



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
SUBCONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO DE GESTÃO PÚBLICA
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE AQUISIÇÕES

PARECER n. 00238/2023/CGAQ/SCGP/CGU/AGU

NUP: 08200.006415/2023-47

INTERESSADOS: MJSP - POLICIA FEDERAL

ASSUNTOS: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE AINM - ARMAS ELETRÔNICAS DE INCAPACITAÇÃO NEUROMUSCULAR E ACESSÓRIOS PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES DA POLÍCIA FEDERAL.

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE AINM - ARMAS ELETRÔNICAS DE INCAPACITAÇÃO NEUROMUSCULAR E ACESSÓRIOS PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES DA POLÍCIA FEDERAL. AXON ENTERPRISE, INC.

I - Valor estimado: R\$ 9.547.989,40 (nove milhões, quinhentos e quarenta e sete mil novecentos e oitenta e nove reais e quarenta centavos).

II - Contratação da Empresa americana Axon Enterprise, Inc. Inexigibilidade de licitação, com arrimo no art. 74, inciso I, da Lei nº 14.133/21.

III - Viabilidade jurídica do procedimento. **Recomendações**. Encaminhamento à Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Sr. Coordenador-Geral Jurídico de Aquisições Substituto,

1. DO RELATÓRIO

1. Trata-se de processo oriundo da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, que tem por objeto a contratação direta da empresa americana Axon Enterprise, Inc., mediante inexigibilidade de licitação, com base no art. 74, inciso I, da Lei nº 14.133/21, para aquisição de armas eletrônicas de incapacitação neuromuscular e acessórios para atender às necessidades da Polícia Federal.

2. Os autos foram encaminhados para análise desta Coordenação-Geral Jurídica de Aquisições - CGAQ/SCGP/CGU/AGU, por meio do **DESPACHO n. 01992/2023/CONJUR-MJSP/CGU/AGU** (seq. 02), nos termos do que contido no artigo 31 da Estrutura Regimental da Advocacia-Geral da União, aprovada pelo Decreto nº 11.328, de 2023, combinado com a Portaria AGU nº 83, de 2023. Dentre os documentos que compõem o processo, destacam-se os seguintes:

- Documento de oficialização da demanda (SEI nº 24741260 - fls. 01/03);
- ETP Digital (SEI nº 24741260 - fls. 190/479);
- Mapa de Riscos (SEI nº 24741260 - fls. 480/484);
- Declaração de Exclusividade (SEI nº 24741260 - fls. 485/486);
- Proposta Comercial (SEI nº 24741260 - fls. 487/494);
- Projeto Básico (SEI nº 24741260 - fls. 527/540);
- Estudo Técnico Preliminar - Última Versão (SEI nº 24741260 - fls. 541/568);
- Documentos relacionados à Pesquisa de Preços (SEI nº 24741260 - fls. 241/479);
- Análise Crítica da Pesquisa de Preços e Composição do Preço Médio (SEI nº 24741260 - fls. 588/591);
- Declaração de Utilização dos Modelos da AGU (SEI nº 24741260 - fls. 592/593 e 635/636);
- Declaração de adequação ao Planejamento estratégico do órgão (SEI nº 24741260 - fls. 594/595);
- Lista de verificação para aquisição de bens (SEI nº 24741260 - fls. 596/601);

- o Minuta do Contrato (SEI nº 24741260 - fls. 613/634);
- o Minuta de Ato de Inexigibilidade de Licitação (SEI nº 24741260 - fl. 641);
- o Consulta ao SICAF da empresa (SEI nº 24741260 - fls. 646/645);
- o Poderes de representação da empresa no Brasil (SEI nº 24741260 - fls. 646/654);
- o Consulta ao SICAF, Certidão de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, Lista de Licitante Inidôneos do TCU e Nada Consta no CADIN do representante legal no Brasil (SEI nº 24741260 - fls. 655/664);
- o Lista de verificação para contratação por inexigibilidade (SEI nº 24741260 - fls. 665/668).

3. Em síntese, é o que interessa relatar. Passa-se à análise jurídica.

2. DA ANÁLISE JURÍDICA

2.1 FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

4. 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. Envolve, consequentemente, o exame prévio e conclusivo dos textos das minutas dos editais e seus anexos.

5. A atribuição desta Coordenação-Geral Jurídica de Aquisições 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.

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

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

7. 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.

8. Por 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, no entendimento desta Coordenação-Geral, a ausência de tais documentos, por si, não representa óbice ao prosseguimento do feito. Sem embargo, para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, **pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – LINDB) o descumprimento de normativo da entidade pelo gestor**, especialmente o que resultar em danos materialmente relevantes”. (TCU, Acórdão nº 2.677/2018, Plenário).

9. Finalmente, insta mencionar 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. Ademais, para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) **a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige**. Tal conduta revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, o que configura culpa grave, passível de multa”. (TCU, Acórdão nº 1.264/2019, Plenário).

2.2 REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

2.2.1. Aspectos Gerais

10. Atualmente há diferentes regimes jurídicos a respeito de Licitações e Contratos em vigência. Isso porque, segundo o art. 191 da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, com redação dada pela Medida Provisória nº 1.167, de 31 de março de 2023), a Administração **poderá**, até o **dia 29 de dezembro de 2023**, optar por "*licitar ou contratar diretamente*" de acordo com a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos ou de acordo com o antigo regime licitatório (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993). Veja-se:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do **caput** do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, desde que: (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023)

I - a publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta ocorra até 29 de dezembro de 2023; e (Incluído pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023)

II - a opção escolhida seja expressamente indicada no edital ou no ato autorizativo da contratação direta. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023)

§ 1º Na hipótese do **caput**, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do **caput** do art. 193, o respectivo contrato será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023)

§ 2º É vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no inciso II do **caput** do art. 193. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023)

(...)

Art. 193. Revogam-se:

(...)

II - em 30 de dezembro de 2023: (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023)

a) a Lei nº 8.666, de 1993; (Incluído pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023)

b) a Lei nº 10.520, de 2002; e (Incluído pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023)

c) os art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 2011. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023)

(Sublinhei)

11. Note-se que a Lei determina que a Administração deverá escolher qual será a legislação aplicável ao caso concreto, sendo expressamente vedada a combinação de normas de regimes jurídicos diferentes. Isso quer dizer que o Gestor Público responsável deverá escolher ou o regime jurídico da Lei nº 8.666, de 1993, ou o regime jurídico da Lei nº 14.133, de 2021.

12. Além disso, mister ressaltar que predomina o entendimento jurídico de que não se admite a recepção de regulamentos da Lei nº 8.666, de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, ou da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a Lei nº 14.133, de 2021.

13. Nesse sentido, já se manifestou a Advocacia-Geral da União - AGU, por meio do PARECER nº 00002/2021/CNMLC/CGU/AG (NUP 00688.000716/2019-43). Eis sua ementa:

EMENTA: I - Análise jurídica de condicionamentos e requisitos para possibilidade de utilização da Lei nº 14.133/21 como fundamento para embasar licitações e/ou contratações. Necessidade de traçar um panorama de eficácia da lei para priorização dos modelos a serem elaborados e do cronograma para tanto.

II - A divulgação dos contratos e dos editais no Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP não pode ser substituída pelo DOU, sítio eletrônico do órgão ou outro meio de divulgação, sendo obrigatório, portanto, o PNCP;

III - O art. 70, II abre a possibilidade de registros cadastrais não-unificados para fins de substituição da documentação de habilitação;

IV - A implementação das medidas previstas no art. 19 da nova lei, incluindo os modelos, não é pré-requisito para que haja contratações pelo novo regramento, muito menos exige-se ônus argumentativo adicional para contratar-se antes de finalizadas tais medidas. Essa conclusão não aborda a eventual obrigatoriedade de uso de instrumentos que efetivamente existam;

V - Os arts. 7º, 11, parágrafo único e 169, §1º são consideradas como medidas preferenciais antes de proceder às contratações: recomenda-se que o gestor se prepare, iniciando gestão por competências/processos de controle interno antes de iniciar a aplicação da nova lei, sem prejuízo de, justificadamente, fazer contratações antes disso;

VI - O regulamento do art. 8º, §3º é necessário para a atuação do agente ou da comissão de contratação, equipe de apoio, fiscais e gestores contratuais. Como toda licitação necessita de agente/comissão de contratação e todo contrato de fiscal/gestor, isso implica, na prática, a impossibilidade de licitar ou contratar até que as condutas dos agentes respectivos sejam regulamentadas na forma do artigo em questão.

VII - É necessária a regulamentação de pesquisas de preços, tanto em geral quanto especificamente para obras e serviços de engenharia, para que elas sejam feitas com fundamento na nova lei;

VIII - A regulamentação da modalidade de Leilão e dos modos de disputa da Concorrência e do Pregão é necessária para o seu uso.

IX - Para o uso do SRP, é necessária a sua regulamentação, seja em geral, seja quando resultante de contratação direta;

X - É possível contratar sem a regulamentação do modelo de gestão do contrato, caso em que o próprio instrumento contratual deverá desenhar o modelo que seja adequado ao caso. Ainda assim, é recomendável que, nos casos de contratação com mão-de-obra, utilize-se de procedimentos de fiscalização trabalhista adequados à lei, análogos à IN 5/2017, por exemplo.

XI - Nos dois anos a que se refere o art. 191, o gestor poderá eleger se em determinada contratação se valerá dos comandos da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/2002 e dos artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011, inclusive subsidiariamente, ou se adotará a Lei nº 14.133/2021, inclusive subsidiariamente, nos termos do art. 189;

XII - Em qualquer caso, é vedada a combinação entre a Lei nº 14.133/21 e as Leis 8.666/93, 10.520/2002 e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011, conforme parte final do art. 191;

XIII - Não é possível a recepção de regulamentos das leis nº 8.666/93, 10.520/02 ou 12.462/11 para a Lei nº 14.133/21, enquanto todas essas leis permanecerem em vigor, independentemente de compatibilidade de mérito, ressalvada a possibilidade de emissão de ato normativo, pela autoridade competente, ratificando o uso do regulamento para contratações sob a égide da nova legislação.

(Grifos acrescidos)

14. Merece menção, ainda, a recentíssima Portaria SEGES/MGI Nº 1.769, de 25 de abril de 2023 (publicada no DOU de 27.04.2021 - Edição 80, Seção 1, página 190) que dispôs sobre o regime de transição de que trata o art. 191 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional cujos seguintes artigos merecem transcrição:

Art. 2º Os processos licitatórios e contratações autuados e instruídos com a opção expressa de ter como fundamento a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, ou a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, além do Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2023, serão por eles regidos, desde que:

I - a publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta ocorra até 29 de dezembro de 2023, conforme cronograma constante do Anexo, e

II - a opção escolhida seja expressamente indicada no edital ou do ato autorizativo da contratação direta.

Parágrafo único. Os contratos ou instrumentos equivalentes e as atas de registro de preços firmados em decorrência da aplicação do disposto no caput serão regidos, durante toda a sua vigência, pela norma que fundamentou a sua contratação, inclusive quanto às alterações e às prorrogações contratuais.

Art. 3º O disposto no art. 2º se aplica às publicações de avisos, de atos de autorização ou de ratificação de contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

(Destaquei)

15. Sendo assim, faz-se necessário que a Administração defina previamente qual a legislação que será aplicável ao procedimento licitatório proposto, não sendo possível a recepção de regulamentos pertinente ao regime jurídico da Lei nº 8.666, de 1993, e da Lei nº 10.520, de 2002. Ressalta-se que o regime jurídico escolhido pelo Gestor regerá todo procedimento até o fim.

16. No caso concreto, verifica-se que a Administração **optou por instruir o presente procedimento licitatório seguindo o regime da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**, conforme se depreende dos documentos juntados aos autos e conforme expressamente consignado na Minuta do Contrato (SEI nº 24741260 - fls. 613/634).

17. Portanto, **a Lei nº 14.133, de 2021, deverá reger o caso sob análise**, na sua fase interna, externa, bem como durante a execução contratual, não podendo adotar regras ou normas pertinentes ao regime antigo.

