8.1.3.3. A OM Solicitante será responsável, ainda, pela elaboração de estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido e demonstre que a melhor solução de contratação seja por intermédio de licitação no exterior, devendo apontar e comprovar a hipótese específica de remessa do processo ao exterior, baseado em levantamentos técnicos, diligências, consultas ao mercado ou publicação de aviso em Diário Oficial.

a) Somente poderão ser objeto de contratação no exterior bens e serviços que se enquadrem nas hipóteses específicas previstas nos artigos 17 e 18 da Portaria GM-MD nº 5.175, de 2021, devendo tal enquadramento ser declarado formalmente pelo Dirigente Máximo da OM Solicitante, por meio e justificativa para contratação no exterior.

63. Dessa forma, **deve constar dos autos qual a hipótese específica de remessa do processo ao exterior, inclusive com a demonstração documental das razões alegadas - conforme o art. 68, inciso II, do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21, o estudo técnico preliminar deverá caracterizar "o interesse público envolvido e que a melhor solução de contratação seja por intermédio da licitação no exterior, apontando-se e comprovando-se a hipótese específica de remessa do processo ao exterior"**. Conforme pontuou o CELOG, por meio do Ofício nº 97/DDIR /1247, de 23 de maio de 2022 (NUP 00725.000835/2022-16, Seq. 10):

6.Nos termos do disposto no art. 17, § 1º, da Portaria GM-MD nº 5.175/2021, são consideradas aquisições e contratações destinadas ao uso finalístico das OM do COMAER as referentes a compra de aeronaves, armamentos, munições, equipamentos, sobressalentes e acessórios e a serviços relativos ao sistema defesa aérea e controle do espaço aéreo, incluindo as voltadas às atividades de apoio, bem como de demais materiais e serviços em proveito dos meios navais, aeroespaciais e terrestres de uso privativo das Forças Armadas.

7.Adicionalmente, o regramento prevê a possibilidade de realização de aquisições e contratações no exterior quando os bens ou serviços no País não possuem requisitos técnicos suficientes para atenderem aos padrões de aplicação equivalentes e especificações adequadas ao fim a que se destinem ou, ainda, se a capacidade de produção for inferior à quantidade a ser adquirida ou não atender os prazos de entrega necessários.

8.Finalmente, resta ainda a possibilidade de obtenção de outros bens e serviços de interesse do COMAER não enquadrados nas situações anteriormente descritas, **quando os preços praticados pelos fornecedores no Brasil superarem em mais de 30% (trinta por cento) os dos produtos e serviços no exterior, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos por parte da OM solicitante**

9.O novo regramento evidencia que a obtenção de bens e serviços no exterior exige **sólida fundamentação que as justifiquem**, em detrimento à realização no âmbito nacional, o que corrobora a importância da atuação dos agentes diretamente envolvidos no planejamento da aquisição/contratação, principalmente em relação a definição e especificação das necessidades, elaboração de estudo técnico preliminar, análise e gerenciamento de riscos inerentes à aquisição e precificação de bens e serviços a serem adquiridos.

64. Advirta-se que mero fato de participarem empresas estrangeiras não atrai a incidência do artigo 123 da Lei 8.666/93, caso seja possível a realização de uma licitação internacional em território pátrio, na forma do artigo 32, § 4º, da Lei 8.666/93. Para que este procedimento seja viável, do ponto de vista jurídico, tem-se como necessária a justificativa para a realização do certame no exterior em detrimento de um processo licitatório realizado no Brasil, de âmbito internacional.

65. Ademais, convém destacar que o mero fato de existirem mais fornecedores internacionais que nacionais do objeto, por si só, não é justificativa suficiente para remeter o certame ao exterior, eis que uma licitação internacional, realizada a partir do Brasil, também seria apta a atingir os possíveis interessados localizados no estrangeiro. Caso o órgão pretenda se valer do argumento da vantajosidade (art. 18 do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21), deve ser específico em suscitá-lo, buscando também demonstrá-la nos autos.

66. No que concerne à hipótese de remessa do certame ao exterior com base na economicidade e vantajosidade (art. 18 do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21), impende ressaltar que a contratação no exterior em razão da vantajosidade já foi reconhecida pela Corte de Contas como legítima, no Acórdão 276/2019 - Plenário. Naquela ocasião, constatou-se que "*quando os produtos controlados nacionais tratados (...) tiverem seus preços 25% maior do que seu similar estrangeiro, considerados todos os custos de importação, não deverão ser adquiridos pela Administração*

Pública", razão pela qual deveria "*ser adquirido o similar estrangeiro, desde que atendidos os critérios técnicos mínimos de admissibilidade*".

Mais recentemente, no Acórdão TCU 541/2021 - Plenário, o Relator, Min. Marcos Bemquerer Costa, consignou expressamente que a vantajosidade econômica é um dos critérios legítimos para que se remeta a licitação ao exterior, inclusive em ratificação ao Acórdão 1126/2009-TCU-Plenário, que já esposara tal tese:

50. Considero que prevalece o entendimento exposto no citado Acórdão 1126/2009-TCU-Plenário que considera a possível vantajosidade também como fundamento licitação com base no art. 123 da Lei 8.666/1993, além de que se deve exigir é a adoção de medidas que visem garantir a ampla competitividade do certame e a contratação da proposta mais vantajosa, bem como a observância dos princípios básicos Lei de Licitações, que possibilitem resguardar a lisura do procedimento licitatório.

67. Conquanto seja conhecida a objeção de que tais contratações no exterior vilipendiariam o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, *data venia*, com ela não se pode concordar. A uma, porque o desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, da Constituição da República) é um princípio constitucional de igual estatura do princípio da economicidade (art. 70, *caput*, da CRFB), não havendo que se falar em prevalência *a priori* de um deles sobre o outro; a duas, porque mesmo uma contratação realizada no exterior, mas no bojo da qual haja um acordo de compensação (*offset*), por exemplo, pode vir a fomentar e desenvolver a indústria de defesa nacional, trazendo novas tecnologias para o país.

68. De qualquer forma, **em sendo a remessa do certame ao exterior baseada na economicidade e vantajosidade, sugere-se a apresentação de valores, pelo menos de forma estimativa, de modo que se possa quantificar a diferença de preços praticados no mercado nacional e no internacional. Por se tratar de questão eminentemente técnica, não compete a esta Consultoria Jurídica fazer juízo crítico sobre os cálculos feitos pelo gestor, tal como preconizado pelo Enunciado BPC nº 07.**

5.2 Da Publicidade dos Certames no Exterior

69. No que concerne à publicidade, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1126/2009 - Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, recomendou que as contratações no exterior realizadas pelo Comando da Aeronáutica adotassem medidas que "*(...) ampliem a divulgação do certame licitatório, e, por conseguinte, a sua competitividade, de modo que acudam o maior número de interessados possíveis*", nos seguintes termos:

9.4 recomendar ao Ministério da Defesa, que ao regulamentar o dispositivo legal acima mencionado, e ao Comando da Aeronáutica, até que sobrevenha a regulamentação definitiva da matéria, que avalie a possibilidade de, nas contratações de maior vulto, adotar medidas que ampliem a divulgação do certame licitatório, e, por conseguinte, a sua competitividade, de modo que acudam o maior número de interessados possíveis, não se restringindo à utilização das normas atinentes à modalidade convite, especialmente quanto ao número mínimo de convidados;

70. No ponto, o Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21 traz diversos dispositivos que reforçam a necessidade de publicidade dos certames realizados no exterior:

Art. 5º As licitações e contratações realizadas no exterior pelas CAB devem observar os princípios constitucionais e os princípios básicos da Lei nº 14.133, de 2021, abaixo relacionados, e os que lhes sejam correlatos:

(...)

VI - publicidade;

(...)

Art. 34. Será dada publicidade aos interessados, por meio de notificação ou publicação, no sítio eletrônico institucional das CAB e das Aditâncias, das contratações realizadas.

(...)

Art. 69, Parágrafo único. O edital e o termo de contrato constarão dos autos no idioma em que forem firmados e em português, mediante tradução simples, devendo ser publicados em ambos os idiomas.

