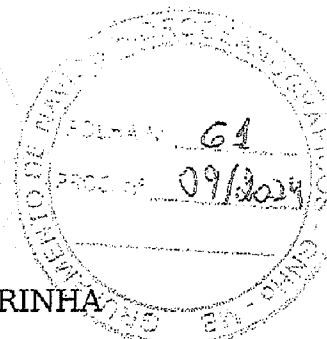




ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA-ADJUNTA JUNTO AO COMANDO DA MARINHA



PARECER n. 00119/2024/CJACM/CGU/AGU

NUP: 63453.000419/2024-39

**INTERESSADO: COMANDO DA MARINHA (OM: GRUPAMENTO DE NAVIOS
HIDROCEANOGRÁFICOS)**

ASSUNTOS: CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

**EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE DE
LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS.**

- Contratação direta por inexigibilidade de licitação, da empresa KVH INDUSTRIES INC, com vistas à prestação do serviço de *comunicação satelital em banda larga KU para antenas Tracphone V-7HTS mini-VSAT, instalada no Navio Oceanográfico "Antares"*.

- Incidência da Lei nº 14.133/2021.

- No exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 11, incisos V e VI, da Lei Complementar nº 73/1993, esta Consultoria Jurídica-Adjunta junto ao Comando da Marinha, no que diz respeito à legalidade, opina pela regularidade do prosseguimento do presente processo administrativo, desde que observadas as recomendações contidas neste Parecer.

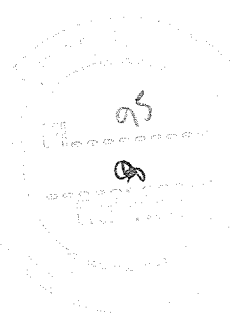
I - RELATÓRIO

1. O GRUPAMENTO DE NAVIOS HIDROCEANOGRÁFICOS (GNHO) encaminha processo administrativo para análise desta Adjunta Naval quanto à viabilidade jurídica da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da empresa KVH INDUSTRIES INC, com vistas à prestação do serviço de *comunicação satelital em banda larga KU para antenas Tracphone V-7HTS mini-VSAT, instalada no Navio Oceanográfico "Antares"*.

2. Pelo que se extrai dos autos, a contratação será executada financeiramente pela Comissão Naval Brasileira em Washington (CNBW), possuindo o custo estimado em US\$ 9.456,00, (nove mil, quatrocentos e cinquenta e seis dólares), de acordo com o documento de Formalização da Demanda (seq. 06, of. 01, fls. 09/10) e o Estudo Técnico Preliminar (seq. 06, of. 01, fls. 11/12).

3. Quanto à instrução processual, releva destacar os seguintes documentos:

- Requisição para abertura de procedimento administrativo (seq. 06, of. 01, fl. 08, pg. 15);
- Formalização da Demanda (seq. 06, of. 01, fls. 09/10, pgs. 17/20);
- Estudo Técnico Preliminar (seq. 06, of. 01, fls. 11/12, pgs. 21/24);
- Mapa de riscos da contratação (seq. 06, of. 01, fls. 13/14, pgs. 25/27);
- Parecer Fundamentado nº 001/2024, do Navio Oceanográfico Antares (seq. 06,

- 
- Declaração de Disponibilidade Orçamentária (seq. 06, of. 02, fl. 32, pg. 23);
 - Declaração de Impacto orçamentário e financeiro (seq. 06, of. 02, fl. 34, pg. 27);
 - Justificativa para substituição da minuta do contrato (seq. 06, of. 02, fl. 35, pg. 29);
 - Regularidade da empresa contratada (seq. 06, of. 02, fl. 36, pg. 31);
 - Termo de Justificativa de Inexigibilidade de Licitação nº 11/2024 (seq. 06, of. 02, fls. 37/38, pgs. 33/35);
 - Minuta do Termo de Referência (seq. 06, of. 02, fls. 39/40, pgs. 37/40 e seq. 06, of. 03, fls. 41/42v, pgs. 01/04);
 - Minuta do Formulário de Ordem de Ativação, em inglês (seq. 06, of. 03, fls. 43/50, pgs. 05/19); e
 - Nota Técnica nº 008/2024 (seq. 06, of. 03, fls. 56/58, pgs. 25/29).