18. Nesse sentido, **recomenda-se que os documentos produzidos nos autos sejam dotados da devida cautela a fim de evitar eventuais remissões à Lei nº 8.666, de 1993, à Lei nº 10.520, de 2002, e às suas normas regulamentares.**

2.2.2. Avaliação de conformidade legal

19. O art. 19 da Lei nº 14.133, de 2021, prevê que os órgãos competentes da Administração devem instituir mecanismos e ferramentas voltadas ao gerenciamento de atividades de licitações e contratos, conforme abaixo transcrito:

Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

I - instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;

II - criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

III - instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;

IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

V - promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia.

20. Desse modo, é preciso que a fase de planejamento da contratação esteja alinhada às iniciativas mais atualizadas dos órgãos que detêm competências regulamentares, a exemplo da lista de verificação de documentos, dos modelos de minutas de Editais, de Termos de Referência, de Contratos padronizados elaborada pela Advocacia-Geral da União - AGU.

21. A Advocacia-Geral da União também dispõe de *CheckLists* previamente elaborados para os diversos tipos de contratações, de preenchimento facultativo, servindo de excelente instrumento de apoio para que seja aferida a correção da instrução, sem prejuízo da obrigatória adoção da ON SEGES/MP n. 02, de 2016.

22. No presente caso, a realização da avaliação de conformidade legal se deu pela elaboração da Lista de verificação para aquisição de bens (SEI nº 24741260 - fls. 596/601), bem como da Lista de verificação para contratação por inexigibilidade (SEI nº 24741260 - fls. 665/668).

23. Quanto à elaboração da minuta do Projeto Básico e do Contrato, as Declarações constantes dos docs. SEI nº 24741260 - fls. 592/593 e 635/636 atestam que foram utilizados os modelos elaborados pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da AGU.

2.2.3. Desenvolvimento nacional sustentável: critérios de sustentabilidade

24. As contratações governamentais devem estabelecer critérios que promovam o desenvolvimento nacional sustentável. Assim, as ações da Administração devem ser especialmente voltadas para a redução do consumo e para a aquisição preferencial de produtos inseridos no conceito de economia circular ou que representem menor impacto ambiental, a exemplo dos produtos reciclados e/ou recicláveis (arts. 5º e 11 da Lei nº 14.133, de 2021, c/c art. 7º, inc. XI, da Lei nº 12.305, de 2010).

25. No planejamento da contratação, tais critérios assumem especial relevância, devendo ser observados, entre outros aspectos, na especificação do objeto, nas obrigações a serem cumpridas durante o fornecimento e o recolhimento dos produtos e na aplicação de normas especiais de comercialização ou de licenciamento de atividades (ex.: registro no Cadastro Técnico Federal - CTF), que são requisitos previstos na legislação de regência ou em leis especiais (ex.: arts. 66 e 67, inc. IV, da Lei nº 14.133, de 2021).

26. Na especificação técnica do objeto a ser adquirido, recomenda-se, como subsídio, a utilização do Catálogo de Materiais Sustentáveis do Ministério da Economia. O CATMAT Sustentável permite identificar itens de materiais sustentáveis que poderão ser adquiridos em substituição a itens similares.

27. Na escolha de produtos, nos termos do inc. XI do art. 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 consumam menos recursos naturais na sua produção.

28. Ressalta-se que é indispensável que, na fase de planejamento da contratação, também se considere os aspectos econômicos, sociais, ambientais e culturais das ações de sustentabilidade. O órgão assessorado deve: a) avaliar se há incidência de critérios de sustentabilidade no caso concreto; b) indicar as dimensões dessa incidência; e c) definir condições para sua aplicação. Nessa senda, revela-se importante consultar o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis/AGU, no qual podem ser extraídos subsídios orientadores das ações de sustentabilidade.

29. Acresça-se que é obrigação do gestor público, antes do encaminhamento do processo administrativo para parecer jurídico, a consulta e a inserção nas minutas correspondentes das previsões legais constantes no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis, o qual já foi citado como exemplo de boa prática administrativa pelo Tribunal de Contas da União, conforme acórdão 1056/2017-Plenário.

30. Registre-se, ainda, que há possibilidade, mediante motivação administrativa constante do processo administrativo, de serem inseridos outros requisitos de sustentabilidade além dos legalmente, desde que observados os demais princípios licitatórios.

31. Em síntese, no tocante à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, deverão ser tomados os seguintes cuidados gerais pelos gestores públicos em aquisições: a) definir os critérios sustentáveis objetivamente e, em adequação ao objeto da contratação pretendida, como especificação técnica do objeto, a obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial; b) verificar se os critérios sustentáveis especificados preservam o caráter competitivo do certame; e c) verificar o alinhamento da contratação com o Plano de Gestão de Logística Sustentável.

32. Cabe ao órgão assessorado a verificação técnica dos critérios de sustentabilidade aplicáveis aos bens a serem adquiridos e serviços a serem contratados. Se a Administração entender que a contratação não se sujeita aos critérios de sustentabilidade ou que as especificações de sustentabilidade restringem indevidamente a competição em dado mercado, deverá apresentar a devida justificativa.

33. Neste sentido, o PARECER 01/2021/CNS/CGU/AGU, aprovado pela Consultoria-Geral da União (DESPACHO n. 00525/2021/GAB/CGU/AGU), cuja ementa a seguir se transcreve:

I. Os órgãos e entidades que compõem a administração pública são obrigados a adotar critérios e práticas de sustentabilidade socioambiental e de acessibilidade nas contratações públicas, nas fases de planejamento, seleção de fornecedor, execução contratual, fiscalização e na gestão dos resíduos sólidos;

II. A impossibilidade de adoção de tais critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações públicas deverá ser justificada pelo gestor competente nos autos do processo administrativo, com a indicação das pertinentes razões de fato e/ou direito;

III. Recomenda-se aos agentes da administração pública federal encarregados de realizar contratações públicas, que, no exercício de suas atribuições funcionais, consultem o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis da Advocacia-Geral da União.

34. No presente caso, verifica-se que o órgão consulente dispôs sobre os critérios de sustentabilidade, com base no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis, no item 4.1 do Projeto Básico (SEI nº 24741260 - fl. 530). Vejamos:

4.1.1. Sustentabilidade:

4.1.1.1. Além dos critérios de sustentabilidade eventualmente inseridos na descrição do objeto, devem ser atendidos os seguintes requisitos, que se baseiam no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis:

- a) Todo o material será adquirido considerando a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 01/2010, Capítulo III, art. 5.º I, II, III e § 1.º, exceto aquele em que não se aplica a referida instrução.
- b) Que os bens não contenham substâncias perigosas em concentração acima da recomendada na diretiva RoHS (Restriction of Certain Hazardous Substances), tais como mercúrio (Hg), chumbo (Pb), cromo hexavalente (Cr(VI)), cádmio (Cd), bifenil-polibromados (PBBs), éteres difenil-polibromados (PBDEs).
- c) Que sejam observados os requisitos ambientais para a obtenção de certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares;
- d) Que os bens devam ser, preferencialmente, acondicionados em embalagem individual adequada, com o menor volume possível, que utilize materiais recicláveis, de forma a garantir a máxima proteção durante o transporte e o armazenamento.

35. No mais, salienta-se que não compete a este órgão jurídico avaliar o mérito das escolhas técnicas, mas apenas **alertá-lo** para que verifique se, de fato, observou todas as exigências legais acima apontadas no momento em que estabeleceu os critérios e requisitos de sustentabilidade para o caso concreto, cabendo-lhe, ainda, **garantir a uniformização** de tais critérios nos documentos da contratação.

2.2.4. Da contratação com preços em moeda estrangeira

36. A opção pela realização de licitação internacional “não caracteriza um ato discricionário perfeito, uma vez que tal decisão depende de certos fatores que impulsionarão o agente público para o alargamento do certame para além das fronteiras brasileiras. Um desses fatores é, indubitavelmente, a **quase certeza (ou, até mesmo a certeza absoluta) de que empresas brasileiras ou empresas estrangeiras estabelecidas no Brasil não possuem capacidade técnica ou operacional para o atendimento**. Nessa hipótese, a instauração do certame internacional é obrigatória. Outra hipótese é aquela na qual, mesmo existindo fornecedores do bem pretendido em solo pátrio, resolve o agente público instaurar a competição internacional, por **ter nas mãos fortes indícios de que os preços praticados por essas empresas estão, devido a fatores não naturais de mercado, muito além dos praticados por empresas estrangeiras, notadamente para aquisições de vulto**” (Acórdão nº 1.332/2007 – Plenário TCU).

37. Nessa esteira, o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) é de que, “nas aquisições de objetos cujo mercado seja restrito no País, avalie previamente a conveniência e oportunidade de realizar licitação internacional, nos termos dos arts. 3º e 23, § 3º, da Lei n. 8.666/1993” (Acórdão nº 1.443/2004 – Plenário TCU)

38. Sobre a possibilidade de cotação de preço em moeda estrangeira nas licitações internacionais, dispõe o art. 52, §§ 1º e 2º, da Lei n. 14.133, de 2021:

Das Licitações Internacionais

Art. 52. Nas licitações de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§ 1º Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, o licitante brasileiro igualmente poderá fazê-lo.

§ 2º O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude de licitação nas condições de que trata o § 1º deste artigo será efetuado em moeda corrente nacional.

§ 3º As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro.

§ 4º Os gravames incidentes sobre os preços constarão do edital e serão definidos a partir de estimativas ou médias dos tributos.

§ 5º As propostas de todos os licitantes estarão sujeitas às mesmas regras e condições, na forma estabelecida no edital.

§ 6º Observados os termos desta Lei, o edital não poderá prever condições de habilitação, classificação e julgamento que constituam barreiras de acesso ao licitante estrangeiro, admitida a previsão de margem de preferência para bens produzidos no País e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras, na forma definida no art. 26 desta Lei.

39. Caso se opte por permitir *cotação em moeda estrangeira*, **cuja opção deverá ser justificada pelo gestor público**, deverá a Administração conceder igual oportunidade ao concorrente nacional (art. 52, § 1º, Lei 14.133, de 2021), mas o pagamento pelo **licitante brasileiro** sempre será feito em moeda brasileira à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior ao pagamento (art. 52, § 2º, Lei 14.133, de 2021). De todo modo, devem ser estabelecidas **condições equivalentes no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento** (art. 9º, II, Lei 14.133, de 2021) e das respectivas **garantias** (art. 52, § 3º, da Lei 14.133, de 2021) entre empresas brasileiras e estrangeiras, além da proibição do edital prever **condições de habilitação, classificação e julgamento que constituam barreiras de acesso ao licitante estrangeiro** (art. 52, §6º, da Lei 14.133, de 2021).

40. Destaca-se que o art. 2º, inciso IV, do Decreto-Lei nº 857, de 1969, excepciona a vedação à fixação do pagamento em moeda estrangeira nas obrigações cujo credor seja pessoa residente no exterior, nos seguintes termos:

Decreto-lei nº 857, de 1969

Art. 1º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem **pagamento** em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

Art. 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior:

[...]

IV - aos empréstimos e quaisquer outras **obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior**, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;

(Sem destaques no original)

41. Ademais, observa-se que as normas que vedam a estipulação contratual em moeda estrangeira, como o art. 348 do Código Civil, e o art. 1º da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, excepcionam a regra acima destacada. Eis a transcrição dos referidos dispositivos:

Lei nº 10.192, de 2001

Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

I - **pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;**

II - reajuste ou correção monetária expressas em, ou vinculadas a unidade monetária de conta de qualquer natureza;

III - correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados, ressalvado o disposto no artigo seguinte.

(Sem destaques no original)

Código Civil Brasileiro

Art. 348. São nulas as convenções de pagamento em outro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, **excetuados os casos previstos na legislação especial**.

(Sem destaques no original)

42. Sobre o assunto, convém ainda destacar as lições de Marçal Justen Filho, ao comentar o artigo 52 da Lei nº 14.133, que corresponde ao artigo 42 da Lei nº 8.666, de 1993:

"1) Licitação internacional¹¹⁰.

O art. 6º, inc. XXXV, determina que a licitação internacional admite a formulação de propostas em moeda estrangeira. Portanto e em princípio, os pagamentos devidos ao contratado serão realizados em moeda estrangeira.(...)

4) As diretrizes de política externa

A previsão de pagamento em moeda estrangeira acarreta implicações quanto à política financeira nacional. Há a necessidade de compatibilização das condições previstas relativamente às orientações atinentes à política financeira.

4.1) A licitação nacional e suas implicações.