(...)

Art. 133. Este normativo será disponibilizado na língua portuguesa e inglesa no site das CAB.

71. Destaque-se que os registros cadastrais das CAB, que servem de base para a divulgação dos processos licitatórios, estão permanentemente abertos aos interessados, os quais deverão fornecer os dados requeridos para a emissão do certificado de inscrito, conforme os artigos 21 e 22 do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21:

Art. 21. As CAB manterão cadastro homologado e atualizado de fornecedores, que servirá de base para divulgação dos processos licitatórios.

Parágrafo único. A convocação pública para o registro cadastral deverá ser amplamente divulgada no exterior e no sítio eletrônico da respectiva CAB e deverá estar permanentemente aberta aos interessados, obrigando-se as CAB a proceder ao chamamento público pela internet, no mínimo anualmente, para atualização dos registros existentes e para ingresso de novos interessados.

Art. 22. Ao requerer, a qualquer tempo, inscrição no cadastro ou a sua atualização, o interessado fornecerá os elementos necessários exigidos para habilitação previstos nesta norma.

Parágrafo único. O interessado fornecerá os elementos necessários exigidos para habilitação previstos neste normativo, podendo participar de processo licitatório até a decisão da Administração, e a celebração do contrato ficará condicionada à emissão do certificado, que será fornecido ao inscrito, sendo renovável sempre que atualizar o registro.

72. Mesmo as empresas ainda não cadastradas quando da divulgação do instrumento convocatório poderão participar do certame, desde que manifestem interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas, na forma do art. 50 do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21:

Art. 50. Empresas não convidadas poderão participar do certame desde que manifestem interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

73. O instrumento convocatório, por sua vez, será divulgado no sítio eletrônico da respectiva CAB, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis da data prevista para a abertura das propostas, mantendo essa divulgação até a data de recebimento das propostas:

Art. 51. O instrumento convocatório deverá ser divulgado no sítio eletrônico da respectiva CAB, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis da data prevista para a abertura das propostas, mantendo essa divulgação até a data de recebimento das propostas.

74. **Como forma de dar a maior publicidade possível ao certame, em atendimento à principiologia trazida na Lei Geral de Licitações e ao seu artigo 123, recomenda-se a divulgação do presente certame pelos seguintes meios de publicidade:**

- **Publicação em sítios eletrônicos da Comissão Aeronáutica Brasileira em Washington (<https://www2.fab.mil.br/cabw/index.php/en/>) e na Europa (<https://www2.fab.mil.br/cabe/>);**
- **Convocação para participação, por meios eletrônicos (e-mail), às empresas capacitadas cadastradas.**

75. Com efeito, na forma dos arts. 74 e 78, incisos II e XI, do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21, as informações dos procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos instrumentos convocatórios, bem como os dados dos contratos celebrados, deverão ser divulgados no sítio eletrônico das CAB, devendo constar da autuação do processo os comprovantes das publicações:

Art. 74. As informações concernentes aos procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos instrumentos convocatórios, bem como os dados dos contratos celebrados, deverão ser divulgados no sítio eletrônico das CAB, em conformidade com a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Art. 78. Quando realizado na forma presencial ou eletrônica, o procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

II - comprovante das publicações do edital resumido ou da entrega do convite que poderá ser na forma eletrônica;

(...)

XI - outros comprovantes de publicações; e

76. Há, porém, exceções e mitigações à ampla publicidade. Nesse sentido, o art. 93 do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21 ressalva que poderão ser sigilosas "*informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*" e que a publicidade será diferida "*quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura, e quanto ao orçamento da Administração*":

Art. 93. A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

§ 1º Excepcionam-se da regra do caput as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da legislação brasileira.

§ 2º A publicidade será diferida quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura, e quanto ao orçamento da Administração.

6. DO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

77. Muito embora não se trate o presente de pregão, mas de *bidding process* realizado no exterior, o presente tópico mencionará os normativos referentes ao pregão brasileiro apenas como referência, aproveitando, analogicamente, seus dispositivos, no que se mostrarem compatíveis.

78. As orientações a serem observadas no planejamento da contratação, estão prescritas no art. 14 do Decreto nº 10.024, de 2019:

“Art. 14. No planejamento do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração do estudo técnico preliminar e do termo de referência;

II - aprovação do estudo técnico preliminar e do termo de referência pela autoridade competente ou por quem esta delegar;

- III - elaboração do edital, que estabelecerá os critérios de julgamento e a aceitação das propostas, o modo de disputa e, quando necessário, o intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta;
- IV - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, dos prazos e das condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e a execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração pública; e
- V - designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.”

79. De forma mais detalhada, no âmbito da contratação de serviços, a IN nº 05, de 2017, traz o passo a passo a ser seguido pelo gestor, com a finalidade de melhor definir, justificar e estabelecer as necessidades da Administração, com a finalidade de assegurar uma contratação perfeita.

80. Logo de início, o artigo 1º, estabelece:

- Art. 1º As contratações de serviços para a realização de tarefas executivas sob o regime de execução indireta, por órgãos ou entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, observarão, no que couber:
- I -as fases de Planejamento da Contratação, Seleção do Fornecedor e Gestão do Contrato;
 - II -os critérios e práticas de sustentabilidade; e
 - III -o alinhamento com o Planejamento Estratégico do órgão ou entidade, quando houver.

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

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

82. Ademais, faz-se necessária apresentação de documento de oficialização de demanda, documento esse que precede a elaboração do ETP demonstra e pressupõe prévia formalização da demanda no âmbito administrativo, porquanto esse é o documento que fundamenta a elaboração do Estudo Técnico Preliminar. Conforme o art. 68, inciso I, do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21:

- Art. 68. A fase interna do procedimento, destinada aos atos preparatórios para efetivação do certame, observará a seguinte formalização mínima, a cargo da OM solicitante:
- I - requisição detalhada do objeto ou serviço, contendo especificações técnicas, projetos ou outros documentos necessários pelo solicitante;

83. É indispensável que o órgão cumpra as referidas etapas, de forma a que o planejamento da contratação seja elaborado nos estritos termos da necessidade da Administração.

84. No rol das definições, o subitem 2.56 do Manual do Sistema de Comércio Exterior do Comando da Aeronáutica (MCA 176-1), atualizado em 27 de julho de 2022, estipula:

2.56. ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR

Trata-se de um documento da fase preparatória de uma contratação, conforme previsto no Art. 68 da Portaria GM-MD 5.175 de 15 de dezembro de 2021, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido. Visa demonstrar a real necessidade da contratação, analisar a viabilidade técnica de implementá-la, bem como instruir o arcabouço básico para a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico.

85. Pode também ser adotado pelo órgão o modelo de contratação estabelecido nos cadernos de logística divulgados pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, situação em que poderá ser simplificada, no que couber, a etapa de estudos preliminares (art. 20, § 4º da IN 05/2017). Em qualquer situação, deve ficar caracterizado o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido.

86. Os estudos preliminares estão estabelecidos no artigo 24 e seus parágrafos e o Anexo III traz as diretrizes para elaboração dos estudos preliminares. Já o gerenciamento de riscos tratado nos artigos 25 a 27, será materializado pelo Mapa de Riscos, cujo modelo se encontra no Anexo IV da IN N° 05, de 2017.

87. Por todo o exposto, destaca-se que todos os elementos devem estar presentes na licitação, Estudos Preliminares, Gerenciamento de Riscos e Termo de Referência ou Projeto Básico, todos elaborados por técnicos das áreas e devidamente assinados pelos responsáveis. Os elementos integrantes dos Estudos Preliminares, Termo de Referência ou Projeto Básico, tais como a justificativa da contratação, quantitativos estimados, parcelamento, dentre outros, por sua relevância e especificidades, serão tratados em tópicos próprios ao longo do parecer.