4. Os presentes autos foram encaminhados para análise jurídica desta Consultoria Jurídica-Adjunta, nos termos da alínea "b" do inciso VI do art. 11, da Lei Complementar nº 73, de 1993.

5. É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - DA NECESSIDADE DE TRADUÇÃO DOS DOCUMENTOS REDIGIDOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA.

6. Segundo consta no art. 224 da Lei nº 10.406/2002, Código Civil Brasileiro, "os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País".

7. Veja-se, no ponto, o que o Tribunal de Contas da União entende acerca da matéria:

Acórdão 2203/2015-Plenário:

Os contratos redigidos em língua estrangeira devem ser traduzidos para a língua portuguesa nas hipóteses expressamente previstas em lei, quando houver solicitação nesse sentido por parte dos órgãos de controle, interno ou externo, ou por parte de qualquer interessado que tiver acesso ao contrato com amparo na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).

[...]

Ao tratar da exigência de tradução nos contratos, prevista no art. 224 do Código Civil, aduziu o relator que "a exigência indiscriminada de tradução sem que se preveja qualquer utilização para tanto, terá apenas o efeito de criar um ônus meramente burocrático para as empresas e cidadãos, aumentando os custos da realização de negócios", de forma que a interpretação a ser conferida ao dispositivo legal é no sentido de que "a tradução deve ocorrer quando for prevista uma utilidade para tanto".

Assim, concluiu o relator que, "além das hipóteses previstas expressamente em lei, deveria ser providenciada a tradução quando houver solicitação por parte dos órgãos de controle e por parte de qualquer cidadão, quando da disponibilização de documentos com fulcro na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011)".

O Plenário do Tribunal, pelos motivos expostos pelo relator, acolheu parcialmente os embargos, conferindo a seguinte redação ao acórdão recorrido:

"De acordo com o princípio da publicidade, nos futuros contratos redigidos em língua estrangeira, providencie a tradução do instrumento para a língua portuguesa nas seguintes hipóteses: a) quando houver solicitação nesse sentido efetuada por órgão de controle interno ou externo; b) quando houver solicitação nesse sentido efetuada por interessado que tiver acesso ao contrato com fulcro na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação)."

8. Dessa forma, será objeto de análise somente a documentação que esteja redigida/traduzida para o português, nos termos do art. 224 do Código Civil Brasileiro.

II.2 - DA FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

9. Preliminarmente, fixa-se que a presente análise tem finalidade primordial de abranger os aspectos formais do processo administrativo ora analisado, especialmente relacionados à legalidade e à constitucionalidade do feito, sem incursões no mérito dos atos administrativos até então praticados, nos termos do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União, Enunciado BPC nº 07:

"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."

10. É que a finalidade da atuação consultiva da Advocacia-Geral da União é apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico, à luz do ordenamento pátrio e expertise consultiva acumulada, recomendando eventuais 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, portanto, reforça-se que o exame dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos jurídicos, excluídos, assim, aqueles de natureza técnica ou meramente administrativa, em relação aos quais, parte-se da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração Naval, observados os requisitos legalmente impostos.

11. As recomendações e demais observações contidas neste Parecer não possuem caráter decisório e/ou vinculativo, menos ainda, qualidade de instrumento de auditoria, competindo à autoridade interessada, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, as ponderações apresentadas por este órgão consultivo.