Se o edital adotar licitação nacional, as propostas devem ser formuladas e os pagamentos realizados em moeda brasileira. Essa solução poderia reduzir o interesse de empresas estrangeiras disputarem a contratação.

4.2) A licitação internacional e suas implicações

Nos casos em que o pagamento for feito em moeda estrangeira, surgirá outra questão. Haverá necessidade de compatibilizar a contratação com a política monetária e com o controle sobre a moeda exercitados pela União. Deverá cogitar-se não apenas da previsão de recursos orçamentários. É imprescindível determinar a disponibilidade de recursos em moeda estrangeira. Para tanto, consultar-se-ão os mecanismos nacionais que disciplinam o câmbio e os pagamentos em moeda estrangeira.

Por igual, é preciso observar as formulações políticas acerca de comércio exterior. Isso envolve o exame das normas sobre importação de bens e serviços. As regras do edital deverão ser adequadas à legislação pertinente. Se, por exemplo, a execução da contratação acarretar importação vedada pela legislação, o edital será inválido." (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas - Ed. 2021 [livroeletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021).30.

43. No presente caso concreto, o órgão assessorado deixa claro que não existem empresas nacionais aptas a executar o objeto da contratação direta. Além disso, juntou aos autos manifestação técnica sobre a inviabilidade de competição, a atrair a necessidade de se contratar a empresa americana AXON ENTERPRISE, INC, que, segundo informado nos autos, é fabricante exclusiva e detentora da patente do produto TASER T7 e seus respectivos acessórios e insumos.

44. No ponto, tendo sido justificada a escolha de moeda estrangeira a partir da inexistência de uma empresa brasileira capaz de executar o objeto contratual, **apenas se recomenda ao órgão assessorado que declare o atendimento às "diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes", conforme exige o artigo artigo 52 da Lei nº 14.133/2021.**

2.3 Planejamento da contratação

45. O planejamento da contratação é o conjunto de medidas e decisões administrativas tomadas previamente à fase externa do processo licitatório, visando a definição de todos os requisitos necessários a realização do devido procedimento licitatório e, ao fim e ao cabo, a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública.

46. É erigido no ordenamento brasileiro como um princípio e como um dever. É concebido tanto no âmbito jurídico constitucional, pois intrínseco ao princípio da eficiência (art. 37 da CF, de 1988), quanto no âmbito jurídico-legal, por expressa previsão, *in verbis*:

Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967:

Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

I - Planejamento.

(...)

Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, **do planejamento**, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

(Destaquei)

47. Ressalta-se que se trata de um **dever de bem planejar**, ou seja, que o planejamento seja adequado, suficiente, tecnicamente correto e materialmente satisfatório.

48. Com efeito, a observância desse dever é de inteira responsabilidade dos órgãos técnicos com competência correspondente às áreas de demanda, podendo seus agentes serem responsabilizados penal, administrativa e civilmente pelo descumprimento desse dever de bem planejar.

49. O art. 18 da Nova Lei de Licitações estabeleceu que o planejamento deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação. Além disso, o mesmo artigo elencou providências e documentos que devem instruir a fase de planejamento, conforme abaixo transcrito:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o **plano de contratações anual** de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as **leis orçamentárias**, bem como **abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação**, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

III - a definição das **condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento**;

IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

V - a elaboração do **edital** de licitação;

VI - a elaboração de **minuta de contrato**, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII - o **regime de fornecimento de bens**, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;

VIII - a **modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros**, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

IX - a **motivação** circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de

pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

X - a **análise dos riscos** que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

XI - a **motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação**, observado o art. 24 desta Lei.

(Destaquei)

50. De uma forma bem abrangente, o planejamento da contratação pressupõe que a própria necessidade administrativa seja investigada, a fim de se compreender o que fundamenta a requisição administrativa. Neste sentido, ressalte-se que a identificação da necessidade administrativa deve considerar também o desenvolvimento nacional sustentável, que é princípio e objetivo das licitações (art. 5º e art. 11, inc. IV, da Lei nº 14.133, de 2021), conforme detalhamentos abaixo. Uma vez identificada a necessidade que antecede o pedido realizado, pode-se então buscar soluções disponíveis no mercado para atender referida necessidade, que inclusive podem se diferenciar do pedido inicial. Encontrada a melhor solução, caso disponível mais de uma, aí sim inicia-se a etapa de estudá-la, para o fim de definir o objeto licitatório e todos os seus contornos. Em linhas gerais, a instrução do processo licitatório deve revelar esse encadeamento lógico.

51. Nesse contexto, passa-se a analisar os principais elementos do planejamento apresentado no caso concreto.

2.3.1 - Estudo Técnico Preliminar – ETP

a) aspectos gerais

52. O Estudo Técnico Preliminar – ETP é o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação (art. 6º, inc. XX, da Lei nº 14.133, de 2021).

53. O artigo 18, § 1º, da Lei nº 14.133, de 2021, apresenta os elementos que devem ser considerados na elaboração do ETP:

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

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

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

§ 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.

§ 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos.

(Destaquei)

54. É certo que o ETP deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII, acima apontados, conforme expressamente exigido pelo §2º da referida norma. Quando não contemplar os demais elementos previstos no art. 18, §1º, deverá a Administração apresentar as devidas justificativas. No tocante ao inc. XII, o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis/AGU apresenta diversas orientações jurídicas, a serem consultadas e observadas sempre que incidentes ao caso concreto.

55. Além das exigências da Lei nº 14.133, de 2022, deve a Administração observar as regras constantes da **Instrução Normativa SEGES/ME nº 58, de 8 de agosto de 2022**, que "*dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP, para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital*".

56. Quanto aos principais elementos do ETP, passa-se a apresentar algumas considerações aplicáveis ao presente caso.

b) necessidade da contratação

57. A identificação da necessidade da contratação é o primeiro aspecto a ser abordado em um estudo técnico preliminar, justamente para permitir a reflexão sobre os motivos pelos quais determinada contratação foi solicitada,

investigando assim qual a necessidade final a ser atendida, que pode inclusive ser distinta a depender da finalidade do órgão ou entidade, ainda que o objeto indicado pelo setor requisitante seja o mesmo.

58. Essa investigação inicial é expressamente demandada no inc. I e §1º, inc. I, do art. 18 da Nova Lei de Licitações, já reproduzidos no presente parecer. Trata-se de etapa fundamental do processo, por meio da qual o problema colocado para a Administração pode vir a ser compreendido sob outra perspectiva e assim contribuir para que outras soluções se mostrem propícias a atender a demanda, quando se passar à fase de levantamento de mercado, tratada mais à frente. A clareza da necessidade administrativa é a base para possíveis inovações.

59. Também por meio dela é possível fazer uma reflexão para extrair quais os requisitos essenciais sem os quais a necessidade não seria atendida. Trata-se, portanto, de requisitos da própria necessidade e não, neste momento, de eventuais soluções a serem adotadas.

60. Além disso, a descrição da necessidade de contratação deve conter manifestação acerca da essencialidade e interesse público da contratação, para os fins do previsto no art. 3º do Decreto nº 8.540, de 9 de outubro de 2015, a ser interpretado em consonância com a Lei nº 14.133, de 2022:

Decreto nº 8.540, de 2015:

Art. 3º A decisão pela prorrogação ou pela celebração de novos contratos e instrumentos congêneres, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, deverá sempre observar a essencialidade de seu objeto e o relevante interesse público.

61. Vale lembrar que tal interesse público também deve ser considerado na perspectiva de eventual impacto ambiental negativo decorrente da contratação e se há opções que atendam ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável, considerando o ciclo de vida do objeto (art. 11, inc. I, Lei nº 14.133, de 2021).

62. Feito esse registro, é certo que não cabe ao órgão jurídico adentrar ao mérito (oportunidade e conveniência) das razões do Administrador, principalmente nesse contexto em que prevalece a tecnicidade do assunto. O papel do órgão jurídico é recomendar que essa reflexão sobre a necessidade administrativa seja efetivamente realizada, orientando o órgão assistido a registrá-la nos autos, caso não o tenha sido, ou então a aperfeiçoá-la, na hipótese de ela se revelar insuficiente ou desarrazoada.

63. No presente processo a necessidade de contratação está devidamente delineada no item 2 do Estudo Técnico Preliminar - Última Versão (SEI nº 24741260 - fls. 541/568) e contém as razões pelas quais o objeto pretendido se faz necessário ao desempenho das funções do órgão.

c) levantamento de mercado

64. Uma vez identificada a real necessidade administrativa, o próximo passo é fazer o levantamento de mercado, ou seja, buscar soluções que tenham o potencial de atender tal necessidade. Não se trata, portanto, de realizar estimativa de preços, e sim estudar as práticas do mercado e de outros órgãos e entidades públicas, a fim de verificar se existe alguma outra solução para atender a necessidade administrativa ou então novas metodologias de execução/contratação que gerem ganhos de produtividade ou economia para a Administração.

65. O art. 9º, inc. III, alíneas “a” a “d”, da IN SEGES/ME nº 58, de 8 de agosto de 2022, indica algumas opções para realizar esse levantamento de mercado, *in verbis*:

Art. 9º Com base no Plano de Contratações Anual, deverão ser registrados no Sistema ETP Digital os seguintes elementos:

(...)

III - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar, podendo, entre outras opções:

- a) ser consideradas contratações similares feitas por outros órgãos e entidades públicas, bem como por organizações privadas, no contexto nacional ou internacional, com objetivo de identificar a existência de novas metodologias, tecnologias ou inovações que melhor atendam às necessidades da Administração;
- b) ser realizada audiência e/ou consulta pública, preferencialmente na forma eletrônica, para coleta de contribuições;
- c) em caso de possibilidade de compra, locação de bens ou do acesso a bens, ser avaliados os custos e os benefícios de cada opção para escolha da alternativa mais vantajosa, prospectando-se arranjos inovadores em sede de economia circular; e
- d) ser consideradas outras opções logísticas menos onerosas à Administração, tais como chamamentos públicos de doação e permutas.

66. Por sua vez, o art. 12 da mesma instrução normativa estabelece que *“os órgãos e entidades deverão pesquisar, no Sistema ETP Digital, os ETP de outras unidades, como forma de identificar soluções semelhantes que possam se adequar à demanda da Administração”*.

67. Já o art. 44 da Lei nº 14.133, de 2021, transcrito a seguir, determina que a Administração promova a avaliação dos custos e benefícios das opções de compra e locação de bens, quando ambas as soluções foram viáveis, de modo a indicar a alternativa que se revelou mais vantajosa no caso concreto:

Art. 44. Quando houver a possibilidade de compra ou de locação de bens, o estudo técnico preliminar deverá considerar os custos e os benefícios de cada opção, com indicação da alternativa mais vantajosa.

68. Neste ponto, ressalte-se que a vantajosidade deve considerar o ciclo de vida do objeto, nos termos dos art. 11, inc. I, e art. 18, inc. VIII, da mesma Lei.

69. Assim, essa prospecção e avaliação deverá ser realizada, **ainda que leve à conclusão de que as metodologias já tradicionalmente empregadas em contratações anteriores são as mais aptas à satisfação da necessidade administrativa**. Seja qual for a solução adotada, sua escolha deve ser expressamente motivada nos autos.

70. Em relação especificamente a esse tópico, convém registrar que a fase de levantamento de mercado no ETP refere-se à busca por possíveis soluções para atender a necessidade administrativa, não se relacionando com a pesquisa de mercado, voltada a estimar o custo das licitações. Trata-se, portanto, de uma questão técnica ligada à disponibilidade de o mercado oferecer produtos ou serviços que da mesma forma atendam à necessidade do órgão.

71. No caso, o item 05 do ETP (SEI nº 24741260 - fls. 541/568) estabelece os contornos do levantamento de mercado efetuado e apresenta as justificativas para a escolha do modelo da fabricante AXON TASER T7.

d) definição do objeto

72. Uma vez investigada a necessidade administrativa, que origina o pedido de contratação, e depois de encontrada a solução mais adequada para atendê-la, a Administração passará então a se diferenciar dos particulares em geral porque deverá então descrever referida solução, convertendo-a no objeto licitatório. A finalidade principal desta etapa é propiciar que a própria Administração incremente seus conhecimentos sobre o objeto, distinguindo suas características principais, para então, por meio da descrição, possibilitar que todos os fornecedores da solução escolhida venham a saber do interesse administrativo em uma futura contratação.