6.1 Documento de Formalização da Demanda

88. O Documento de Formalização da Demanda é documento essencial e procedimento obrigatório para o início dos trabalhos, pertinentes ao início da fase interna da licitação, e os requisitos próprios para a oficialização da demanda devem ser atendidos quando se sua elaboração, assim como observada sua assinatura por autoridade competente. Sua previsão consta do art. 68, inciso I, e do art. 70, ambos do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21:

Art. 68. A fase interna do procedimento, destinada aos atos preparatórios para efetivação do certame, observará a seguinte formalização mínima, a cargo da OM solicitante:

I - requisição detalhada do objeto ou serviço, contendo especificações técnicas, projetos ou outros documentos necessários pelo solicitante;

Art. 70. A partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento poderão elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência.

89. Ora, a elaboração do ETP pressupõe prévia formalização da demanda no âmbito administrativo, porquanto esse é o documento que fundamenta a elaboração do Estudo Técnico Preliminar. Por outro lado, a efetividade do planejamento da contratação depende da análise dos riscos envolvidos na contratação, do qual também depende a conclusão da sua viabilidade.

90. No caso das contratações no exterior, o subitem 2.134 do Manual do Sistema de Comércio Exterior do Comando da Aeronáutica (MCA 176-1), atualizado em 27 de julho de 2022, prevê a figura da requisição, nos seguintes termos:

2.134. REQUISIÇÃO

É a formalização de uma necessidade por meio de emissão ou digitação dos dados detalhados necessários para a obtenção de um item ou da contratação de um serviço, contendo especificações técnicas, projetos ou outros documentos necessários pelo solicitante. Trata-se de uma parcela dos documentos da fase preparatória, conforme previsto no Art. 68 da Portaria GM-MD 5.175 de 15 de dezembro de 2021.

6.2 Estudos Técnicos Preliminares

6.2.1. *Necessidade da Contratação*

91. De acordo com o Decreto federal nº 10.024/2019, estudo técnico preliminar é o "documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusão pela viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência".

92. A previsão da necessidade de Estudo Técnico Preliminar consta do art. 68, inciso II, do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21:

Art. 68. A fase interna do procedimento, destinada aos atos preparatórios para efetivação do certame, observará a seguinte formalização mínima, a cargo da OM solicitante:

(...)

II - estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido e que a melhor solução de contratação seja por intermédio da licitação no exterior, apontando-se e comprovando-se a hipótese específica de remessa do processo ao exterior, respeitadas as hipóteses contidas neste normativo, baseado em levantamentos técnicos, diligências, consultas ao mercado ou publicação de aviso em Diário Oficial;

93. Essa regra indica a escorreita preocupação do regulamento com a fase de planejamento, a qual, quando bem realizada, evita prejuízos advindos de uma concepção precipitada e equivocada da pretensão contratual.

94. Como ressabido, esta definição sobre a necessidade ou não de utilização do estudo técnico preliminar envolve matéria técnica de competência do pertinente setor do órgão assessorado. Nada obstante, convém advertir que, nas hipóteses em que a pretensão contratual admite soluções diversas de atendimento pelo mercado ou necessidade de melhor avaliação sobre a viabilidade da contratação, a realização de estudo técnico preliminar permite uma melhor reflexão da equipe de planejamento, evitando uma formatação ineficiente ou inadequada do objeto licitatório.

95. Nesse prumo, vale suscitar interessante Jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

Em licitações para aquisição de equipamentos, havendo no mercado diversos modelos que atendam às necessidades da Administração, deve o órgão licitante identificar um conjunto representativo desses modelos antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a evitar o direcionamento do certame para marca ou modelo específicos e a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado. (TCU. Acórdão 214/2020, Plenário. Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz)

Especificações com potencial de restringir o caráter competitivo da licitação devem ser adequadamente fundamentadas, com base em estudos técnicos que indiquem a sua essencialidade para atender as necessidades do órgão ou da entidade contratante. (TCU. Acórdão 1973/2020, Plenário. Representação, Relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira).

96. Adotando-se o instrumento, pela nova sistemática, a justificativa da contratação deverá ser inserida como parte dos Estudos Preliminares, ao invés de compor documento autônomo do processo.

97. Conclui-se que o estudo preliminar da Contratação aborda os aspectos essenciais para a licitação, razoavelmente apresentando os requisitos necessários ao atendimento da demanda, versando, ainda, sobre a natureza do contrato e sua duração, além de apresentar as possíveis práticas de sustentabilidade. O Estudo também identifica qual a solução mais apropriada para suprir a necessidade administrativa e discorre sobre as providências preliminares à contratação.

98. Convém alertar que a Administração deve evitar a inclusão de requisitos desnecessários, mantendo as exigências de contratação em nível que permita a satisfação plena do interesse público secundário, de um lado, e a maior possibilidade de competição (ampla participação), de outro. Assim, a necessidade de contratação deve estar devidamente delineada na parte inicial do Estudo Técnico e conter de forma objetiva e técnica as razões pelas quais o objeto pretendido se faz necessário ao desempenho das funções do órgão.

99. Segue anexo ao presente Parecer Referencial modelo de Estudo Técnico Preliminar encaminhado pelo órgão assessorado.

6.2.2. Referência a normativos que disciplinam a contratação

100. Compete ao órgão promotor da licitação a responsabilidade pela pesquisa da legislação pertinente ao objeto do futuro contrato, a qual deverá ser indicada nos Estudos Preliminares da contratação.

101. Esse trabalho deverá compreender a referência a todos os normativos que disciplinem os diversos aspectos, requisitos essenciais, exigências específicas e fases que compõem a contratação.

102. Nesse ponto, vale ressaltar que deve haver trabalho de pesquisa normativa pela autoridade licitante e que os Estudos Preliminares façam referência às normas aplicáveis ao objeto que será contratado. **Especialmente em se tratando de contratações no exterior, é de especial relevância a atenção à legislação local, razão pela qual se faculta a contratação de "estudo jurídico local, em complemento ao parecer da COJAER, visando a suprir a necessidade de observância das peculiaridades legais daquele país" (art. 4º, caput, do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21).**

6.2.3. Estimativa das Quantidades

103. Compete ao gestor motivar, de forma clara e precisa, o quantitativo dimensionado no Termo de Referência, em atenção ao planejamento voltado a suprir a carência do órgão, evitando, ao máximo, estimativas genéricas, sem respaldo em elementos técnicos que evidenciam a exata correlação entre a quantidade contratada e a demanda prevista (TCU. Acórdão n. 1380/2011-Plenário), conforme, aliás, determina a legislação de regência (art. 7º, § 4º, da Lei n. 8.666/93).

104. Neste sentido, o TCU estabelece que a "definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão" (Súmula n. 177).

105. Quanto aos quantitativos, a justificativa da relação entre a demanda e a quantidade a ser contratada deve vir acompanhada, no que couber, dos critérios de medição utilizados, documentos comprobatórios, fotografias e outros meios probatórios que se fizerem necessários.

106. Assim, há de se verificar se a justificativa para os itens licitados contém os requisitos necessários à definição dos quantitativos que serão licitados, porquanto o órgão consulente deve documentar a estimativa das quantidades, demonstrar parâmetros de estimativa e incluir as memórias de cálculo que dão suporte aos quantitativos.

6.3 Da adjudicação por itens

107. Via de regra, os serviços efetuados pela Administração Pública devem ser divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, em conformidade com o art. 33, do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21:

Art. 33. As obras, serviços e compras efetuadas pelas CAB e pelas Aditâncias serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se a licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

108. Sobre o tema, convém citar a doutrina:

Mas a adoção do fracionamento dependa da presença de requisitos de ordem técnica e econômica.

4.1.3) O requisito de natureza técnica

Não se admite o fracionamento quando tecnicamente isso não for viável nem, mesmo, recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatório. Se a Administração necessitar adquirir um veículo, não teria sentido licitar a compra por partes (pneus, chassis, motor, etc). Mas seria possível realizar a compra fracionada de uma pluralidade de veículos. Em suma, o impedimento de ordem técnica significa que a unidade do objeto a ser executado não pode ser destruída através do fracionamento.

