



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA ADJUNTA AO COMANDO DO EXÉRCITO
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER REFERENCIAL n. 00002/2023/CONJUR-EB/CGU/AGU

NUP: 00687.000220/2023-66

INTERESSADOS: CONSULTORIA JURÍDICA ADJUNTA AO COMANDO DO EXÉRCITO - CONJUR-EB

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE QUE TENHA POR OBJETO CURSOS, ABERTOS OU FECHADOS, SEMINÁRIOS E PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÕES

EMENTA: MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INSCRIÇÃO EM CURSOS, ABERTOS OU FECHADOS, SEMINÁRIOS E PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÕES LATO E STRICTO SENSU (ESPECIALIZAÇÕES, APERFEIÇOAMENTOS, MBA, MESTRADOS, DOUTORADOS ETC.) REALIZADOS EM TERRITÓRIO NACIONAL.

I – Trata-se de manifestação jurídica referencial nos termos da Orientação Normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014 e Portaria Normativa CGU nº 05/2022.

II - Possibilidade de contratação com fundamento no art. 74, inciso III, alínea 'f' da lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, de instituições privadas para capacitação de militares e servidores, condicionada ao atendimento dos requisitos e demais formalidades explicitados na presente manifestação jurídica referencial.

III - Torna sem validade o Parecer Referencial nº 10/2020/CONJUR-EB/CGU/AGU.

Excelentíssima Senhora Consultora Jurídica,

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de manifestação jurídica referencial a ser encaminhada aos órgãos assessorados por esta Consultoria Jurídica junto ao Exército Brasileiro (CONJUR-EB), para fins de utilização nos moldes previstos na Orientação Normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014.

2. **O objeto da presente manifestação é a contratação direta de capacitação de militares e servidores civis vinculados às OMs assessoradas por esta CONJUR-EB, mediante inscrição cursos, abertos ou fechados, seminários e programas de pós-graduações lato e stricto sensu (especializações, aperfeiçoamentos, MBA, mestrados, doutorados etc.) realizados em território nacional com fundamento no art. 74, inciso III, alínea 'f' da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.**

II - DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

3. A admissibilidade da realização de manifestação jurídica referencial vem indicada na Orientação Normativa AGU nº 55, bem como da Portaria Normativa CGU/AGU nº 05, de 31 de março de 2022, que disciplina a utilização de Manifestação Jurídica Referencial (MJR) e institui e disciplina a Informação Jurídica Referencial.

4. Em razão do forte programa de capacitação do Comando do Exército, são recorrentes os procedimentos autuados com a finalidade de contratar, por inexigibilidade de licitação, a inscrição de militares e de servidores civis em cursos, abertos ou fechados, seminários e programas de pós-graduações *lato e stricto sensu* (especializações, aperfeiçoamentos, MBA, mestrados, doutorados *etc.*).

5. **Com a promulgação da Lei nº 14.133, de 2021, surge a necessidade de emitir um novo Parecer Referencial sobre o assunto, o qual irá abordar, sob a ótica do novo diploma, todas as questões jurídicas que devem ser observadas nesta contratação, de forma abstrata, dando assim maior celeridade aos processos dessa natureza, os quais, como dito, tem grande importância no âmbito da Força em razão do forte Programa de Capacitação do Comando do Exército.**

6. Fica sem efeito, portanto, o Parecer Referencial nº 10/2020/CONJUR-EB/CGU/AGU que tratava do tema sob a égide da Lei nº 8.666, de 1993.

7. Por conseguinte, deverá a própria Organização Militar interessada na contratação indicada juntar cópia da presente manifestação jurídica referencial, nos respectivos processos administrativos autuados para fins de contratação de capacitação e **certificar o atendimento das exigências legais pertinentes a espécie**, para que se mantenha a segurança jurídica dos Gestores deste Comando.

8. Por fim, considerando a reiterada solicitação de revisão da manifestação jurídica referencial acima referida e o encaminhamento de processos administrativos baseados na nova Lei de Licitações e Contratos, bem como o fato de que os respectivos processos administrativos autorizam a realização de análise jurídica padronizada na forma do art. 3º da Portaria Normativa CGU/AGU nº 05, de 2022, tem-se por mantidos os requisitos iniciais que informaram originalmente a sua elaboração, atualizando-se tão somente pelo início da vigência da Lei nº 14.133, de 2021.