II.3 - DA REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO

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

sequencia cronologica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, contendo, na medida do possível, no máximo, 200 folhas, em conformidade com o Anexo da Portaria Interministerial MJ/MPOG nº 1.677, de 7 de outubro de 2015, no caso de órgãos integrantes do SISG, e Portaria Normativa MD nº 1.243/2006, para os órgãos militares, que também dispõem sobre procedimentos gerais referentes à gestão de processos.

14. Cita-se, ainda, como regulamento desta atividade, os capítulos 36 e 37 da NODAM, SGM-105 (Ostensivo), que tratam, no âmbito interno do Comando da Marinha, dos processos e dos procedimentos gerais para utilização dos serviços de protocolo.

15. Processo em ordem.

II.4 DO FUNDAMENTO JURÍDICO DA CONTRATAÇÃO: LEI Nº 14.133/2021 x PORTARIA Nº 5.175/2021

16. Inicialmente, destaca-se que as contratações realizadas por comissões ou repartições sediadas no exterior, nos termos do art. 1º, §2º, da Lei nº 14.133, de 2021, *"obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesta Lei, na forma de regulamentação específica a ser editada por ministro de Estado"*.

17. Em observância ao disposto no artigo supracitado, foi editada a Portaria GM-MD nº 5.175, de 15 de dezembro de 2021, que entrou em vigor no dia 1º de julho de 2022, e que aprovou as Normas para as Compras no Exterior dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

18. No que tange ao Comando da Marinha, além do Anexo I da Portaria GM-MD nº 5.175/2021, a matéria, no âmbito interno da MB, é tratada pela SGM-202/2020 e por Boletins de Ordens e Notícias (BONOs), que estabelecem normas complementares para a obtenção de materiais e contratação de serviços no Exterior.

19. **Importante ressaltarmos que somente é possível a realização de aquisições no exterior, com a aplicação da Portaria GM-MD nº 5.175, de 15 de dezembro de 2021, nos casos previstos no art. 4º da referida Portaria e quando restar demonstrada, pelos estudos técnicos pertinentes, a necessidade e vantagem dessa medida. Ademais, nesses casos, o contrato tem que ser formalizado por um dos Órgãos de Obtenção no Exterior da Marinha do Brasil, quais sejam, a Comissão Naval Brasileira em Washington ou a Comissão Naval Brasileira na Europa.**

20. Não obstante, consigna-se inexistir óbice para que o contrato seja celebrado em conjunto pelo Órgão de Obtenção no Exterior e pela Organização Militar Solicitante. Do mesmo modo, não existem impedimentos para que a fiscalização e gestão contratual sejam conduzidas pela mesma OM Solicitante.

21. Caso não preenchidos os requisitos mencionados no item 19 supra, a OM Solicitante **deverá utilizar, em sua integralidade, a Lei nº 14.133, de 2021**, a qual rege as contratações realizadas em território brasileiro, ainda que se trate de uma licitação internacional ou uma contratação direta com entidades estrangeiras.

22. **No caso em apreço, levando em consideração os documentos que instruem o feito, é possível presumir que a presente contratação será realizada pela**

própria OM Assessorada (sediada em solo nacional), sendo a Comissão Naval no Exterior apenas a responsável pela execução financeira da contratação.

23. Desta forma, fixa-se que o presente processo administrativo deve ser conduzido e instruído com base na Lei nº 14.133/2021 (Lei Geral de Licitações e Contratos).

II.5 - DA CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

24. A contratação direta pela Administração Pública, sem procedimento licitatório prévio, é exceção ao dever geral previsto na Constituição Federal (art. 37, XXI), somente admissível nas hipóteses taxativamente previstas em lei de competência privativa da União.

25. Já o enquadramento da inexigibilidade de licitação decorrente da constatação da inviabilidade de competição reclama valoração de ordem técnica e de mérito administrativo, a qual foge, por conseguinte, ao âmbito de análise deste órgão jurídico, nos termos preceituados pelo Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Consultoria Geral da União, que possui o seguinte teor: *"O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade"*.