4.1.4.) O requisito de natureza econômica

Já o impedimento de ordem econômica se relaciona com o risco de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração. Em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução dos preços. Por isso, não teria cabimento a Administração fracionar as contratações se isso acarretar o aumento de seus custos.

Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução de despesas administrativas. A possibilidade de participação de maior número de interessados não é o objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar elevação de custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares. (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 440)

109. Importante lembrar que o TCU entende como obrigatória a adjudicação por item, nos editais das licitações, cujo objeto é divisível, desde que não haja prejuízo à contratação ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitante. Sempre bom lembrarmos sua sedimentada **Súmula 247**:

***Súmula 247 do TCU** - É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.*

110. Realmente, em tese, a reunião de diversos objetos em um único grupo pode gerar perda da competitividade, pelo impedimento à participação de empresas que atuem no mercado, com apenas parte do objeto contratual ampliado. Por outro lado, por vezes, a reunião pode servir positivamente à Administração, pelo ganho em economia de escala ou pela vantagem no gerenciamento contratual, elementos que permitem o alcance de uma melhor proposta econômica. Indubitável que a decisão final envolve contornos técnicos e gerenciais específicos.

111. A decisão de se agrupar itens não pode se basear em alegação genérica da necessidade de integração entre eles. Deve a justificativa considerar aspectos técnicos e fáticos. O Tribunal de Contas da União-TCU, inclusive, recomendou a elaboração de estudo técnico sobre a questão, em hipóteses de mais de um item licitado. Nesse sentido, cita-se o Acórdão n. 1695/2011-Plenário, TC-015.264/2011-4, rel. Ministro Substituto Marcos Bemquerer Costa, 22 de junho de 2011:

Licitação do tipo menor preço global: 2 - A decisão do administrador em não parcelar uma contratação deve ser obrigatoriamente precedida de estudos técnicos que a justifiquem.

Ainda na representação em que apurou possíveis irregularidades na Concorrência nº 6.986/2011, tipo menor preço global, promovida pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Administração Regional/SP – (Senac/SP), o TCU analisou a concentração do objeto em um único contrato, quando a licitação poderia ser realizada em seis parcelas, com a consequente ampliação do universo de participantes e do caráter competitivo da licitação, em contrariedade à Súmula/TCU n. 247. A esse respeito, o Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Senac/SP alegou que “a aquisição de todos os equipamentos por uma única empresa propicia um desconto maior no preço do produto e reduz os custos indiretos, a exemplo do custo de gerenciamento, visto que as reformas ocorrerão no mesmo período”. Não haveria, então, perda de economia de escala. Para a unidade técnica, nos termos da Súmula 247, “o TCU admite exceção à regra da adjudicação por item, aceitando a contratação global, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo de obras ou a perda de economia de escala”. Todavia, “há que se considerar que a decisão do administrador em parcelar ou não uma contratação deve ser obrigatoriamente precedida de estudos técnicos que justifiquem a decisão mais adequada a ser tomada” e não somente justificações. Na espécie, “conjugam-se a prestação de serviços de engenharia e a aquisição de equipamentos de ar condicionado, sendo que a ausência de estudos preliminares indicando as possíveis formas de contratação inviabiliza apurar se a forma adotada pelo Senac/SP apresenta-se competitiva e isonômica, além de assegurar que será obtida a proposta mais vantajosa para o ente licitador, princípios norteadores do processo licitatório”. Por conseguinte, por essa e por outras irregularidades, votou por que o Tribunal determinasse, cautelarmente, a suspensão da licitação, até que se decida sobre o mérito da questão suscitada, de modo a evitar que o prosseguimento irregular do certame acarretasse situações de fato ensejadoras de direitos subjetivos e tumulto na execução do objeto. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência.

112. Destaca-se, também, o entendimento do TCU, conforme Acórdão TCU nº 1972/2018-Plenário (Rel. Min. Augusto Sherman, 22/08/2018):

30. [...] Além disso, mesmo nas respostas às oitivas, constata-se não haverem sido apresentadas razões de ordem técnica para não se realizar o parcelamento do objeto, apenas sendo explicitados motivos de cunho gerencial, relacionados, principalmente, com eventuais dificuldades que poderiam surgir na apuração de responsabilidades de prestadores distintos.

[...]

32. Com efeito, forçoso reconhecer que sempre que existente algum grau de integração entre serviços, tal como no objeto em questão, a possibilidade de surgimento de tais dificuldades, como regra, estará presente. Contudo, a simples possibilidade de ocorrerem tais problemas, por si só, não pode servir de fundamento para contrariar-se a regra legal de priorizar-se o parcelamento do objeto, em especial considerando que os níveis de integração podem variar de um caso para outro, bem como tendo em conta a viabilidade de, em várias hipóteses, serem implementados parâmetros e controles que viabilizem o adequado funcionamento conjunto das prestações ou, se for o caso, a devida identificação de responsabilidades.

33. De todo modo, considero que qualquer grau de aglutinação do objeto que se pretenda, em função de constituir exceção à regra legal do parcelamento, deverá ser prévia e tecnicamente justificado.

34. As circunstâncias evidenciadas nesta Representação, aliás, sinalizam que a forma de proceder do Crea/MG, com a aglutinação de todos os serviços em questão em um só objeto, pode estar

viabilizando que uma só empresa se eternize como a única prestadora possível. (grifo nosso)

113. Deve-se também atentar para a recomendação do TCU, no acórdão 2037/2019-Plenário, nos seguintes termos:

9.6. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo desta Corte que, em reforço ao constante do item 9.3 do Acórdão 757/2015-Plenário, oriente suas unidades sobre a necessidade de sempre avaliar os seguintes aspectos em processos envolvendo pregões para registro de preços: [...]

9.6.3. obrigatoriedade da adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas, sendo a adjudicação por preço global medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de incompatível com a aquisição futura por itens - arts. 3º, § 1º, inciso I, 15, inciso IV, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, e Acórdãos 529, 1.592, 1.913, 2.695 e 2.796/2013, todos do Plenário.

114. **A obrigatoriedade do parcelamento ou adjudicação por itens não é absoluta. A divisão do objeto contratual, em alguns casos, pode prejudicar a economia de escala e gerar outros custos. Pode também potencializar riscos e dificuldades na gestão de contratos autônomos, com a mesma pretensão contratual.**

115. Sobre a matéria aqui abordada, citam-se trechos esclarecedores da nota explicativa do Termo de Referência - Modelo para Pregão Eletrônico – Compras, da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União, com atualização e julho de 2020:

Agrupamentos de Itens: Caso existente mais de um item em razão do parcelamento, a regra deve ser que cada item seja adjudicado de forma individualizada, permitindo que empresas distintas sejam contratadas. Excepcionalmente e de forma motivada, é possível prever o agrupamento de itens, adotando-se a adjudicação pelo preço global do grupo. Recomenda-se adotar a adjudicação por preço global de grupos de itens apenas se for indispensável para a modelagem contratual, sempre de forma justificada

(...)

Parcelamento: A regra a ser observada pela Administração nas licitações é a do parcelamento do objeto, conforme disposto no § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666, de 1993, mas é imprescindível que a divisão do objeto seja técnica e economicamente viável e não represente perda de economia de escala (Súmula 247 do TCU). Por ser o parcelamento a regra, deve haver justificativa quando este não for adotado.

No mesmo sentido, e especificamente para compras, o § 7º do art. 23 da Lei nº 8.666, de 1993, aplicável subsidiariamente ao pregão (art. 9º da Lei nº 10.520, de 2002), prevê a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.

6.4 Do Tratamento Diferenciado às Microempresas e Empresas De Pequeno Porte - Licitação Exclusiva para ME/EPP

116. Nos termos do inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014, a administração pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00.

117. Da mesma forma, o art. 6º do Decreto 8.538, de 2015, estabelece que as licitações para contratações públicas de bens, serviços e obras, cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00, deverão ser destinadas exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte.