73. Bem por isso, o aumento do nível de detalhamento da especificação do objeto influi inversamente no universo de fornecedores aptos a atender à demanda, reduzindo-o. Consequentemente, 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 objeto cujas características não atendam plenamente às necessidades efetivas da Administração, frustrando a finalidade da contratação.

74. De acordo com o art. 18, caput, da Lei nº 14.133, de 2021, a fase de planejamento deve abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, sendo certo que a definição do objeto, modelo de execução e gestão do contrato devem levar em consideração cada um desses aspectos. Os critérios de sustentabilidade previstos em leis, decretos e outras normas infralegais deverão ser inseridos na especificação do objeto sempre que obrigatórios, encontrando-se orientações jurídicas sobre o tema no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis/AGU.

75. No que tange às considerações técnicas, a especificação do objeto deve considerar as normas técnicas eventualmente existentes, elaboradas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, quanto a requisitos mínimos de qualidade, utilidade, resistência e segurança, nos termos do art. 1º da Lei nº 4.150, de 1962.

76. Vale dizer também que a Nova Lei de Licitações traz a previsão de institucionalização do Catálogo Eletrônico de Padronização de compras, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Para tanto, em atendimento ao disposto no inc. II do art. 19 da Lei nº 14.133, de 2021, a Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (SEDGG/ME) publicou a Portaria SEGES/ME nº 938, de 2 de fevereiro de 2022 que institui o Catálogo Eletrônico de Padronização. Com a indicação de preços praticados, esse Catálogo será uma ferramenta informatizada destinada à padronização de itens a serem contratados pela Administração Pública e que estarão disponíveis para licitação ou contratação direta.

77. Portanto, 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.

78. No caso dos autos, considerando a natureza técnica do assunto, presume-se que o órgão demandante definiu o objeto de forma adequada e suficiente, contemplando os elementos técnicos acima apontados.

79. Não obstante, **recomenda-se que o órgão técnico se certifique que a escolha de determinadas especificidades e a caracterização pormenorizada dos bens não restrinja indevidamente a competição e que estas foram escolhidas após o devido levantamento de mercado em face da necessidade do órgão. Além disso, recomenda-se que seja verificada as atualizações no Catálogo Eletrônico de Padronização, a fim de conferir se os itens da presente contratação foram nele inseridos.**

e) quantitativos estimados

80. Uma vez definido o objeto licitatório, a Administração deve estimar, de forma clara e precisa, o quantitativo demandado para o atendimento da necessidade administrativa por meio daquela solução escolhida. Evidentemente, a própria escolha da solução pode ter sido influenciada por esse dimensionamento, mas naquele momento os cálculos podem ter sido efetuados de maneira aproximada, apenas para subsidiar a decisão entre as opções disponíveis.

81. Nessa etapa, entretanto, a definição do aspecto quantitativo demanda pormenorização, **com a demonstração dos cálculos pelos quais se chegou à estimativa de quantidades**. Isso é especialmente importante de ser registrado nos autos por ser um ponto objetivo, de maior verificação e consequentes questionamentos, que se tornam mais difíceis de responder à medida que o tempo transcorre, quando a memória e a documentação correspondente podem estar menos acessíveis.

82. Assim, **deve-se evitar estimativas genéricas, sem respaldo em elementos técnicos que evidenciem a exata correlação entre a quantidade estimada e a demanda.**

83. Nesse sentido, o art. 40 da Lei nº 14.133, de 2021, dispõe que o planejamento de compras **considere a expectativa de consumo para todo o período abarcado pela necessidade administrativa, devendo tal regra ser observada no caso concreto**, admitindo-se o fornecimento contínuo, conforme inciso III do citado dispositivo.

84. Convém observar, ainda, que a eventual adoção de orçamento sigiloso não conduz ao sigilo dos quantitativos. **Pelo contrário, permanece ampla a divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.**

85. Ademais, mister destacar trecho do voto proferido pelo do Ministro do Tribunal de Contas da União, João Augusto Ribeiro Nardes, nos autos do Processo nº 023.599/2018-9, aprovado pelo Plenário do Tribunal (Acórdão nº 2459/2021), por meio do qual consolidou-se o entendimento de que a ausência de justificativa, na fase de planejamento, para o quantitativo a ser contratado, caracteriza erro grosseiro e, consequentemente, responsabilização do agente público que elaborou o documento correspondente. In litteris:

17. Nesse sentido, a elaboração, pelo recorrente, dos documentos que fundamentaram a contratação com ausência de justificativas para o quantitativo de licenças estimado em relação à solução de gerenciamento de portfólio e projetos caracteriza **erro grosseiro**. Ao deixar de fundamentar as quantidades contratadas, o recorrente contribuiu com culpa grave para ocorrência da irregularidade verificada. Sendo assim, considero devidamente caracterizados os fatores que levaram à sua **responsabilização**, razão pela qual mantenho inalterados os termos da deliberação recorrida.

Grifos acrescidos.

86. Deve-se ressaltar que não compete a esta unidade jurídica adentrar em questões técnicas, mas apenas apontar que o processo necessariamente contenha os esclarecimentos acerca da metodologia utilizada para a previsão idônea dos quantitativos estimados para a licitação e verificar se há suporte documental coerente com aquele que é exigido pela legislação para a fase interna da licitação.

87. No caso concreto, **o consulente consignou no item 7 do ETP a estimativa das quantidades a serem contratadas bem como a explicitação de como se chegou ao quantitativo estimado.**

88. **Não compete a este Consultivo exarar manifestação quanto à estimativa de quantidades a serem contratadas, por se tratar de análise técnica, entretanto recomenda-se que a área técnica certifique-se de que o quantitativo estimado representa a real necessidade administrativa. Recomenda-se também que sejam indicados no processo a memória de cálculos pelos quais se chegou à estimativa de quantidades apresentada nas tabelas do item 7.3 do ETP bem como os documentos que dão suporte à tal estimativa, em conformidade com a exigência do artigo 9º, inciso V, da Instrução Normativa SEGES nº 58, de 2022, bem como do artigo 18, § 1º, inciso IV, da Lei nº 14.133, de 2021.**

89. Vale lembrar que a incorreta estimativa dos quantitativo implica em uma incorreta estimativa do valor da contratação, o que pode trazer prejuízos ao devido procedimento licitatório.

f) parcelamento do objeto da contratação e aglutinação de itens a serem adquiridos

90. Via de regra, as aquisições da Administração Pública devem atender ao princípio do parcelamento (divisão do objeto em diversos itens, que representam certames autônomos, mesmo que em um só edital), desde que tal parcelamento seja tecnicamente viável e economicamente vantajoso, conforme reza o art. 40, inc. V, alínea "b", da Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

(...)

V - atendimento aos princípios:

(...)

b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;

(...)

91. Ademais, o parcelamento deve ser adotado levando-se em consideração alguns critérios objetivos descritos no § 2º do dispositivo citado:

§ 2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

I - a viabilidade da divisão do objeto em lotes;

II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e

III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

92. Por outro lado, há situações em que a lei expressamente restringe a possibilidade de parcelamento do objeto, conforme situações descritas no § 3º do mesmo art. 40:

§ 3º O parcelamento não será adotado quando:

I - a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;

II - o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;

III - o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

93. De qualquer forma, a decisão final envolve contornos técnicos e gerenciais específicos, a serem pormenorizados pelo órgão contratante.

94. No caso concreto, o Estudo Técnico Preliminar justifica o NÃO parcelamento, nos seguintes termos:

10. DA JUSTIFICATIVA PARA O PARCELAMENTO OU NÃO DA SOLUÇÃO

9.1. A regra a ser observada pela Administração nas licitações é a do parcelamento do objeto, conforme disposto no Art. 40 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

9.2. No caso em tela, o parcelamento do objeto em itens não se mostra tecnicamente viável, por se tratar de fornecedor único e pela singularidade do objeto, gerando impossibilidade de competição (perda de padronização).

95. Nessa senda, verificando que consta nos autos a justificativa técnica acima apontada, resta ressaltar que não compete a este órgão jurídico avaliar o mérito das escolhas e justificativas técnicas apresentadas. Cabe apenas **alertar** o órgão demandante que se certifique de que sua decisão respeita, de fato, os limites legais acima apresentados.

g) instrumentos de governança

96. A Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021, que dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito de toda a Administração Pública federal, estabeleceu diversos instrumentos de governança nas

contratações públicas, que devem, necessariamente, estar alinhados entre si. Eis a norma:

Art. 6º São instrumentos de governança nas contratações públicas, dentre outros:

I - Plano Diretor de Logística Sustentável - PLS;

II - Plano de Contratações Anual;

III - Política de gestão de estoques;

IV - Política de compras compartilhadas;

V - Gestão por competências;

VI - Política de interação com o mercado;

VII - Gestão de riscos e controle preventivo;

VIII - Diretrizes para a gestão dos contratos; e

IX - Definição de estrutura da área de contratações públicas.

Parágrafo único. Os instrumentos de governança de que trata este artigo devem estar alinhados entre si.

97. Assim, o Administrador Público deve demonstrar que a contratação pretendida está em conformidade com os instrumentos e as diretrizes definidas no normativo acima citado.

98. Sem prejuízo da orientação acima, convém tecer algumas considerações sobre os principais instrumentos de governança.

99. De acordo como do artigo 18 da Lei nº 14.133, de 2021, a fase preparatória da licitação deve compatibilizar-se com o Plano de Contratações Anual - PCA.

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

100. Ademais, o PCA deve ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e deverá ser observado na realização de licitações e na execução dos contratos, conforme o § 1º do artigo supracitado.

§ 1º O plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput deste artigo deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos.

101. De outro vértice, tem-se o Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022, que regulamentou o **Plano de Contratações Anual – PCA** assim como instituiu o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações, tendo

imposto aos órgãos e as entidades a obrigatoriedade de elaboração, até a primeira quinzena de maio de cada exercício, de planos de contratações anual, os quais conterão todas as contratações que pretendem realizar no exercício subsequente.

102. Convém lembrar que, de acordo com o art. 17 do Decreto nº 10.947, de 2022, incumbe ao setor de contratações a verificação de que a demanda está contemplada no plano de contratações, devendo tal informação constar de forma expressa na fase de planejamento, o que deve ser feito no Estudo Técnico Preliminar, conforme expressamente prevê o art. 18, §1º, inc. II, da Nova Lei de Licitações.

103. **O Plano Diretor de Logística Sustentável - PDLS**, por sua vez, caracteriza-se como instrumento de governança, vinculado ao planejamento estratégico do órgão ou entidade, ou instrumento equivalente, e às leis orçamentárias, que estabelece a estratégia das contratações e da logística no âmbito do órgão ou entidade, considerando objetivos e ações referentes a critérios de sustentabilidade, nas dimensões econômica, social, ambiental e cultural.

104. Destaca-se que, nos termos do art. 7º da Instrução Normativa SEGES nº 58, de 8 de agosto de 2022, o ETP, além de estar alinhado ao PCA, também deve estar alinhado com o PDLS, além dos outros instrumentos de planejamento da Administração.

Art. 7º O ETP deverá estar alinhado com o Plano de Contratações Anual e com o Plano Diretor de Logística Sustentável, além de outros instrumentos de planejamento da Administração.

105. No caso concreto, o órgão demandante registrou que a demanda está devidamente contemplada no PCA do órgão, conforme Declaração acostada ao doc. SEI nº 24741260 - fl. 17.

106. Sem embargo, a Administração não registrou se a demanda está devidamente contemplada no PDLS, razão pela qual recomenda-se que o órgão demandante se manifeste a respeito do assunto, demonstrando expressamente a observância do art. 7º da Instrução Normativa SEGES nº 58, de 2022.

2.3.2. Análise de riscos

107. O art. 18, inc. X, da Lei nº 14.133, de 2021, estabelece que o planejamento da contratação deverá contemplar a análise dos riscos.

108. No Portal de Compras do Governo Federal consta tópico especialmente dedicado à identificação e avaliação de riscos, no qual há orientações elaboradas com base nas premissas estabelecidas pela Lei nº 14.133, de 2021. Tais recomendações devem ser incorporadas ao planejamento desta contratação.

109. No caso concreto, a Administração elaborou e juntou aos autos o MAPA DE RISCOS Nº 28107767/2023-DPC/CGPLAM/DLOG/PF (SEI nº 24741260 - fls. 480/484).