26. *In casu*, a OM Assessorada pretende celebrar a presente contratação direta com esteio no art. 74, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, de acordo com os seguintes fundamentos (seq. 06, of. 02, fls. 37/38):

2. CARACTERIZAÇÃO DA SITUAÇÃO QUE JUSTIFICA A INEXIGIBILIDADE

(...)

2.4. Finalmente, conclui-se que, devido à exclusividade da KVH Industries, Inc. **como única fornecedora desse tipo de serviço** para o referido equipamento e a inexistência de empresa autorizada ou filial prestadora deste tipo de serviço em território brasileiro, fica ajustada a escolha desta empresa como operadora do plano que viabilizaria a comunicação e transferência de dados por meio da Antena Estabilizada de Banda Ku Tracphone V7-HTS miniVSAT, através da realização do processo de aquisição no exterior para assinatura e prestação do serviço.

3. RAZÃO DE ESCOLHA DA CONTRATADA

3.1 Foi escolhida como empresa fornecedora do serviço de comunicação satelital (dados e voz) a KVH Industries Inc., **em razão de sua exclusividade na prestação do serviço de comunicação satelital** em banda Ku TracPhone V7-HTS mini-VSAT, CODEQ N520800080682. Tal serviço é denominado Plano "AirTime", incluindo assistência técnica e apoio à manutenção oferecidas pela empresa. O equipamento/antena que permitirá o acesso a internet e telefonia no mar já se encontra instalado a bordo, após ter sido recebido, via Diretoria Geral de Navegação (DGN), em março de 2022.

27. A exclusividade no fornecimento do serviço ora contratado é afirmada na declaração emitida pela KVH Industries; conforme tradução livre apresentada no seq. 06, of. 01, fl. 16:

"Esta carta tem como propósito descrever a arquitetura da antena VSAT KVH e dos serviços Airtime associados à aquela antena. A KVH produz

Ademais, a AgilePlans by KVH é um serviço oferecido apenas pela KVH no qual o hardware e franquias utilizadas são agrupadas em uma única cobrança mensal. Devido à arquitetura fechada de nossos produtos, a KVH é a única provedora capaz de oferecer este tipo de solução."

28. Assim sendo, pelo que se tem nos autos, resta demonstrada, em tese, a possibilidade da presente contratação direta, fundamentada no art. 74, inciso I, da Lei nº 14.133/2021 (fornecedor exclusivo).

II.6 - DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL - EXIGÊNCIAS IMPOSTAS PELA LEI Nº 14.133, DE 2021

29. Nos termos do art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021, 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.

Do Termo de Formalização de Demanda

30. O Termo de Formalização de Demanda, representa o início do planejamento da contratação pretendida, traduzindo-se em um documento em que serão apresentadas, dentre outras, as justificativas relacionadas à necessidade da contratação. Verifica-se que o Documento de Formalização de Demanda consta nos autos no seq. 06, of. 01, fls. 09/10.

Estimativa do Preço e Justificativa do valor da contratação

31. No que se refere à justificativa do preço da contratação, cabe à Administração demonstrar a conformidade do mesmo com o valor praticado no mercado. Para tanto, deverá-se aferir o valor praticado em contratações similares. Trata-se de uma condição indispensável para assegurar a adequação e a vantagem da contratação.

32. O fato da contratação decorrer de inexigibilidade de licitação não constitui razão para afastar esse dever. Nas contratações por inexigibilidade de licitação, o inciso VII do art. 72 da Lei nº 14.133/2021, impõe a instrução do processo administrativo de contratação direta com a justificativa de preço.

33. Sabe-se que a demonstração da adequação do preço praticado assume

contornos mais complexos quando se está diante da ausência de competição, uma vez que, nesse caso, não há a possibilidade de redução de preços pela disputa entre interessados. Portanto, nessas situações, a justificativa do preço requer a demonstração de sua adequação, levando em conta os valores praticados pelo contratado em outros contratos por ele mantidos. Desse modo, permite-se demonstrar que a condição de exclusividade não servirá para distorcer o preço praticado. Significa dizer: o valor cobrado da Administração contratante é equivalente ao praticado pelo contratado em ajustes firmados com outros contratantes.