118. No que tange a incidência do valor limite da licitação exclusiva por item de contratação, independentemente do valor global do certame, o inciso I do artigo 48 da LC 123/2006 é claro ao informar que a licitação exclusiva deverá ser realizada nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

119. **Dado tratar-se de tratamento legislativo diferenciado, voltado à promoção do desenvolvimento nacional (objetivo fundamental da República, na forma do art. 3º, inciso II, da Constituição da República), entende-se que as licitações realizadas no exterior estão fora do escopo da norma protetiva, eis que não é objetivo do legislador nacional fomentar o desenvolvimento de nação estrangeira. Dessa forma, para as licitações realizadas em território estrangeiro, não se aplica o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.**

6.5 Justificativa da contratação

120. Quanto à justificativa da contratação, não cabe ao órgão jurídico adentrar o mérito (oportunidade e conveniência) das opções do Administrador, exceto em caso de afronta a preceitos legais. O papel do órgão jurídico é recomendar que tal justificativa seja a mais completa possível, orientando o órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para futuros questionamentos, por exemplo, quanto à pertinência ou necessidade da contratação, ou dos quantitativos estimados.

121. Evidentemente, a justificativa da contratação tomará por base todas as pesquisas realizadas no estudo técnico preliminar.

122. No que toca à especificação do serviço, é certo que o aumento do nível de seu detalhamento influi inversamente no universo de fornecedores aptos a atender à demanda, reduzindo-o. Conseqüentemente, a caracterização excessivamente pormenorizada poderá conduzir a um único ou nenhum fornecedor, ao passo que a especificação por demais genérica ou singela poderá ampliar as opções no mercado, porém para serviço cujas características não atendam plenamente às necessidades efetivas da Administração, frustrando a finalidade da contratação.

123. Além disso, a especificação do serviço deve considerar as normas técnicas eventualmente existentes, elaboradas pelos órgãos legalmente habilitados a tanto, quanto a requisitos mínimos de qualidade, utilidade, resistência e segurança.

124. Destarte, o gestor deverá tomar as cautelas necessárias para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais ao bem, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração, evitando por outro lado, detalhes considerados supérfluos ou desnecessários, que possam limitar a competição indevidamente.

125. Conforme o art. 68, inciso I, do Anexo III, da Portaria GM-MD nº 5.175/21, compõe a fase interna do procedimento a requisição detalhada do objeto, contendo suas especificações técnicas, projetos ou outros documentos necessários:

Art. 68. A fase interna do procedimento, destinada aos atos preparatórios para efetivação do certame, observará a seguinte formalização mínima, a cargo da OM solicitante:

I - requisição detalhada do objeto ou serviço, contendo especificações técnicas, projetos ou outros documentos necessários pelo solicitante;

126. Algumas particularidades que deverão constar na justificativa da contratação serão abordados, em tópicos próprios, na sequência.

6.6 Critérios De Sustentabilidade

127. No planejamento da contratação devem ser observados determinados pressupostos, entre eles a especificação do objeto de acordo com critérios e práticas de sustentabilidade, a verificação de incidência de exigências de sustentabilidade em obrigações da contratada (logística reversa, destinação das embalagens, por exemplo) ou como requisito previsto em lei especial (de acordo com o art. 28, V, segunda parte, ou art. 30, IV, ambos da Lei nº 8.666, de 1993), bem como o alinhamento da contratação com o Plano de Gestão de Logística Sustentável (PGLS) do órgão, nos termos da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 10, de 2012, c/c o artigo 2º, § 1º, do Decreto nº 10.024, de 2019, que assim estabelece:

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.

128. O Plano de Logística Sustentável é uma ferramenta de gestão e planejamento que permite estabelecer práticas de sustentabilidade e racionalização dos gastos nos processos administrativos. O compromisso com a sustentabilidade melhora a qualidade do gasto público, combate o desperdício, promove a redução de consumo, além de melhoria no ambiente de trabalho.

129. Observa-se que as dimensões a serem consideradas são: econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o órgão assessorado deve: a) avaliar se há incidência de critérios e práticas de sustentabilidade no caso concreto; b) indicar a(s) dimensão(ões) dessa incidência; e c) definir condições para sua aplicação. Sobre as diversas dimensões, há subsídios orientadores no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis, disponível no site da AGU.

130. Na escolha de produtos sustentáveis, segundo os termos do inciso XI do artigo 7º da Lei nº 12.305, de 2010, deve-se priorizar: produtos que podem gerar menos perdas; ser recicláveis; ser mais duráveis; que possuam menos substâncias tóxicas ou prejudiciais à saúde; e que gastem menos energia na sua produção.

131. Acresça-se que é obrigação do gestor público a consulta e a inserção nas minutas correspondentes das previsões legais constantes no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis. Sobre a utilização do Guia, manifestou-se o Tribunal de Contas da União:

203. Como boa prática pode-se citar a publicação do Guia Nacional de Licitações Sustentáveis (BRASIL, 2016c) , pelo Núcleo Especializado em Sustentabilidade, Licitações e Contratos (NESLIC), integrante da Consultoria-Geral da União - CGU, da Advocacia-Geral da União.

204. A obra tem como objetivo oferecer segurança jurídica aos gestores públicos na implementação de práticas socioambientais, de acordo com o art. 3º da Lei 8.666/1993 (BRASIL, 1993) . O guia apresenta critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade e traz orientações sobre planejamento e avaliação da necessidade de contratação. (TCU – Acórdão 1056/2017 – Plenário)

132. Registre-se que há possibilidade, mediante motivação administrativa constante do processo administrativo, de serem inseridos outros requisitos de sustentabilidade além das legalmente previstas e constantes do Guia, desde que observados os demais princípios licitatórios.

133. Além do Guia Nacional, podem ser inseridos critérios de sustentabilidade com base no art. 5º da IN nº 01/2010 do MPOG. Ressalte-se, entretanto, que a indicação genérica de normas ambientais não supre o comando legal, pois os critérios de sustentabilidade devem constar detalhadamente nas especificações técnicas, no edital e/ou no contrato, devendo tal detalhamento ser providenciado.

134. Por vezes, a exigência de determinado requisito ambiental deriva de imposição normativa, editada pelos órgãos de proteção ao meio ambiente. Nesses casos, a especificação técnica do objeto deve ser definida de acordo com as determinações da norma vigente, a depender do tipo de produto, recomendando-se o foco nos seguintes temas, quando cabíveis: promoção do descarte, coleta e reciclagem dos materiais, gerenciamento de resíduos, redução no índice de emissão de gases e poluição (vide o Guia Nacional para uma lista abrangente de objetos sujeitos a disposições normativas de caráter ambiental).

135. Deve-se mencionar, ainda, que a Lei nº 12.187, de 2009 – Política Nacional sobre Mudança do Clima, em especial, em seu artigo 6º, XII, adotou o uso do poder de compra do Estado como um importante instrumento para implementar a política de mudanças climáticas.

136. Em síntese, no tocante à promoção do desenvolvimento sustentável, deverão ser tomados os seguintes cuidados gerais pelos gestores públicos em aquisições:

- a) definir os critérios e práticas sustentáveis objetivamente, e em adequação ao objeto da contratação pretendida, como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial;
- b) verificar se os critérios e práticas sustentáveis especificados preservam o caráter competitivo do certame; e,
- c) verificar o alinhamento da contratação com o Plano de Gestão de Logística Sustentável.

137. Cabe ao órgão assessorado a verificação técnica dos critérios de sustentabilidade aplicáveis aos bens a serem adquiridos. Se a Administração entender que os bens objeto desta contratação não se sujeitam aos critérios e práticas de sustentabilidade ou que as especificações de sustentabilidade restringem indevidamente a competição em dado mercado, deverá apresentar a devida justificativa.

138. A bem desse entendimento vale destacar a posição do Tribunal de Contas da União em entender que a não adoção de critérios de sustentabilidade ambiental fere o art. 3º da Lei nº 8666/93 (acórdão nº 3241/2013 TCU - Segunda Câmara) bem como o entendimento de que tais critério podem ou não ser cabíveis, desde que explicitada a não incidência (acórdão 2182/2016 TCU - 1ª Câmara).