110. De outra banda, a Administração também deve se atentar para a possibilidade de inserir no contrato tópico destinado à Matriz de Riscos (art. 6º, inc. XVII) e Matriz de Alocação de Riscos (art. 103), o que deve ser feito com base em avaliação concreta, com apresentação de justificativa, haja vista a possibilidade de elevação dos custos da contratação.

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

(...)

XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
- b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
- c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

§ 1º A alocação de riscos de que trata o caput deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§ 2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§ 3º A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§ 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

§ 6º Na alocação de que trata o caput deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.

111. Assim, pode-se dizer, em linhas gerais, que a matriz de risco é uma cláusula contratual específica que, antevendo a possibilidade de eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro, prever a matriz de alocação de riscos, definindo quais os riscos serão absorvidos pelo setor privado e/ou pelo setor públicos ou se tais riscos serão compartilhados.

112. **No caso concreto, recomenda-se que a área competente avalie a pertinência de inclusão da matriz de riscos ou justifique a opção por não inserir essa cláusula específica na minuta de contrato.**

2.3.3 - Orçamento Estimado e Pesquisa de Preços

113. O orçamento estimado da contratação é tratado no art. 23 da Lei nº 14.133, de 2021, sendo que, para compras, devem ser observados os parâmetros previstos em seu §1º:

Art. 23. O **valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado**, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

§ 1º **No processo licitatório para aquisição de bens** e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

(...)

(Destaquei)

114. Além das regras legais, também devem ser observadas as normas da **Instrução Normativa SEGES/ME nº 65, de 7 de julho de 2021**, que estabelece o dever de materialização da pesquisa de preços em documento que contemple, no mínimo, as exigências do artigo 3º da referida norma:

Art. 3º A pesquisa de preços será materializada em documento que conterà, no mínimo:

I - descrição do objeto a ser contratado;

II - identificação do(s) agente(s) responsável(is) pela pesquisa ou, se for o caso, da equipe de planejamento;

III - caracterização das fontes consultadas;

IV - série de preços coletados;

V - método estatístico aplicado para a definição do valor estimado;

VI - justificativas para a metodologia utilizada, em especial para a desconsideração de valores inconsistentes, inexequíveis ou excessivamente elevados, se aplicável;

VII - memória de cálculo do valor estimado e documentos que lhe dão suporte; e

VIII - justificativa da escolha dos fornecedores, no caso da pesquisa direta de que dispõe o inciso IV do art. 5º.

115. Além disso, a referida IN, em seu artigo 5º, define os parâmetros a serem utilizados na estimativa de custos, de forma bastante similar ao disposto na Lei nº 14.133, de 2021. Acrescenta, no entanto, no §1º do artigo 5º, que devem ser priorizados os parâmetros dos incisos I e II, painel para consulta de preços do PNCP e contratações similares, respectivamente, devendo ser apresentada justificativa nos autos em caso de impossibilidade de adoção destes.

116. Assim, o primeiro ponto a ser destacado é a necessidade jurídica dessa priorização, a ser justificada quando não observada.

117. Um segundo ponto refere-se ao limite temporal estabelecido para os parâmetros utilizados na pesquisa de preços, voltados a evitar que os valores pesquisados já estejam desatualizados, conforme descrito nos incisos do art. 5º da IN nº 65, de 2021, cabendo repetir a pesquisa de preços sempre que ultrapassado o ali prazo previsto.

118. Por fim, impende ressaltar a previsão do art. 6º, § 4º, da IN nº 65, de 2021, que deve ser observada pelo consulente no sentido de que "*Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados*".

119. Desta feita, **convém alertar** para a necessidade de se consolidar todas as informações relativas à pesquisa de preço **em um só documento**, apontando expressamente cada uma das exigências descritas nos incisos do art. 3º da IN nº 65, de 2021, demonstrando, ao fim e ao cabo, qual o valor estimado da contratação e que este é compatível com os valores praticados pelo mercado.

120. **No caso concreto**, juntou-se aos autos a NOTA TÉCNICA Nº 28541840-DPC/CGPLAM/DLOG/PF com análise crítica da Pesquisa de Preços. Nesse caso, não cabendo a este órgão se imiscuir na referida manifestação técnica, resta **alertar o órgão demandante para que se certifique que as informações apresentadas na nota técnica atendem satisfatoriamente as exigências legais acima expostas, notadamente no que diz respeito ao art. 3º da Instrução Normativa SEGES/ME nº 65, de 2021, especialmente quanto a justificativa da escolha dos fornecedores.**

121. Registra-se, por fim, que não compete a este órgão jurídico atestar preços, avaliar a pesquisa de preços e tampouco decidir pelas especificações técnicas dos bens a serem adquiridos. Cabe, tão somente, assegurar de que esses fatores sejam considerados na instrução do presente processo.

2.3.4 - Termo de Referência

a) aspectos gerais

122. O Termo de Referência ou Projeto Básico é o documento elaborado pelo órgão requisitante, com fundamento nos Estudos Técnicos Preliminares, através do qual define, detalha e fundamenta o objeto da contratação e seus requisitos de forma precisa, suficiente e clara a fim de garantir a vantajosidade da contratação.

123. Sobre o tema, **cumpra alertar**, de início, que eventuais falhas e omissões no Estudo Técnico Preliminar compromete o conteúdo do Termo de Referência e, consequentemente, a escolha da melhor proposta a contratar.

124. Vale lembrar que a definição do objeto da pretendida contratação (com suas descrições, condições e exigências) deve guardar correspondência com a real necessidade da Administração, pois, segundo a Teoria dos Motivos

Determinantes, os motivos de fato e de direito invocados em sua justificativa vinculam o Administrador, condicionando a validade dos seus atos.

125. É de suma importância que o objeto a ser licitado seja bem definido na fase de estudo ou planejamento e descrito no Termo de Referência a fim de obstar qualquer percalço interpretativo no desenvolvimento do procedimento licitatório, evitando-se, ainda, discriminações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou que onerem os cofres públicos.

126. Nesse sentido, é o Enunciado de Súmula nº 177 do Tribunal de Contas da União:

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 uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

127. Assim, cumpre ao Gestor Público, somente após definir o objeto da contratação, fixar as especificidades e quantidades do objeto escolhido, mediante adequado estudo e planejamento técnico.

128. Atualmente, as normas e regras que regem a confecção do Termo de Referência se encontram na Lei nº 14.133, de 2021, e na Instrução Normativa SEGES/ME nº 81, de 25 de novembro de 2022. A Administração deve cuidar para que essas exigências sejam atendidas no caso concreto.

129. Destaca-se que, nos termos do art. 6º, inc. XXIII, da Lei nº 14.133, de 2021, o Termo de Referência deve contemplar as seguintes exigências:

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

(...)

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação;
- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;

i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;

j) adequação orçamentária;

(...)

130. Especificamente em relação a compras, também devem ser observadas as exigências do art. 40, §1º, da Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

(...)

§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

(...)

131. A Instrução Normativa Seges/ME nº 81, de 25 de novembro de 2022, dispõe sobre a elaboração do Termo de Referência – TR, para a aquisição de bens e a contratação de serviços, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema TR digital. **A Administração deve cuidar para que suas exigências sejam atendidas no caso concreto.**

132. Além disso, conforme dispõe o inc. IV do art. 19 da Lei nº 14.133, de 2021, os órgãos da Administração deverão usar modelos padronizados de termo de referência como medida de eficiência e celeridade administrativa.

Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

(...)

IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

(...)

133. Tal postulado foi registrado na quarta edição do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, conforme Enunciado BPC nº 06:

A atuação consultiva na análise de processos de contratação pública deve fomentar a utilização das listas de verificação documental (check lists), do Guia Nacional de Licitações Sustentáveis e das minutas de editais, contratos, convênios e congêneres, disponibilizadas nos sítios eletrônicos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

134. Nesse sentido, para que os objetivos de celeridade, eficiência e segurança sejam alcançados, é preciso que a Administração aponte claramente: a) se houve utilização de modelos padronizados; b) qual modelo foi adotado; e c) quais foram as modificações ou adaptações eventualmente efetuadas no modelo.

135. No caso, verifica-se que a Administração utilizou modelo padronizado da AGU para o Projeto Básico, conforme restou certificado na DECLARAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE MODELOS AGU (SEI nº 24741260 - fls. 592/593 e 635/636). Presume-se que a minuta está de acordo com o ordenamento jurídico, razão pela qual nada temos a ponderar, **exceto quanto às seguintes recomendações (Projeto Básico - SEI nº 24741260 - fls. 527/540):**

a) Considerando o enquadramento do presente procedimento aos termos da Lei nº 14.133/2021, devem ser substituídas todas as denominações referentes a Projeto Básico por Termo de Referência;

b) O item 5.3 do Projeto Básico estabelece que os bens deverão ser entregues na Academia Nacional de Polícia - ANP - (Rodovia DF-001, KM 02, Setor Habitacional, Taquari - Lago Norte, Brasília - DF, 71559-900). No entanto, consta da Proposta Comercial da empresa a ser contratada: "Local de Entrega: por serem produtos controlados pelo Exército Brasileiro, embora o desembarço seja realizado pelo Despachante Aduaneiro contratado pela Axon, o cliente será o responsável por retirar o produto no Aeroporto Internacional de sua escolha e transladá-lo a seu destino final". Deve-se cuidar para o adequado alinhamento entre os termos da proposta e as condições previstas no Projeto Básico e no instrumento contratual;

c) Reavaliar o item 5.3.1, tendo em vista que é obrigação da empresa arcar com os custos envolvidos para a entrega do bem na Academia Nacional de Polícia - ANP, não fazendo sentido, a princípio, que a Polícia Federal proceda com a escolta de bens ainda não entregues;

d) Reavaliar o item 5.5, tendo em vista que o recebimento provisório deverá ocorrer no Brasil;

e) O item 6 deve contemplar a previsão da garantia prevista no item 4.1.2;

f) Excluir o item 7.1, pois o Termo de Referência não pode gerar obrigações antes da assinatura do instrumento contratual;

g) Complementar o item 7.13 para inclusão de rotinas de fiscalização específicas para atender às peculiaridades do objeto contratado;

h) Com relação ao item 8, no que concerne aos requisitos habilitação jurídica, avaliar a aplicação do art. 6º do Anexo I do Decreto nº 10.030, 2019;

i) Com relação ao item 8, em se tratando de Contratação Direta em que a contratada é escolhida diretamente a inclusão de requisitos de habilitação técnica é facultativa, por entender-se que a própria escolha já se incumbirá de eliminar contratantes com capacidade técnica insuficiente (cf. nota explicativa do modelo da AGU);

j) O Projeto Básico deve ser submetido à aprovação da autoridade competente.

b) aquisição de bem de consumo que se enquadra como bem de luxo

136. De acordo com o art. 20 da Lei nº 14.133, de 2021, não é admitida a aquisição de artigos de luxo, tendo os §§ 1º e 2º tratado da necessidade de regulamentação do tema:

Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo.

§ 1º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.

§ 2º A partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo.

§ 3º (VETADO).

137. No âmbito da Administração Pública Federal, o tema foi regulamentado pelo Decreto nº 10.818, 27 de setembro de 2021, tendo seu art. 5º reforçado a vedação de aquisição de bens de consumo enquadrados como bens de luxo, sendo admitidas as exceções contidas em seu art. 4º:

Art. 4º Não será enquadrado como bem de luxo aquele que, mesmo considerado na definição do inciso I do caput do art. 2º:

I - for adquirido a preço equivalente ou inferior ao preço do bem de qualidade comum de mesma natureza; ou

II - tenha as características superiores justificadas em face da estrita atividade do órgão ou da entidade.

138. Em complemento, a Instrução Normativa SEGES/MGI nº 4, de 2 de fevereiro de 2023, dispõe:

Art. 1º Para efeito do disposto no inciso II do art. 4º Decreto nº 10.818, de 27 de setembro de 2021, consideram-se hipóteses de bens passíveis de serem dotados com características superiores em face da estrita atividade do órgão ou da entidade:

I - bens móveis destinados ao uso nas dependências de Palácios e das Residências Oficiais da Presidência da República da República Federativa do Brasil;

II - bens destinados a garantir a segurança pessoal do Presidente da República Federativa do Brasil e de seus Ministros de Estado;

III - bens destinados à atividade institucional do órgão ou da entidade que não possam ser substituídos por outro bem de qualidade comum, ou que lei específica estabeleça qualidade diferente.