34. Exatamente nesse sentido se forma a Orientação Normativa nº 17/2009 da AGU, fixando 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"*.

35. Com efeito, entendemos que a justificativa de preço nas contratações por inexigibilidade de licitação demandam a demonstração de equivalência do valor a ser cobrado da Administração com os valores praticados pela contratada em outros ajustes que contemplem o mesmo objeto ou objeto similar.

36. **Recomendamos, ainda, que o órgão consultante analise cautelosamente os valores apresentados como proposta comercial, a fim de prevenir e evitar sobrepreço, o que desencadearia sérios danos ao erário.**

37. A **justificativa de preços** deve estar lastreada em estimativa de preços (pesquisa de preços). A Lei nº 14.133/2021 assim estabelece a respeito da estimativa de preços em inexigibilidade de licitação:

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.

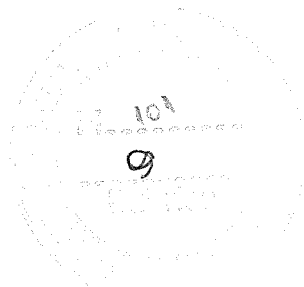
§ 1º No processo licitatório para **aquisição de bens e contratação de serviços em geral**, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

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.



§ 4º Nas contratações diretas por ***inexigibilidade*** ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, ***o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.***

38. A INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 65, DE 7 DE JULHO DE 2021, tendo em vista o disposto no § 1º do art. 23 da Lei nº 14.133/2021, assim estabelece acerca da **estimativa de preços**:

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

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do iter correspondente nos sistemas oficiais de governo, como Painel de Preços ou banco de preços em saúde, observado o índice de atualização de preços correspondente;

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 - 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 atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital, contendo a data e a hora de acesso;

IV - pesquisa direta com, no mínimo, 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, por meio de ofício ou e-mail, 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; ou

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, desde que a data das notas fiscais esteja compreendida no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do edital, conforme disposto no Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

§ 1º Deverão ser priorizados os parâmetros estabelecidos nos incisos I e II, devendo, em caso de impossibilidade, apresentar justificativa nos autos.

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

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

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

a) descrição do objeto, valor unitário e total;

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

c) endereços físico e eletrônico e telefone de contato;

d) data de emissão; e

e) nome completo e identificação do responsável.

III - informação aos fornecedores das características da contratação contidas no art. 4º, com vistas à melhor caracterização das condições comerciais praticadas para o objeto a ser contratado; e

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

§ 3º Excepcionalmente, será admitido o preço estimado com base em orçamento fora do prazo estipulado no inciso II do caput, desde que devidamente justificado nos autos pelo agente responsável e observado o índice de atualização de preços correspondente.

[...]

Art. 7º Nas contratações diretas por **inexigibilidade** ou por dispensa de licitação, **aplica-se o disposto no art. 5º.**

§ 1º Quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida no art. 5º, a justificativa de preços será dada com base em valores de contratações de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

§ 2º Excepcionalmente, caso a futura contratada não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço de que trata o parágrafo anterior poderá ser realizada com objetos semelhantes de mesma natureza, devendo apresentar especificações técnicas que demonstrem similaridade com o objeto pretendido.

§ 3º Fica vedada a contratação direta por **inexigibilidade** caso a justificativa de preços demonstre a possibilidade de competição.

39. No caso dos autos, a OM Assessorada, no item 5 do Termo de Justificativa de Inexigibilidade de Licitação nº 11/2024 (seq. 06, of. 02, fls. 37/38), informou que:

5. JUSTIFICATIVA DO PREÇO:

5.1 O formulário de Ativação e Ordem de Serviço, preenchido pelo Navio, padroniza os preços para cada tipo de plano contratado. Ressalta-se que esse formulário é o único instrumento para a contratação de planos de comunicação com a empresa KVH Industries, Inc.