139. **Em se tratando de licitação realizada no exterior, devem-se observar a legislação e as regulamentações locais referentes aos critérios de sustentabilidade ambiental, inserindo-se, na medida do**

possível, previsões de sustentabilidade no Projeto Básico e/ou no Edital e/ou no Contrato, ou, na hipótese de não o fazer, justificar expressamente a não aplicabilidade.

7. ANÁLISE DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO

140. A seguir, passa-se à verificação do atendimento dos requisitos necessários à instrução da fase preparatória do processo licitatório, sendo certo que cabe ao Administrador observar as demais exigências concernentes à fase externa do procedimento em momento oportuno, posterior a presente manifestação jurídica.

141. Assim, serão tecidas considerações acerca das determinações constantes do ordenamento jurídico, em face do caso vertente, com a ressalva de que os textos das minutas anexadas serão analisados em tópicos especialmente abertos para essa finalidade.

7.1 Autorização para abertura da licitação

142. A autorização para abertura da licitação, devidamente assinada pela autoridade competente, decorre da exigência do art. 68, inciso IV, do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21:

Art. 68. A fase interna do procedimento, destinada aos atos preparatórios para efetivação do certame, observará a seguinte formalização mínima, a cargo da OM solicitante:

(...)

IV - autorização da autoridade competente para a contratação;

143. Tal documento deve ser juntado aos autos, datado e assinado por autoridade comprovadamente competente.

7.2 Pesquisa de Preço

144. A pesquisa ampla e idônea com base no valor de mercado é essencial para propiciar a adequada estimativa de custos da contratação de forma transparente e proba, e ao mesmo tempo, possibilitar a aferição do valor referencial das parcelas de uma licitação como parâmetro na análise da exequibilidade ou aceitabilidade das propostas ou lances das empresas licitantes na ocasião do certame, podendo nortear o valor máximo aceitável. Com efeito, a estimativa do valor é parte integrante da fase interna do procedimento licitatório, na forma do art. 68, inciso III, do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21:

Art. 68. A fase interna do procedimento, destinada aos atos preparatórios para efetivação do certame, observará a seguinte formalização mínima, a cargo da OM solicitante:

(...)

III - estimativa do valor;

145. Considerando que a função consultiva deve proporcionar à Autoridade o máximo de segurança possível para a prática do ato, não se pode deixar de alertar a necessidade de fixar o valor de referência de uma contratação com embasamento técnico suficiente que permita constatar, pelo menos aproximadamente, o valor justo a ser pago.

146. Insta destacar que as diligências concernentes à pesquisa de preços não se resumem à simples anexação de orçamentos das empresas nos autos, cabendo ao responsável a análise detida de cada proposta, não apenas sob seu aspecto formal (identificação da empresa, idoneidade, compatibilidade da sua finalidade social com o objeto da licitação, etc.), como do seu teor. É de bom alvitre alertar ao órgão para a importância da congruência entre os preços das propostas, considerando que eventuais valores desarrazoados ou evidentemente inexequíveis podem distorcer os resultados das pesquisas efetuadas, de maneira que cumprirá ao órgão o discernimento sobre os orçamentos efetivamente aptos a

comporem a planilha de preços, podendo até serem excluídos aqueles demasiadamente discrepantes dos demais.

147. Salienta-se que é de inteira responsabilidade da autoridade contratante a verificação quanto à plausibilidade dos valores apresentados. Como sempre, frise-se que os membros desta Consultoria Jurídica não detêm competência legal, conhecimento especializado ou mesmo ferramentas para avaliar a adequação das avaliações de preços realizadas nos processos submetidos à análise jurídica. A responsabilidade pela idoneidade e lisura de tais atos recai integralmente sobre os agentes do órgão promotor da licitação, conforme bem ressaltado pela doutrina de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

“A aceitação de proposta com sobrepreço pelo pregoeiro ou comissão de licitação, seguida da homologação do procedimento licitatório pela autoridade competente, sujeita-os a responsabilidade, solidariamente com o agente que realizou a pesquisa de preços. O mesmo pode ocorrer com a autoridade superior competente pela ratificação dos atos do processo da contratação direta e o responsável pela pesquisa de preços.

A aceitação de oferta inexequível, de que resulte a inexecução do objeto em razão da impossibilidade de o contratado cobrir os custos da contratação, também atrai a responsabilidade desses agentes (o que realizou a pesquisa de preços, o pregoeiro, os integrantes da comissão de licitação e a autoridade que homologou o procedimento ou ratificou os atos praticados no processo da contratação direta). Em ambas as hipóteses – inexequibilidade ou sobrepreço –, será necessário aquilatar a conduta de cada um desses agentes e as circunstâncias em que atuaram, para o efeito de imputar-lhes responsabilidade”. (“Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações e contratações diretas”, Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 10, nº 116, ago. 2011).

148. Outrossim, o inciso V do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) estatui a respeito:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

(...)

V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação do bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

149. É certo que, em se tratando de procedimento licitatório realizado em território estrangeiro, também a pesquisa de preços deverá observar as peculiaridades locais, como dita o art. 6º, inciso IX, do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21:

Art. 6º Os processos de licitação e de contratação realizados pelas CAB, incluindo aqueles realizados para atender necessidades administrativas e operacionais das Aditâncias, bem como os que, eventualmente, sejam realizados por estas, observarão as peculiaridades locais, inclusive a legislação local, quanto:

(...)

IX - aos meios utilizados para a pesquisa de mercado; e

150. No ponto, prevê a alínea "b" do subitem 8.1.3.2 do Manual do Sistema de Comércio Exterior do Comando da Aeronáutica (MCA 176-1), atualizado em 27 de julho de 2022:

8.1.3.2. (...)

b) O preço de referência constante das requisições deverá ter por base pesquisa de preços realizada

com valores atuais de mercado. Para tanto, poderá ser realizada consulta a tabelas oficiais, a tabelas de fabricantes ou de entidades que atuem no ramo do objeto pesquisado, a mídias especializadas, a contratações similares feitas pela Administração, a históricos de preços de contratações realizadas pela Administração ou pesquisa junto a fornecedores. Caso seja realizada a pesquisa junto a um único fornecedor, deverá ser justificada a impossibilidade de obtenção de preços junto a outras entidades que atuem no ramo. O militar ou servidor responsável pela pesquisa de preços deverá estar devidamente designado no PAG; e

151. **Na falta de regulamentação mais específica de como realizá-la, é de bom alvitre tomar analogicamente, na medida do possível e com as devidas adaptações, os mecanismos de cotação de preços existentes para as licitações nacionais.** Nesse ponto, cumpre destacar os procedimentos a serem observados na “pesquisa de preços” para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, instituídos pela Instrução Normativa n. 73, de 5 de agosto de 2020, do Ministério da Economia, que estabeleceu “parâmetros” específicos, a serem observados conforme disciplinado no seu art. 5º, como segue:

Art. 5º A pesquisa de preços para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:

I - Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico gov.br/paineldeprecos, desde que as cotações refiram-se a aquisições ou contratações firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

II - aquisições e contratações similares de outros entes públicos, firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

III - dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso; ou

IV - pesquisa direta com fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que os orçamentos considerados estejam compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório.

§ 1º Deverão ser priorizados os parâmetros estabelecidos nos incisos I e II.

§ 2º Quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, nos termos do inciso IV, deverá ser observado:

I - prazo de resposta conferido ao fornecedor compatível com a complexidade do objeto a ser licitado;

II - obtenção de propostas formais, contendo, no mínimo:

a) descrição do objeto, valor unitário e total;

b) número do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ do proponente;

c) endereço e telefone de contato; e

d) data de emissão.

III - registro, nos autos da contratação correspondente, da relação de fornecedores que foram consultados e não enviaram propostas como resposta à solicitação de que trata o inciso IV do caput.