Parágrafo único. A correlação entre as características superiores e as atividades do órgão ou entidade deve ser devidamente justificada no processo administrativo de contratação.

139. No caso concreto, segundo o item 1.2 do Projeto Básico, “o objeto desta contratação não se enquadra como sendo de bem de luxo, conforme Decreto nº 10.818, de 2021”, sendo esta informação de natureza eminentemente técnica, não cabendo a este órgão jurídico se imiscuir sobre o assunto.

140. **Ressalvamos, todavia, que além da análise de conformidade com o Decreto nº 10.818/2021, o consulente deverá anotar se estaria de acordo com os desígnios estabelecidos pela Instrução Normativa**

SEGES/MGI nº 4, de 2 de fevereiro de 2023, que estabeleceu regras complementares para aplicação do Decreto nº 10.818, de 27 de setembro de 2021.

c) indicação de marca ou modelo

141. Quanto à eventual indicação de marca ou modelo, cabe salientar que lei admite tal possibilidade de forma excepcional, por representar restrição à ampla competitividade do certame.

142. O artigo 41 da Lei nº 14.133, de 2021, apresenta as hipóteses em que será possível a indicação de marca ou modelo:

Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente:

I - indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;

b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;

c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante;

d) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência;

143. Ocorre que a indicação de marca/modelo não basta para a exclusão das demais opções do mercado, sendo certa a possibilidade de realização, pelo interessado, de prova de qualidade de produto similar, conforme disciplinado no artigo 42 da Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 42. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios:

I - comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro;

II - declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto;

III - certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada.

§ 1º O edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, certificação de qualidade do produto por instituição credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).

§ 2º A Administração poderá, nos termos do edital de licitação, oferecer protótipo do objeto pretendido e exigir, na fase de julgamento das propostas, amostras do licitante provisoriamente vencedor, para atender a diligência ou, após o julgamento, como condição para firmar contrato.

§ 3º No interesse da Administração, as amostras a que se refere o § 2º deste artigo poderão ser examinadas por instituição com reputação ético-profissional na especialidade do objeto, previamente indicada no edital.

144. Ainda sobre indicação de marca, também deve ser considerada a vedação do art. 40, §3º, da Lei nº 14.133, de 2021, que, ao tratar do parcelamento, destaca sua inadequação quando o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

145. Por outro lado, nada impede que a Administração efetive a indicação de marca/modelo, quando for necessária como parâmetro ou referência para as especificações qualitativas do objeto, para facilitação de sua identificação, sendo conveniente, neste caso, vir acompanhada das expressões “equivalente, similar ou de melhor qualidade”.

146. De tudo o que foi apresentado, fica a constatação de que a marca não poderá ser indicada como o objeto da contratação em si. Ou seja, o administrador não poderá externar sua preferência por contratação de certa marca, a seu talante, sem a correspondente motivação técnica objetiva e fundamentada. Portanto, a referência à marca deve ser consequência das características específicas do objeto, e não seu pressuposto, sob pena de indevida restrição da licitação e quebra da isonomia dos licitantes.

147. Quanto ao assunto, vale dizer, ainda, que o art. 41, inc. III, da Lei nº 14.133, de 2021, contempla a possibilidade de a Administração vedar a contratação de marca ou produto, quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual.

148. No caso concreto, verifica-se que o Estudo Técnico Preliminar apresenta as justificativas, devidamente fundamentadas, para a escolha do modelo da fabricante AXON TASER T7.

149. No mais, salienta-se que não compete a este órgão jurídico avaliar o mérito das escolhas técnicas, mas apenas **alertá-lo** para que verifique se, de fato, observou todas as exigências legais acima apontadas no momento em que estabeleceu as especificações qualitativas do objeto.

d) condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado

150. De acordo com o art. 40, inc. I, da Lei nº 14.133, de 2021, na fase de planejamento da contratação, a Administração deve cuidar para que o planejamento de compras considere condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado, devendo tal cautela ser demonstrada ou certificada nos documentos de planejamento.

151. No caso concreto, o tema não foi tratado, sendo conveniente **recomendar que o órgão técnico demandante se manifeste expressamente a respeito do assunto.**

e) condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento

152. O art. 18, inciso III, da Lei nº 14.133, de 2021, exige que a fase de planejamento da contratação contemple as condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento, sendo certo que sua definição envolve algum juízo de conveniência e oportunidade a ser realizado pelo administrador.

153. No caso concreto, o tema foi tratado de forma suficiente no Projeto Básico, cabendo tecer tão somente as recomendações de ajustes que já foram registradas neste Parecer.

f) exigências de habilitação

154. Nos termos do art. 62 da Lei nº 14.133, de 2021, serão exigidos alguns requisitos para habilitação do licitante, a fim de demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação. Segundo a Lei são requisitos

jurídicos, técnicos, fiscais, sociais, trabalhistas e econômico-financeiros.

155. Importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inc. XXI, determinou que os requisitos para habilitação devem ser, apenas, os necessários à garantia do cumprimento das obrigações contratuais.

156. No caso concreto, o tema foi tratado de forma suficiente no Projeto Básico.

2.3.5. Adequação orçamentária

157. Conforme se extrai do caput do artigo 18 da Lei nº 14.133, de 2021, a fase preparatória da licitação deve compatibilizar-se também com as leis orçamentárias.

158. A existência de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal. Nesse ponto, convém citar o art. 10, inc. IX, da Lei 8.429, de 1992, e o art. 105 da Lei nº 14.133, de 2021:

Lei nº 8.429, de 1992

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)

(...)

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

(...)

Lei nº 14.133, de 2021

Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei 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.**

(Destaquei)

159. Cabe também alertar para que, caso se trate de criação ou expansão de ação governamental que acarrete aumento da despesa, seja anexada a estimativa do impacto orçamentário no exercício e nos dois subsequentes, bem como 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.

160. Atente-se que compete ao órgão verificar, previamente ao envio dos autos para análise do órgão de assessoramento jurídico, 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.

161. Desse modo, deve o órgão assessorado verificar se há previsão e disponibilidade orçamentárias próprias para a realização da despesa correspondente.

162. **É imprescindível que a comprovação da disponibilidade orçamentária seja realizada antes da assinatura da contratação, a partir da juntada das declarações cabíveis sobre a adequação orçamentária e financeira para fazer face às despesas dele originadas, em conformidade com os arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal. Quanto ao momento do empenho, o entendimento do TCU é de que ele deve ser prévio ou contemporâneo à contratação.**

3. PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA

163. O art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabelece a obrigatoriedade de realização do procedimento de licitação pelos entes da Administração Pública, ressalvando, porém, as exceções legalmente previstas, nas quais é permitida a contratação direta, seja por inexigibilidade de licitação, seja por dispensa.

164. Na lição de Marçal Justen Filho, “a Constituição acolheu a presunção (absoluta) de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando contratação direta nos casos previstos em lei” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005).

165. A dispensa ocorre quando a licitação seria possível, em tese, em face da necessidade pública específica e da existência de bens e serviços disponíveis, mas razões de ordem superior de interesse público justificam a contratação direta, sem a licitação. Já a inexigibilidade incide quando a licitação é inteiramente descabida porque inviável a competição pela singularidade do objeto visado ou do ofertante do serviço ou do produto desejado, ou seja, apenas um fornecedor poderá atender ao interesse público.

166. Em suma, nos casos de inexigibilidade o procedimento licitatório é materialmente impossível ou desnecessário, na medida em que não será eficaz para o atendimento do interesse público, enquanto na dispensa há possibilidade de realizar-se a licitação, mas, em razão das características do caso concreto, mostra-se mais vantajosa e conveniente a contratação direta, cabendo à Administração Pública analisar, em cada caso, a sua conveniência e oportunidade.

167. Tanto a dispensa quanto a inexigibilidade de licitação constituem-se exceção à regra de contratação mediante processo licitatório e permitem a contratação direta, devendo, contudo, obedecer a requisitos legais específicos, de observância obrigatória.

168. As hipóteses legais de inexigibilidade têm caráter meramente exemplificativo e admitem outras situações em que a competição se apresente inviável, desobrigando a instauração do procedimento licitatório, conforme se infere do art. 74 da Lei nº 14.133/2021, que dispõe:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - **aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;** (g.n.)

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais

serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do **caput** deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

(...)

169. A respeito da inexigibilidade, Diógenes GASPARINI observa que: “(...) a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a prévia licitação(...). Com efeito, onde não há disputa ou competição não há licitação”.

170. Diferentemente do que estabelecia o inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que fazia referência apenas à aquisição, o inciso I do art. 174 da Lei nº 14.133/2021 é expresso ao prever que é inexigível a licitação tanto na aquisição quanto na contratação de serviços com fornecedor exclusivo.

171. O TCU tem orientado que “poderão ser contratados por inexigibilidade somente os serviços técnicos especializados de natureza singular. A singularidade é característica do objeto, que o diferencia dos demais. É o serviço pretendido pela Administração que é singular e não aquele que o executa. A caracterização da singularidade deve visar ao atendimento do interesse público” (Acórdão 85/1997 Plenário). Também no Acórdão-TCU 1705/2003-Plenário, recomenda que “somente contrate por inexigibilidade de licitação, com base no art. 25 e incisos da Lei 8.666/1993, quando efetivamente restar caracterizada a inviabilidade da competição (...)”. Nessa mesma direção são as recomendações emanadas dos Acórdãos – TCU-Plenário nº 125/2005 e nº 295/2005.

172. Ainda que seja relativizada a observância de alguns dos procedimentos relativos às modalidades de licitação, é importante esclarecer que a contratação direta não dispensa a realização de um procedimento formal, destinado a justificar a escolha da contratação e o delineamento dos seus parâmetros objetivos.

173. Para tanto, o art. 72 da Lei nº 14.133/2021 prevê a necessidade de instrução do processo de contratação direta com o seguintes documentos:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no [art. 23 desta Lei](#);

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

174. Revela-se fundamental que o gestor apresente justificativa para a contratação direta, nas hipóteses de inexigibilidade, na qual deve restar demonstrado o seu principal elemento caracterizador, que é a inviabilidade de

competição, bem como a razoabilidade do preço estipulado e o cumprimento das demais formalidades exigidas pela legislação.

175. Com base nisso, cumpre examinar se, no caso concreto, encontram-se presentes as condições legais para a contratação por inexigibilidade de licitação.

176. Nesse ponto, convém ressaltar que os requisitos constantes do art. 72, incisos I a IV, já foram analisados nos tópicos inerentes à fase de planejamento da contratação. Passaremos então aos demais requisitos legais pertinentes à tal hipótese de inexigibilidade de licitação.

3.1. Verificação acerca do cumprimento dos demais requisitos legais no caso concreto

a) Razão da escolha do contratado

177. O art. 72, inciso VI, da Lei nº 14.133/2021, estabelece que os processos de contratação direta devem ser instruídos com elementos que contenham a razão da escolha do contratado.

178. No presente caso, consta do item 6.4 do ETP a informação de que a empresa AXON ENTERPRISE, INC é fabricante exclusiva e detentora da patente do produto TASER T7 e seus respectivos acessórios e insumos.

179. Também consta dos autos a Declaração de Exclusividade (SEI nº 24741260 - fls. 485/486), na qual a Associação Brasileira das Indústrias de Materiais de Defesa e Segurança atesta que:

(...)

Apraz-nos informar a V.Sas. que de acordo com nosso melhor conhecimento, baseado em nossos registros de produtos e serviços de empresas produtoras de materiais de defesa e segurança, a empresa GRAND PRIX INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS LTDA., CNPJ 43.774.261/0001-71, nossa associada, estabelecida à Rua Almirante Soares Dutra, nº 387, casa 05, Morumbi –São Paulo/ SP, CEP 05.654-000, consta, até a presente data, que o Sr. FRANCO GIAFFONE é o único representante comercial no Brasil da empresa AXON ENTERPRISE, INC para os produtos TASER abaixo relacionados:

AXON ENTERPRISE, Inc., uma empresa de Delaware, EUA, para vendidos seguintes produtos e acessórios no Brasil, de 1º de janeiro de 2023 a 31 de dezembro de 2023:

1. TASER X26P CEW e todos os acessórios e cartuchos relacionados;
2. TASER X2 CEW e todos os acessórios e cartuchos relacionados;
3. TASER CAM HD recorder;
4. Dispositivos conectados TASER; e
5. TASER 7 CEW e todos os acessórios e cartuchos relacionados.