40. De modo similar, consta no Estudo Técnico Preliminar o seguinte esclarecimento (seq. 06, of. 01, fls. 11/12):

8. ESTIMATIVA DO VALOR DA CONTRATAÇÃO

8.2 O valor estimado da contratação é U\$ 9.465,00.

8.2 O valor estimado encontra-se compatível com o praticado no mercado pela empresa contratada tendo em vista a exclusividade para execução do objeto, após verificação de serviços equivalentes realizados pela mesma, definidos em contrato padronizado para utilização do serviço (Formulário de Ativação).

41. Não obstante, tendo em vista que o Comando da Marinha possui diversos contratos com a empresa KVH, recomendamos que a OM Assessorada ateste nos

Do Estudo Preliminar/Termo de Referência/ Análise de Riscos

42. ¹⁰³ O Estudo Técnico Preliminar é o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução, dando base ao termo de referência a ser elaborado caso se conclua pela viabilidade da contratação.

43. Por outro lado, conforme consta no § 2º do art. 18 da Lei nº 14.133/2021, " 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".

44. O art. 72, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, dispõe que o processo de contratação direta, que compreenda os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com documento de formalização de demanda e, "se for o caso", de estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo.

45. Assim, no caso dos autos, aplica-se o quanto disposto na INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES 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.

46. Desta forma, o inciso I do art. 14 da mencionada Instrução Normativa dispõe que a elaboração do ETP é facultada nas hipóteses dos incisos I, II, VII e VIII do art. 75 e do § 7º do art. 90 da Lei nº 14.133, de 2021.

47. No caso dos autos, o Estudo Técnico Preliminar da contratação consta no seq. 06, of. 01, fls. 11/12.

48. Por outro lado, 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.

49.

50. Nestes termos, o art. 11 da mencionada IN afirma que "a elaboração do TR é dispensada na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, nas adesões a atas de registro de preços e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos", o que não é o caso dos autos.

51. Deste modo, o Termo de Referência da contratação foi acostado aos autos no seq. 06, of. 02, fls. 39/40, e seq. 06, of. 03, fls. 41/42v, pgs. 01/04.

52. Por fim, devemos destacar que a Análise de risco é o conjunto de ações para identificação dos principais riscos que permeiam o processo de contratação e das ações para controle, prevenção e mitigação dos impactos. Toda licitação tem riscos que são inerentes ao próprio procedimento licitatório ou por força das características do objeto a ser adquirido, em todas as suas etapas. O referido instrumento visa modernizar as contratações e permitir que antes de ser realizado um gasto público, haja uma avaliação das principais ocorrências verificadas no passado, as quais podem advir novamente, bem como das medidas que podem mitigar essas ocorrências e dos responsáveis por sua implementação.

53. A Análise de Risco busca, portanto, proporcionar uma análise objetiva e

mensurável do objeto em todas as fases do procedimento da contratação, para permitir ao gestor o controle de eventuais situações que possam impedir ou interferir o alcance pretendido com a contratação do serviço.

54. Quanto ao processo em exame, verifica-se que o Mapa de Riscos foi acostado no seq. 06, of. 01, fls. 13/14.

Autorização da autoridade competente

55. A autorização da autoridade competente para a abertura do presente processo administrativo decorre de exigência legal, nos termos do art. 72, VIII, da Lei nº 14.133/2021.

56. Verifica-se a juntada do Ato de Autorização no seq. 06, of. 01, fl. 08, pg. 15.

Justificativa da contratação direta

57. Quanto à justificativa da contratação, não cabe ao órgão de assessoramento adentrar no mérito (oportunidade e conveniência) das opções do Administrador, exceto em caso de afronta a preceitos legais.