152. O Acórdão TCU n. 125/2016-Plenário entendeu que a utilização de preços praticados por outros órgãos públicos, que consiste basicamente na consulta ao Painel de Preços, é obrigação do gestor, vez que a expressão "sempre que possível", utilizada pelo art. 15 da Lei n. 8.666, de 1993, não dá margem à discricionariedade se for materialmente possível a utilização desses valores referenciais. Como segue:

21. Prosseguindo, o termo “sempre que possível” (constante do caput do art. 15) deve ser interpretado no sentido de que a consulta é obrigatória quando existirem órgãos ou entidades que

tenham efetuado aquisições similares. É dizer, não há discricionariedade do gestor para deixar de utilizar a consulta quando ela puder ser realizada. A não realização da pesquisa deve ser plenamente justificada pelo gestor.

153. Com intuito de verificar o custo da contratação e obtenção de valor de referência para o certame, o órgão deverá realizar pesquisa de preços, preferencialmente em face de contratações públicas anteriores. Entretanto, na impossibilidade (que deve ser justificada), poderá optar por pesquisa junto a fornecedores, em um mínimo de 3, permitindo, desta feita, a avaliação do custo médio e as variações entre diversos fornecedores.

154. Vale registrar a recomendação para que a Administração elabore mapa de cotação dos preços pesquisados, a fim de facilitar a realização de um juízo crítico sobre os preços que vão ser utilizados para estimar o valor total licitado.

7.3 Divulgação do valor estimado ou valor máximo aceitável

155. Uma vez apurado e definido o valor estimado ou o valor máximo aceitável, cumpre ao órgão avaliar, cuidadosamente, se será o caso de divulgá-lo ou mantê-lo sob sigilo.

156. O sigilo envolve apenas o orçamento estimado, devendo o edital e seus anexos apresentarem as informações necessárias para a elaboração das propostas. Por conta disso, para o empresário que conhece seu produto, serviço ou atividade, não há, *a priori*, prejuízo pela utilização do orçamento sigiloso, pois, conhecedor de seus custos para o exercício de sua atividade, ele consegue definir seu preço para a execução do contrato pretendido pela Administração, independente desta lhe apresentar custos máximos admitidos.

157. Convém ressaltar, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em suas *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* (Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas), recomenda, no documento *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, que se deve recorrer à utilização de preços máximos de aquisição apenas quando estes se basearem em cuidadosa pesquisa de mercado e se as entidades adjudicantes estiverem convencidas de que se tratam de preços muito competitivos, não devendo, esses preços máximos, serem publicados; na verdade, “antes devem ser mantidos confidenciais durante o processo ou depositados noutra autoridade pública” (*Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. 2012. p. 8. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2022).

158. Decidindo pela opção do orçamento sigiloso, o órgão deve definir como guardará o sigilo da estimativa de custos realizada. Como a legislação brasileira, acertadamente, não esmiuçou este procedimento, normas internas devem disciplinar de que forma isto será feito, estabelecendo a competência para a realização da estimativa de custos e a responsabilidade pela guarda de seu sigilo (quando necessário) a determinado agente ou setor específico.

159. Por ora, não foram estabelecidas normas com os parâmetros para que se adote uma ou outra opção. A decisão compete à autoridade que, evidentemente, deverá municiar-se das informações sobre o mercado do objeto licitado, coletadas por ocasião do estudo técnico preliminar.

160. Como norte, nos parece plausível recomendar que a escolha recaia sobre a opção que amplie a competitividade e, como consequência, tenha maior aptidão para a obtenção da melhor proposta. Qualquer que seja a opção do Gestor, deverá ser devidamente motivada nos autos.

7.4 Previsão de recursos orçamentários

161. A declaração de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal, conforme dispõe o artigo 10, inciso IX, da Lei

nº 8.429/1992, e art. 115, *caput*, do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21:

Art. 115. A duração dos contratos regidos por esta norma será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.

162. Cabe também alertar para que seja anexada a declaração sobre a adequação orçamentária e financeira para fazer face às despesas, em conformidade com as normas constantes dos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

163. Nos termos do subitem 8.1.1 do Manual do Sistema de Comércio Exterior do Comando da Aeronáutica (MCA 176-1), atualizado em 27 de julho de 2022:

8.1.1. Exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)

8.1.1.1. Em todo e qualquer caso, como decorrência das determinações legais contidas na Lei Complementar nº 101/2000, constituem-se tarefas de responsabilidade exclusiva da OM Solicitante, relativamente à despesa a ser gerada:

- a) Estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor a despesa e nos dois subsequentes;
- b) Declaração do Ordenador de Despesas de que a mesma tem adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual (LOA), compatibilidade com o Plano Plurianual (PPA) e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

8.1.1.2. As tarefas supracitadas são condições necessárias para a realização do procedimento licitatório (ou contratação direta) e emissão da nota de empenho.

8.1.1.3. Será considerada não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público a geração de despesa ou a assunção de obrigação em desconformidade com o disposto na LRF.

8.1.1.4. Os documentos formais que materializam as exigências supracitadas deverão ser autuados ao respectivo PAG.

164. Atente-se que compete ao órgão verificar a aplicabilidade da Orientação Normativa nº 52. do Advogado-Geral da União, a fim de dispensar a necessidade da declaração acerca dos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 2000:

"As despesas ordinárias e rotineiras da administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, dispensam as exigências previstas nos incisos I e II do art. 16 da lei complementar nº 101, de 2000".

7.5 Designação do Agente da Contratação e da Equipe de Apoio

165. Conforme o art. 76 do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21, "*o agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe*". Por essa razão, deve constar nos autos o ato de designação do agente da contratação, como também da respectiva equipe de apoio.

7.6 Requisitos de habilitação e particularidades quanto à contratação no exterior

166. Por se tratar de serviços a serem contratados por unidade administrativa com sede no exterior, não são aplicados os requisitos de habilitação exigidos pelo artigo 32, §4º, da Lei n. 8.666/93 para as empresas estrangeiras que não funcionem no país, por força do que prevê o §6º do mesmo dispositivo:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

(...)

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

(...)

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

167. Ante o exposto, cabe recomendar ao órgão assessorado que adote as cautelas mínimas relativas destinadas a assegurar, especialmente, a responsabilização civil do contratante inadimplente, sempre observando as peculiaridades da legislação local para as contratações realizadas por repartições públicas sediadas no exterior (artigo 32, § 6º e artigo 123 da Lei n. 8.666/93).

168. Finalmente, recomenda-se ao órgão assessorado que se certifique quanto à regularidade jurídica da entidade contratada, inclusive da legitimidade do representante legal responsável pela proposta e pelo contrato/instrumento equivalente, bem como da indicação do fiscal do contrato, devidamente nomeado, que deverá fiscalizar a efetiva execução do serviço para fins de pagamento, devendo também confirmar a regularidade fiscal e trabalhista para os devidos fins.

7.7 Minuta do Instrumento Convocatório e Anexos

169. O art. 68, inciso V, do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21, exige que o processo licitatório seja instruído com as minutas do instrumento convocatório e de seus anexos. Em sendo exigível termo de contrato, sua minuta também integrará o instrumento convocatório, conforme art. 102 do Anexo III da referida Portaria:

Art. 68. A fase interna do procedimento, destinada aos atos preparatórios para efetivação do certame, observará a seguinte formalização mínima, a cargo da OM solicitante:

(...)

V - instrumento convocatório e seus anexos;

(...)

Art. 102. A minuta do futuro contrato, quando exigível, integrará o edital ou ato convocatório da licitação.

8. ANÁLISE DAS MINUTAS

8.1 Considerações Gerais sobre o Edital e Anexos

170. Inicialmente, cumpre destacar que esta Consultoria Jurídica sempre costuma recomendar que seus órgãos assessorados adotem os modelos elaborados nacionalmente pela AGU. Esta adoção é, inclusive, recomendada pela Instrução Normativa nº 05, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, artigos 29 e 35:

Art. 29. Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de Termos de Referência e Projetos Básicos da Advocacia-Geral União, observadas as diretrizes dispostas no Anexo V, bem como os Cadernos de Logística expedidos pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber.

§ 1º Quando o órgão ou entidade não utilizar os modelos de que trata o caput, ou utilizá-los com alterações, deverá apresentar as devidas justificativas, anexando-as aos autos.