DECLARAMOS AINDA QUE AO ANALISAR AS DOCUMENTAÇÕES PERTINENTES CONCLUIMOS QUE A EMPRESA AXON ENTERPRISE, INC É UM FABRICANTE EXCLUSIVO, PROTEGIDO POR SER DETENTOR DAS PATENTES DOS PRODUTOS AXON ACIMA LISTADOS, QUE PERANTE A ATUAL LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SÃO RESTRITOS ÀS FORÇAS POLICIAIS E MILITARES, NÃO SENDO PERMITIDA A COMERCIALIZAÇÃO PARA MERCADO CIVIL.

(...)

180. Quanto ao atestado de exclusividade, tanto a Advocacia-Geral da União quanto o Tribunal de Contas da União preconizam a necessidade de detida averiguação, por parte do gestor, acerca da veracidade do conteúdo do documento, conforme se depreende dos seguintes enunciados:

"ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 16, DE 1º DE ABRIL DE 2009

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 00400.015975/2008-95, resolve expedir a presente orientação normativa,

de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993: COMPETE À ADMINISTRAÇÃO AVERIGUAR A VERACIDADE DO ATESTADO DE EXCLUSIVIDADE APRESENTADO NOS TERMOS DO ART. 25, INC. I, DA LEI Nº 8.666, DE 1993. INDEXAÇÃO: INEXIGIBILIDADE. FORNECEDOR EXCLUSIVO. ATESTADO DE EXCLUSIVIDADE. VERACIDADE. AVERIGUAÇÃO. REFERÊNCIA: Art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993. Despacho do Consultor-Geral da União 343/2007. Parecer AGU/CGU/NAJSE 54/2008-JANS. Acórdãos TCU 1.796/2007 - Plenário, 223/2005 - Plenário. JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI"

"SÚMULA Nº 255/TCU: Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade."

181. Segundo o Tribunal de Contas da União orientou no Acórdão 2855/2010-Plenário, "quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros, a entidade contratante deve adotar medidas cautelares visando a assegurar a veracidade das declarações prestadas, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizará a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes". No mesmo sentido, o Acórdão 2569/2010-Primeira Câmara e o Acórdão 223/2005-Plenário, entre outros.

182. Vale lembrar que veracidade de tais documentos deverá ser examinada de forma ampla, abrangendo tanto seus aspectos formais (condições da entidade emitente para aferir a exclusividade, considerando a autenticidade do documento ou eventual falsificação etc.), quanto no seu conteúdo (verificação de que o disposto no atestado condiz efetivamente com a realidade, consultando as fontes necessárias, se for o caso – v.g., fabricante, produtor, etc.).

b) Comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária

183. Para fins de verificação da habilitação e da regularidade da contratada, exigível também nas contratações diretas (Acórdão 3146/2010-TCU/Primeira Câmara), foram juntados: (i) Consulta ao SICAF da empresa (SEI nº 24741260 - fls. 646/645); (ii) Poderes de representação da empresa no Brasil (SEI nº 24741260 - fls. 646/654); (iii) Consulta ao SICAF, Certidão de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, Lista de Licitante Inidôneos do TCU e Nada Consta no CADIN do representante legal no Brasil (SEI nº 24741260 - fls. 655/664).

184. O art. 68 da Lei nº 14.133/2021 determina que as habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

- I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);
- II - a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
- IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;
- V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho;
- VI - o cumprimento do disposto no [inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal](#).

185. É importante lembrar que cabe ao Administrador zelar pela efetiva validade dessas certidões por ocasião da contratação. Por isso, **recomenda-se**:

i) que a autoridade responsável verifique se não há certidões de regularidade vencidas ou na iminência de expirar;

ii) que, antes da celebração do contrato, a área responsável realize nova consulta para aferição dos requisitos de habilitação/regularidade, sendo que quaisquer pendências impeditivas da celebração do contrato constatadas devem ser sanadas antes da assinatura.

c) Justificativa do preço

186. O Tribunal de Contas da União orienta que o administrador público “*inclusive nas contratações diretas, realize ampla pesquisa de preços no mercado e na administração pública, contendo preços fundamentados e detalhados, em conformidade com o disposto nos arts. 40, § 2º, II, e 43, IV, da Lei nº 8.666/1993*” (Acórdão nº 1.330/2008-Plenário), alertando que, “*se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis*” (art. 25, § 2º, da Lei 8.666/1993). Vejamos:

"A contratação por inexigibilidade de licitação exige a demonstração de inviabilidade de competição e a presença de orçamento detalhado de custos para, além de atender as exigências legais, munir a Administração de instrumentos que possibilitem questionar os serviços prestados e contestar eventuais cobranças indevidas que lhe forem dirigidas. A ausência desses requisitos implica responsabilização do gestor perante o TCU" (Acórdão 9554/2011-TCU/Primeira Câmara).

187. A Advocacia-Geral da União entende que “*a razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos*” (Orientação Normativa nº 17/2009).

188. Além disso, o TCU alerta que “*a realização de cotação de preços junto a potenciais prestadores dos serviços demandados, a fim de justificar que os preços contratados estão compatíveis com os praticados no mercado, afasta a hipótese de inexigibilidade de licitação, por restar caracterizada a viabilidade de competição*” (Acórdão 2280/2019-TCU/Primeira Câmara).

189. Na NOTA TÉCNICA Nº 28541840-DPC/CGPLAM/DLOG/PF foram apresentadas as seguintes informações sobre a estimativa de preço da contratação:

ANÁLISE CRÍTICA - DOS VALORES COBRADOS PELA FUTURA CONTRATADA EM OBJETO IDÊNTICO

4.1. A futura Contratada, através de requisição da Contratante, enviou proposta comercial a consolidar custos a serem comprado na presente aquisição, por meio de que se realizou um comparativo com os valores praticados pela empresa em contratações similares com a Administração Pública.

4.2. Para precificação deste objeto, realizou-se análise comparativa de preços praticados no mercado pela futura contratada em contratações similares realizadas por outros Órgãos de acordo com o prelecionado no artigo 4º da Portaria-MJ nº 449, de 18 de maio de 2021, em consonância com a Instrução Normativa SEGES /ME nº 65, de 7 de julho de 2021:

"Art. 4º Para a obtenção do preço de referência, serão utilizados como metodologia a média, a mediana ou o menor dos preços obtidos na pesquisa de preços, conforme Anexo II desta Portaria, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais parâmetros do art. 2º, desconsiderados os preços inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados. (...) 2 Da abrangência da Portaria: (...) Aplicam-se as disposições constantes nesta Portaria aos procedimentos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, no que couber, sem prejuízo das disposições contidas na Orientação Normativa AGU nº 17, de 2009."

4.3. Assim, após consolidação dos preços constantes no item 3 deste documento, para cálculo dos preços médios unitários finais, após levantamento dos preços praticados pela futura contratada

pela venda de objetos idênticos, realizou-se a exclusão daqueles inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados, taxados na Tabela 1 em epígrafe.

4.4. É possível, portanto, verificar da tabela consolidada e do gráfico supra que os preços contidos na Proposta Comercial Axon (28107954) estão plenamente compatíveis com aqueles praticados no mercado pela mesma empresa a ser contratada, conforme comparação com o Nota Fiscal/Invoice de aquisições públicas (28108013).

190. Sem qualquer incursão quanto ao mérito e aos aspectos técnicos, econômicos, orçamentários e financeiros avaliados, cuja análise extrapola as atribuições deste órgão jurídico, verifica-se que, ao menos no plano formal, o gestor justificou o preço da contratação.

d) Autorização expressa da autoridade competente

191. Enfatize-se que **é condição para o prosseguimento do processo que haja autorização da autoridade competente, nos termos do art. 72, inciso VII, da Lei nº 14.133/2021.**

192. **Diante disso, recomenda-se ao administrador que observe se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.**

4. DA MINUTA DE CONTRATO

193. A formalização dos contratos administrativos deve observar os mandamentos contidos no art. 89 da Lei nº 14.133/2021, que dispõe:

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Todo contrato deverá mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da contratação direta e a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

§ 2º Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

194. O art. 92 da Lei nº 14.133/2021, por sua vez, enumera as cláusulas que necessariamente devem estar previstas em todo contrato administrativo, a saber:

Art. 92. 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, quando for o caso;

- 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 - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;
 - XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;
 - XIX - os casos de extinção.
- (...)

195. No que se refere à duração dos contratos, convém citar os arts. 106 e 107 da Lei nº 14.133/2021, *in verbis*:

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;

II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;

III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.

§ 1º A extinção mencionada no inciso III do **caput** deste artigo ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática.

Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

196. A minuta constante dos autos foi lastreada em minuta disponibilizada pela AGU (Minuta Contratual – Lei nº 14.133/21 – Contratação Direta - Compras Atualização: junho/2022), no entanto, **carece de melhor avaliação crítica com relação ao modelo da AGU, além das devidas adaptações ao caso concreto, devendo ser formatado um texto final sem palavras ou menções não pertinentes. Ademais, alerta-se para os seguintes pontos principais:**

a) No preâmbulo, recomenda-se o adequado preenchimento dos campos específicos. Os dados do preâmbulo, como nome dos representantes legais, endereços, documentos, entre outros, devem ser verificados pela própria Administração, segundo o existente nos autos e nos registros administrativos. Nesse ponto, recomenda-se que seja observada a orientação contida no PARECER n. 00004/2022/CNMLC/CGU/AGU (NUP 00688.000716/2019-43 - seq.

618), para que não constem na minuta os números de documentos pessoais das pessoas naturais que irão assiná-la, por força das regras previstas na Lei nº 13.709, de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD). Para tanto, propõe-se que os representantes da Administração sejam identificados nos instrumentos contratuais "apenas com a matrícula funcional, que já é suficiente para a finalidade a que se destina e evita a necessidade de tratamento adicional e principalmente dos cuidados exigidos para evitar que números de documentos pessoais sejam eventualmente acessados indevidamente". Quanto aos representantes da contratada, propõe-se que "os instrumentos contratuais os identifiquem apenas pelo nome, até porque o art. 61 da Lei nº 8.666, de 1993, e o §1º do art. 89 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, exigem apenas esse dado";

b) Ainda no preâmbulo, substituir a menção à Instrução Normativa SEGES/ME nº 75, de 2021, que foi revogada pela Instrução Normativa SEGES/ME nº 90, de 2022;

c) No item 1.1, cabe observar o modelo de Contrato da AGU para fazer constar: "O objeto do presente instrumento é a contratação de (...)";

d) No item 1.2, cabe alertar à área técnica que o preenchimento da tabela deve estar ajustada aos demais instrumentos da contratação. A especificação do objeto deve refletir o disposto no Projeto Básico;

e) Revisar a Cláusula Quarta - Subcontratação, tendo em vista a divergência entre seus itens, já que o item 4.1 veda a subcontratação do objeto contratual;

f) Revisar o item 5.1.3, tendo em vista que a demanda parece não ser variável;

g) O item 7.1.9 estabelece à contratante a obrigação de notificar os emitentes das garantias quanto ao início de processo administrativo de descumprimento de cláusulas. Ocorre que na presente contratação restou asseverado que não haverá exigência de garantia contratual da execução. Assim, caberá excluir o item;

h) Os itens 8.1.17 a 8.1.19 e o item 8.1.23 não encontram respaldo no Termo de Referência e nem na Proposta Comercial da empresa, o que deverá ser avaliado e ajustado;

i) Quanto à definição da sanção de multa compensatória, cumpre destacar o disposto em Nota Explicativa da AGU, nos seguintes termos:

Nota Explicativa: A redação dos itens 3 a 7 é apenas exemplificativa. A ideia é que haja uma multa maior para infrações mais graves e menor para infrações menos graves. Segundo a própria Lei, as infrações sujeitas à declaração inidoneidade são mais graves que as sujeitas à pena de impedimento.

j) Completar os campos em aberto nos itens 5.3.3, 6.1, 6.2, 7.1, 8.1, 10.2 (iv), 10.4 e 16.1.