58. Tendo em vista que as contratações diretas por inexigibilidade de licitação se apresentam como medidas excepcionais, mostra-se ainda mais relevante a apresentação por parte da Administração de fundamentos claros e inquestionáveis capazes de demonstrar a inviabilidade de competição. Nesse sentido, é o entendimento de Marçal Justen Filho:

Há necessidade de motivação do ato decisório da Administração no tocante tanto à presença dos pressupostos para a contratação direta quanto ao conteúdo da contratação propriamente dita. Ao optar por um determinado sujeito, excluindo a contratação de terceiros, deve-se indicar os fundamentos da decisão. Em todos os casos, atribuição de competência discricionária não se confunde com liberação de motivação nem autoriza prevalência de motivos meramente subjetivos. Aliás, muito ao contrário, a competência discricionária demanda justificativas muito mais exaustivas e minuciosas do que a prática de ato vinculado. [Comentários à lei de licitações e contratos administrativos - 17.ed. rev. atual. e ampl. - Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág 625].

59. No caso dos autos, a justificativa para a contratação foi apresentada no item 1 do Documento de Formalização da Demanda (seq. 06, of. 01, fls. 09/10).

Regularidade Perante o Poder Público

60. Partindo-se da premissa que a contratada será a KVH INDUSTRIES INC, com sede no exterior, não há que se falar em levantamento de certidões e declarações comumente exigidas das entidades sediadas no Brasil. O que, por outro lado, não significa a inexistência de condições de habilitação, as quais devem necessariamente constar de previsão contratual ou mencionadas em eventuais instrumentos substitutivos ao contrato. Desta forma, vejamos o disposto no inciso V do art. 72 da Lei nº 14.133/2021.

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:

61. Nesse aspecto, recomenda-se a observância dos preceitos previstos no inciso V do art. 72 da Lei nº 14.133/2021 c/c parte final do inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Previsão de recursos orçamentários

62. A declaração de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal, com fulcro no artigo 10, IX da Lei 8.429, de 1992. Cabe também alertar que a Administração Naval deve juntar aos autos **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).

63. Nesta contratação, a declaração de disponibilidade orçamentária foi juntada no seq. 06, of. 02, fl. 32, enquanto que a declaração sobre a adequação orçamentária e financeira consta no seq. 06, of. 02, fl. 34.

Do pagamento em moeda estrangeira

64. Importante destacar que a Lei nº 14.133, de 2021, em seu art. 52, §1º, autoriza em licitações internacionais a cotação do preço em moeda estrangeira. Nada obstante não se trate de uma contratação internacional e sim de uma contratação no exterior, por compatibilidade lógica, o referido dispositivo, também, deve ser aplicado a presente contratação.

65. Ademais, o presente contrato será celebrado no exterior o que, por si só, já seria suficiente para permitir a previsão de pagamento em moeda estrangeira.

66. Assim, o caso em análise se enquadra na exceção prevista no art. 13, inciso II da Lei nº 14.286/2021, que excepciona da vedação a fixação do pagamento em moeda estrangeira nas obrigações cujo credor seja pessoa residente no exterior, senão vejamos:

Art. 13. A estipulação de pagamento em moeda estrangeira de obrigações exequíveis no território nacional é admitida nas seguintes situações:

I - nos contratos e nos títulos referentes ao comércio exterior de bens e serviços, ao seu financiamento e às suas garantias;

II - nas obrigações cujo credor ou devedor seja não residente, incluídas as decorrentes de operações de crédito ou de arrendamento mercantil, exceto nos contratos de locação de imóveis situados no território nacional;

III - nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre residentes, com base em captação de recursos provenientes do exterior;

IV - na cessão, na transferência, na delegação, na assunção ou na modificação das obrigações referidas nos incisos I, II e III do caput deste artigo, inclusive se as partes envolvidas forem residentes;

V - na compra e venda de moeda estrangeira; VI - na exportação indireta de que trata a Lei nº 9.529, de 10 de dezembro de 1997;

VII - nos contratos celebrados por exportadores em que a contraparte seja concessionária, permissionária, autorizatória ou arrendatária nos setores

de infraestrutura;

VIII - nas situações previstas na regulamentação editada pelo Conselho Monetário Nacional, quando a estipulação em moeda estrangeira puder mitigar o risco cambial ou ampliar a eficiência do negócio;

IX - em outras situações previstas na legislação.