§ 2º Cumpre ao setor requisitante a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico, a quem caberá avaliar a pertinência de modificar ou não os Estudos Preliminares e o Gerenciamento de Risco, a depender da temporalidade da contratação, observado o disposto no art. 23.

Art. 35. Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de atos convocatórios e contratos da Advocacia-Geral União, observado o disposto no Anexo VII, bem como os Cadernos de Logística expedidos por esta Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber.

§ 1º Quando o órgão ou entidade não utilizar os modelos de que trata o caput, ou utilizá-los com alterações, deverá apresentar as devidas justificativas, anexando-as aos autos.

§ 2º No caso da contratação de prestação de serviços por meio do sistema de credenciamento, deverão ser observadas as diretrizes constantes do item 3 do Anexo VII-B.

171. No caso de contratações por repartições localizadas no exterior, não existem, no presente momento, minutas nacionais elaboradas pela AGU que sejam específicas para elas, sendo que as minutas voltadas a licitações no Brasil necessitariam de diversas adaptações para se ajustarem às contratações no exterior.

172. Por essa razão, **o órgão assessorado encaminhou as minutas que pretende utilizar como parâmetro, estando elas anexadas a este opinativo. Para a plena aplicabilidade do Parecer Jurídico Referencial, tem-se como condição que a atividade jurídica exercida se restrinja à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos (ON AGU nº 55/2014), o que só é viável quando se conhece previamente o conteúdo das minutas. Com isso, mostra-se inaplicável o presente Parecer caso o órgão assessorado opte por instruir o processo com outra minuta de instrumento convocatório, hipótese em que merecerá análise jurídica individualizada.**

173. De qualquer forma, dado o seu caráter genérico, e considerando-se as possíveis peculiaridades de cada objeto, o gestor responsável deverá tomar as medidas de cautela quanto a eventuais adaptações ou acréscimos que se fizerem necessários nas minutas para a sua adequação ao caso concreto.

174. Além disso, uma vez que os modelos estão sujeitos a um processo dinâmico, o que importa em frequentes aperfeiçoamentos e atualizações, é importante que o órgão acompanhe eventuais atualizações feitas pela AGU.

8.2 Projeto Básico

175. O Projeto Básico é o documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares que contempla, além do detalhamento do objeto, os requisitos para participação no certame, seu processamento, até final contratação e a execução contratual. Sua previsão consta do art. 69, inciso IV, e do art. 104 do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21:

Art. 69. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção da legislação a qual será regida, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

(...)

Art. 104. O projeto básico deverá estar anexado ao contrato a ser assinado com o licitante vencedor, dele fazendo parte.

176. Vale lembrar que se trata de documento extremamente técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, ao próprio órgão assistido, atendendo sempre às prescrições legais pertinentes, inclusive quanto às exigências de qualificação técnicas exigidas para os objetos a serem contratados.

8.3 Edital

177. Os requisitos e elementos a serem observados na minuta do edital são aqueles previstos no art. 69 do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21:

Art. 69. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção da legislação a qual será regida, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto; e

IX - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência.

Parágrafo único. O edital e o termo de contrato constarão dos autos no idioma em que forem firmados e em português, mediante tradução simples, devendo ser publicados em ambos os idiomas.

178. No que tange à específica atribuição de análise das minutas, conforme atestado no processo, o órgão consulente utilizará como modelo de instrumento convocatório o documento Convite à Licitação, anexo ao presente, **em relação ao qual se recomenda que as menções à MCA 176-1 se baseiem na sua versão mais atualizada.**

8.4 Minuta de termo de contrato

179. No caso da contratação em tela, ao modelo de edital (anexo a este Parecer Referencial) informa em seu item 12.1: “12.1.Aprovada a licitação, o **CONTRATADO** terá 05 (cinco) dias úteis, contados da data de sua convocação, para **firmar o Contrato**, conforme ANEXO III, sob pena de perder o direito de ser contratado e ficar sujeito às sanções previstas neste Edital e quaisquer outras penalidades ou danos previstos na legislação aplicável.”.

180. Cabe asseverar que o art. 99 do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21 arrola as hipóteses em que o termo de contrato não se faz necessário, podendo ser substituído por instrumento equivalente:

Art. 99. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I - dispensa de licitação em razão de valor; e

II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

181. Essa possibilidade também é abarcada pela legislação brasileira, conforme permissivo existente no art. 62, § 4º da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§ 4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

182. No caso dos autos, tratando-se de serviço a ser contratado mediante certame licitatório no exterior, não é possível a substituição de termo de contrato por instrumento equivalente, eis que não se enquadra a contratação nas hipóteses do art. 99 do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21. Ademais, o art. 103 do mesmo documento arrola as cláusulas necessárias dos contratos administrativos no exterior:

Art. 103. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;

III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;

IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;

VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;

VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

IX - a matriz de risco;

X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;

XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;

XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;

XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;

XV - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;

XVII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;

XVIII - os casos de extinção; e

XIX - o foro, dando-se preferência àquele do local da celebração do contrato.

183. Por essa razão, consta anexo ao presente Parecer Referencial a minuta de termo de contrato a ser utilizada, que traz de forma bastante resumida os requisitos contratuais, devido às peculiaridades locais, tal como autoriza o art. 7º do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/21. **Apenas se recomenda, no ponto, que haja fixação de cláusula de foro e que o termo também conte com a assinatura da contratada, por se tratar de ato bilateral.**

9. CONCLUSÃO

184. Em face do exposto, **desde que o órgão assessorado ateste que o assunto do processo é o tratado na presente manifestação jurídica referencial e atenda todas as recomendações exaradas**, é possível dar prosseguimento ao feito, sob o ponto de vista estritamente jurídico, sem submeter os autos à análise individualizada desta Consultoria, com amparo no art. 3º, § 1º, do Anexo III, da Portaria GM-MD nº 5.175/2021, na Orientação Normativa AGU nº 55/2014 e Portaria Normativa CGU/AGU nº 05, de 31 de março de 2022.

185. Reitera-se que dúvidas jurídicas específicas devem ser submetidas ao crivo da COJAER, inclusive quaisquer dúvidas decorrentes da aplicação deste parecer.

186. **Para auxiliar na avaliação de conformidade legal do procedimento e para que seja aferida a correção da instrução processual, reitera-se a sugestão, como boa prática, de que o órgão assessorado junte aos autos lista de verificação adaptada aos certames no exterior, cujo modelo foi encaminhado pelo CELOG (anexo ao presente).**

187. Vale ressaltar que, na forma do art. 6º da Portaria Normativa CGU/AGU nº 05, de 31 de março de 2022, **o termo final de validade do presente Parecer Referencial será a data de 1º de abril de 2023** - data de revogação da Lei nº 8.666/93, na forma do art. 193, inciso II, da Lei nº 14.133/21, bem como data limite da utilização da modalidade convite no exterior, na forma do art. 48 do Anexo III da Portaria GM-MD nº 5.175/2021:

Art. 48. A modalidade Convite poderá ser utilizada até o advento do prazo previsto no art. 193, inciso II, da Lei nº 14.133, de 2021.

188. À consideração superior da Exma. Consultora Jurídica-Adjunta do Comando da Aeronáutica, a fim de que, concordando com os termos da presente manifestação:

- Dê amplo conhecimento aos órgãos assessorados, comunicando-lhes a desnecessidade de envio de processos por ela abrangidos para análise individualizada e a obrigatoriedade de se atestar, de forma expressa e em cada processo administrativo, que o caso a ela se amolda; e
- Encaminhe o processo ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas da Consultoria-Geral da União (DEINF/CGU), para registro e divulgação.

Brasília, 15 de novembro de 2022.

VICTOR CHAVES RIBEIRO FRANÇA GUIMARÃES
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 67102223528202200 e da chave de acesso 64485146

Documento assinado eletronicamente por VICTOR CHAVES RIBEIRO FRANÇA GUIMARÃES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1033710722 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR CHAVES RIBEIRO FRANÇA GUIMARÃES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 18-11-2022 21:02. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