197. Destaca-se, por oportuno, que diversos dispositivos da Minuta do Instrumento Contratual contêm referência ao teor do Termo de Referência (Projeto Básico), razão pela qual deve a Administração **certificar-se de que os documentos que integram a contratação – Projeto Básico, Proposta Comercial e minuta do Termo de Contrato – se harmonizam uns com os outros e não apresentam discrepâncias, inexatidões materiais ou inconsistências redacionais que possam ensejar arguição ou em alguma medida comprometer a segurança e efetividade da realização da contratação.**

5. RECOMENDAÇÕES FINAIS

5.1 CLÁUSULA COM ÍNDICE DE REAJUSTAMENTO DE PREÇOS, COM DATA-BASE VINCULADA À DATA DO ORÇAMENTO ESTIMADO

198. O art. 25, §7º, da Lei nº 14.133, de 2021, estabelece que, independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

199. Nos termos do inc. LVIII do art. 6º da Lei nº 14.133, de 2021, o reajustamento em sentido estrito consiste "na forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais".

200. Registra-se que efetivação do reajuste previsto em contrato não caracteriza alteração contratual e pode ser formalizada por simples apostila (art. 136, inc. I, da Lei nº 14.133, de 2021).

201. No caso concreto, **não consta da minuta de Contrato o índice a ser adotado para reajustamento de preço, o que deverá ser remediado.**

5.2 PUBLICIDADE DO TERMO DO CONTRATO

202. Destaca-se, por fim, que **é obrigatória a divulgação e a manutenção do inteiro teor do termo de contrato no Portal Nacional de Contratações Públicas e a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, conforme determinam os art. 54, caput e §1º, e art. 94 da Lei nº 14.133, de 2021.**

5.3 DEVER DE OBSERVÂNCIA ÀS PRESCRIÇÕES DA LGPD

203. A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

204. As contratações públicas, como sói ser evidente, não devem ficar à margem da temática da proteção de dados, alçada à categoria de direito fundamental pela EC nº 115, de 2022. Frente a tal constatação, a Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos - CNMLC/DECOR/CGU, emitiu o PARECER n. 00004/2022/CNMLC/CGU/AGU, aprovado pelo DESPACHO n. 00397/2022/GAB/CGU/AGU, com a seguinte ementa:

EMENTA:

I - Manifestação jurídica sobre a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados nos modelos de licitação e contratos elaborados no âmbito desta Câmara. Respostas a questionamentos formulados por áreas técnicas. Teses iniciais para fundamentar a inserção de cláusulas gerais a esse respeito. Possibilidade de aprofundamento da matéria mediante provocação específica. Abertura para sugestões quanto às cláusulas pelo email cgu.modeloscontratacao@agu.gov.br.

II - no que se refere à transferência internacional de dados pessoais, a contratação é possível nas hipóteses do art. 33 da LGPD, atentando-se para o fato de que pontuais incisos ainda aguardam regulamentação por parte da ANPD e de que a transferência para empresas privadas necessita observar o art. 26 da LGPD; II.1 - enquanto não é editada essa regulamentação, em especial no que se refere às contratações públicas, recomenda-se inserção de cláusula genérica nas minutas contratuais que eventualmente possam exigir transferência internacional;

II.2 - caso a própria Administração necessite efetuar transferência internacional de dados, também deverá observar essas hipóteses restritas do art. 33 da LGPD, bem como o art. 26 desta Lei;

III - a contratação de suboperador de dados é, em princípio, lícita, pois não há vedação na legislação vigente;

III.1 - respondem, de forma solidária, todos os agentes de tratamento pelos danos eventualmente causados;

III.2 - recomenda-se que haja inclusão de cláusula para tratar do tema dos impactos da LGPD nas subcontratações;

IV - pode ser exigida declaração da contratada de que seu pessoal cumpre adequadamente a LGPD, todavia, caso se entenda necessário que seus empregados firmem declaração individual de que cumprem essa Lei, pode-se usar como sugestão o modelo constante do item “C” desse parecer;

V - entende-se possível a exigência de uma declaração que dê conta da adaptação da licitante ou contratada aos termos da LGPD, inclusive no que se refere ao conhecimento necessário dos empregados para o cumprimento dos deveres da Lei;

VI - é possível que a Administração realize diligências para aferir o cumprimento da LGPD pela licitante ou pela contratada;

VII - é recomendável inclusão de disposições específicas na documentação de contratação para abordar as questões tratadas, podendo-se adotar, como sugestão, a cláusula genérica contida no item “F” desse parecer;

VIII - com relação às minutas, recomenda-se supressão de números de documentos pessoais, notadamente nos contratos, bem como de exigência de atestados de antecedentes criminais, uma vez que a possibilidade dessa exigência é excepcional;

VIII.1 - admite-se que a Administração continue exigindo comprovação de exames admissionais e demissionais, devendo tal documentação ser guardada apenas enquanto não prescritas as obrigações trabalhistas correlatas e somente para a finalidade de comprovar o cumprimento dessas obrigações;

VIII.2 - quanto ao dado pessoal do endereço, que somente foi localizado na minuta de contrato de locação, é recomendável que seja suprimido quando o locador for pessoa natural, uma vez que a divulgação desse instrumento poderia expor indevidamente esse dado. Nesse caso, tal dado deverá ser arquivado em local à parte, uma vez que a Administração poderá necessitar dele para eventual contato com o locador, inclusive para eventual citação ou intimação em processos judiciais ou administrativos;

IX - quando exigido documento pessoal para fins de identificação de pessoa responsável por realizar vistoria em procedimento licitatório, é recomendável que no termo de vistoria conste consentimento da pessoa para que seu nome e documento fiquem no processo e que possam ser acessados por terceiros, ante a natureza pública do processo; e

X - recomenda-se a observância dos itens complementares, inseridos no presente estudo para além dos questionamentos formulados.

(ressalva nossa)

205. Nessa esteira, **recomenda-se ao órgão assessorado que não inclua nos instrumentos de contratação números de documentos pessoais, limitando-se a informar, no preâmbulo do ajuste, o nome do contratado.**

4. CONCLUSÃO

206. Em face do exposto, opina-se, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, **pela viabilidade do prosseguimento do presente processo, desde que observadas as providências destacadas em negrito e sublinhadas elencadas neste Parecer.**

207. Nos termos do art. 50, VII, da Lei nº 9.784/99, os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; todavia, ao assim proceder, o gestor público deve estar ciente de que age por sua conta e risco, sob sua exclusiva e integral responsabilidade, consoante reconhece a jurisprudência do TCU (Acórdãos nº 826/2011 e nº 521/2013 - Plenário; nº 1.449/2007 e nº 1.333/2011 - 1ª Câmara; nº 4.984/2011 - 2ª Câmara).

208. Somente após o acatamento das recomendações emitidas ou após seu afastamento, de forma motivada, consoante previsão do art. 50, inciso VII, da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 1999), e conforme já alertado nas considerações preliminares desta manifestação, será possível dar-se o prosseguimento do feito, nos seus demais termos, sem a necessidade de retorno para nova manifestação desta unidade jurídica, nos termos do Enunciado BPC nº 5, da AGU.

209. Ressalta-se que a presente manifestação se limita à análise jurídica da fase interna do processo licitatório, recomendando-se, em sua fase externa, o atendimento integral ao Edital e às Leis que regem a matéria.

210. Sugere-se, caso aprovado o Parecer, o encaminhamento dos autos à **chefia da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública**, conforme rito estabelecido pelos §§1º e 2º do artigo 5º da Portaria AGU nº 83, de 2023.

211. Em cumprimento ao Memorando Circular nº 009/2018-CGU/AGU (NUP 00400.000314/2018-37), de 15 de março de 2018, informa-se que o valor econômico deste processo administrativo é estimado em **R\$ 9.547.989,40 (nove milhões, quinhentos e quarenta e sete mil novecentos e oitenta e nove reais e quarenta centavos).**

À consideração superior.

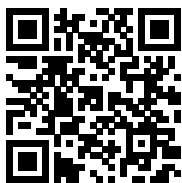
Brasília, 11 de julho de 2023.

JOSÉ NILSON CARNEIRO ALBUQUERQUE FILHO
ADVOGADO DA UNIÃO

Notas

- ¹ - *Art. 2º As listas de verificação deverão ser juntadas nos processos como instrumento de transparência e eficiência durante a fase de seleção do fornecedor, nas seguintes etapas: I - Anexo I – antes da publicação do edital; e II - Anexo II – após a adjudicação, quando realizada pelo pregoeiro, ou quando houver recurso, após a análise deste.*
- ² - https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/guias/gncs_082022.pdf
- Apud TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 12. ed. São Paulo: Juspodivim, 2021, p. 481.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 08200006415202347 e da chave de acesso 28c95876



Documento assinado eletronicamente por JOSÉ NILSON CARNEIRO ALBUQUERQUE FILHO, 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 1222929556 e chave de acesso 28c95876 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JOSÉ NILSON CARNEIRO ALBUQUERQUE FILHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 21-07-2023 13:30. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
SUBCONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO DE GESTÃO PÚBLICA
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE AQUISIÇÕES

DESPACHO n. 00147/2023/CGAQ/SCGP/CGU/AGU

NUP: 08200.006415/2023-47

INTERESSADOS: MJSP - POLICIA FEDERAL

ASSUNTOS: AQUISIÇÃO

Aprovo o **PARECER n. 00238/2023/CGAQ/SCGP/CGU/AGU**, vinculado a este Despacho.

À consideração da Senhora Diretora de Aquisições, com a sugestão de que, na sequência, os autos sejam encaminhados ao Consultor Jurídico junto à Conjur-MJSP, em conformidade com o art. 11, VI, b, da LC 73, de 93, e art. 5º, §2º, da Portaria Normativa AGU nº 83, de 2023.

Brasília, 21 de julho de 2023.

CAROLINA SARAIVA DE FIGUEIREDO CARDOSO

Advogada da União

Coordenadora-Geral Jurídica de Aquisições

DIAQ/SCGP

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 08200006415202347 e da chave de acesso 28c95876



Documento assinado eletronicamente por CAROLINA SARAIVA DE FIGUEIREDO CARDOSO, 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 1232630381 e chave de acesso 28c95876 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINA SARAIVA DE FIGUEIREDO CARDOSO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 21-07-2023 15:05. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
SUBCONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO DE GESTÃO PÚBLICA
DIRETORIA DE AQUISIÇÕES

DESPACHO n. 00147/2023/DIAQ/SCGP/CGU/AGU

NUP: 08200.006415/2023-47

INTERESSADOS: MJSP - POLICIA FEDERAL

ASSUNTOS: AQUISIÇÃO

1. Aprovo por seus próprios fundamentos fático-jurídicos o **PARECER n. 00238/2023/CGAQ/SCGP/CGU/AGU**, exarado pelo Dr. José Nilson Carneiro Albuquerque Filho, aprovado pelo **DESPACHO n. 00147/2023/CGAQ/SCGP/CGU/AGU**, da lavra da Dra. Carolina Saraiva De Figueiredo Cardoso, Advogada da União, Coordenadora-Geral Jurídica da Diretoria de Aquisições.

2. Ademais, ressalto que o presente processo foi analisado, por esta DIAQ, **de forma excepcional**, uma vez que o objeto do certame não se insere no rol de temas sujeitos à cognição desta equipe consultiva, cujo espectro de atribuições se circunscreve ao exame de matérias **não finalísticas** dos órgãos assessorados, nos termos do art. 5º da Portaria Normativa AGU nº 83, de 2023, **nem tampouco encontra-se incluído nas tratativas realizadas com a gestão da SCGP**.

3. Ante o exposto, solicito ao PROTOCOLO SCGP/CGU/AGU o **encaminhamento dos autos ao Ilmo. Chefe da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e Segurança Pública, para fins de ciência e apreciação conclusiva, nos termos do §2º, do art. 5º, da PORTARIA NORMATIVA AGU Nº 83, de 27 de janeiro de 2023**.

Brasília, 21 de julho de 2023.

(assinado eletronicamente)

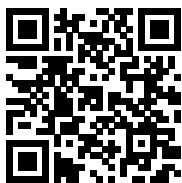
ANDRÉA GARCIA SABIÃO

Advogada da União

Diretora de Aquisições

Subconsultoria-Geral da União de Gestão Pública

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 08200006415202347 e da chave de acesso 28c95876



Documento assinado eletronicamente por ANDRÉA GARCIA SABIÃO, 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 1232680445 e chave de acesso 28c95876 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANDRÉA GARCIA SABIÃO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 21-07-2023 18:39. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