Parágrafo único. A estipulação de **pagamento em moeda estrangeira** feita **em desacordo** com o disposto neste artigo é nula de pleno direito.

67. |Nestes termos, não há óbice para a previsão do pagamento em moeda estrangeira.

II.7 DA MINUTA DE CONTRATO OU SUA SUBSTITUIÇÃO POR INSTRUMENTO EQUIVALENTE

68. No tocante à minuta de contrato, cumpre destacar o quanto disposto no art. 95 da Lei nº 14.133, de 2021, *in verbis*:

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I - dispensa de licitação em razão de valor;

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

69. Por outro lado o art. 92 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que os contratos administrativos deverão conter as seguintes cláusulas obrigatórias:

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;

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.

70. Nesta pretensa contratação, a OM Assessorada deixou de acostar aos autos a minuta de contrato, conforme fundamentos apresentados no seq. 06, of. 02, fl. 35:

(...)

O objeto do presente TJIL versa sobre serviço de comunicação satelital, portanto, atividade essencial e contratada por meio de instrumento standardizado, "de adesão", ou cativo de longa duração, em que há dependência do consumidor e é regido predominantemente pelas regras do direito privado, "não cabendo à Administração alterar qualquer de suas cláusulas" (Parecer nº 05/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU; e Decisão nº 537/1999, Plenário do TCU).

No caso em lide, o instrumento contratual será o Formulário de Ordem de Ativação da empresa KVH Industries Inc., onde se buscou cotejar, no que coube, as cláusulas do art. 92 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

Observadas as peculiaridades locais, as cláusulas do Formulário de Ordem de Ativação da empresa atendem aos interesses da Marinha do Brasil, sem prejuízo da segurança jurídica, eficiência e eficácia do contrato.

(...)

71. Ocorre, no entanto, que a minuta do Formulário de Ordem de Ativação, acostada no seq. 06, of. 03, fls. 43/50, encontra-se redigida em inglês o que, conforme já referido no item 8 desta manifestação, impede a análise por parte deste órgão de assessoramento jurídico.

III - CONCLUSÃO

72. Diante do exposto, e no exercício das disposições dos incisos V e VI do art. 11, da Lei Complementar nº 73, de 1993, excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, opinamos pela regularidade do prosseguimento do presente processo administrativo, **desde que observadas as recomendações contidas nos itens 36, 41, 61 e 71 desta manifestação.**

73. Por fim, somente após o acatamento das recomendações emitidas ao longo do parecer, ou após seu afastamento, de forma motivada, consoante previsão do art. 50, VII, da Lei de Processo Administrativo, será possível dar-se o prosseguimento do processo, nos seus demais termos, sem necessidade de nova manifestação desta Consultoria Jurídica-Adjunta. 01/03/2024

74. 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 US\$ 9.456,00, (nove mil, quatrocentos e cinquenta e seis dólares). 108

Brasília, 09 de maio de 2024.

SILVIO THEORGA FILHO
ADVOGADO DA UNIÃO
COORDENADOR DE LICITAÇÕES, CONTRATOS
E INSTRUMENTOS CONGÊNERES
CJACM/CGU/AGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 63453000419202439 e da chave de acesso edf0398f

Documento assinado eletronicamente por SILVIO THEORGA 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 1485489115 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): SILVIO THEORGA FILHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-05-2024 17:10. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

EM BRANCO