III - DA FORMALIZAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

9. No tocante à instrução processual, os autos devem atender às regras disciplinadoras da formação dos processos administrativos, consoante previsão insculpida na chamada “Lei do Processo Administrativo” (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

10. De se destacar que, no âmbito do Poder Executivo federal, os processos administrativos em suporte físico (papel) ou eletrônico estão ainda subordinados às regras específicas de formação indicadas na Portaria Interministerial nº 1.677, de 07 de outubro de 2015, do Ministro da Justiça e do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão (DOU 08.10.2015 – Seção 1).

11. Considerando que o Comando do Exército ainda não possui implantado o processo eletrônico de que trata o Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015, a autuação dos processos administrativos devem ser efetivadas em meio físico, atendendo as orientações da Portaria Normativa nº 1.243, de 2006.

12. Desta forma, os documentos destinados à contratação direta versada nesta manifestação deverão estar autuados na ordem cronológica de sua produção, com todas as folhas numeradas, abrindo-se novos volumes quando alcançadas aproximadamente 200 folhas, com termos de abertura de encerramento de cada volume, se for o caso.

IV - DO OBJETO

13. Consoante anteriormente dito, a presente manifestação destina-se às contratações por inexigibilidade de licitação, sob a responsabilidade dos Gestores/Ordenadores de Despesa sediados no Distrito Federal, de empresas prestadoras dos serviços de capacitação, para inscrição de militares e servidores civis do Comando do Exército **em cursos, abertos ou fechados, seminários e programas de pós-graduações lato e stricto sensu (especializações, aperfeiçoamentos, MBA, mestrados, doutorados etc.) realizados em território nacional.** Destaque-se, por oportuno, que este parecer referencial **não se aplica a contratação de curso pela Comissão do Exército Brasileiro em Washington (CEBW) a serem realizados no exterior.**

14. Como é sabido, a regra constitucional para as contratações públicas de bens e serviços é a realização de licitações, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Por outro lado, o próprio dispositivo constitucional autorizou que a legislação prevísse hipóteses de exceção à regra geral, tendo a Lei nº 14.133, de 2021, expressamente regulamentado as situações de dispensa e inexigibilidade de licitação nos artigos 72 a 75.

15. Nesse sentido, verifica-se que o art. 74, III, f, da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), previu expressamente ser inexigível a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização destinados ao treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, senão vejamos:

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

(...)

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:

(...)

f) **treinamento e aperfeiçoamento de pessoal**;

(...)

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, **considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.**

§ 4º Para contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade. (grifo nosso)

16. **Assim, desde que comprovado pelo órgão assessorado a natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, nos termos do §3º, acima transcrito, a contratação de curso para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal deverá se dar por inexigibilidade de licitação.**

17. **Tal entendimento, entretanto, não se aplica às situações de contratações de cursos padronizados e ordinários ofertados por grande parte do mercado de capacitação, a exemplo de cursos básicos de informática e inglês, os quais devem ser licitados.**

IV - INSTRUÇÃO DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA

18. Deverá constar no processo todos os elementos exigidos pela Lei nº 14.133, de 2021, os quais, estão previstos no art. 72, do mencionado diploma legal, senão vejamos:

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.

19. A leitura do dispositivo acima, à luz das características do caso concreto, revela que o processo para contratação direta de curso por inexigibilidade, objeto deste parecer referencial, deve conter os seguintes documentos:

- a) Documento de Formalização da Demanda e Estudo Técnico Preliminar;
- b) Análise de Riscos;
- c) Termo de Referência;
- d) Estimativa da Despesa e justificativa do preço;
- e) Parecer jurídico e parecer técnico, se for o caso;
- f) Comprovação de recursos orçamentários;
- g) Comprovação de cumprimento dos requisitos de habilitação e qualificação mínima;
- h) Razão da escolha do contratado; e
- i) Autorização da autoridade competente.

20. Passa-se a tratar de cada um dos elementos acima elencados.

a) Do Documento de Formalização de Demanda e do Estudo Técnico Preliminar

21. No que pertine a exigência legal de Documento de Formalização da Demanda, o gestor deverá se valer do modelo constante no Anexo II, da IN nº 05/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, cuja aplicação foi autorizada pela IN SEGES/ME nº 98, de 26 de dezembro de 2022, no que couber, para a realização dos processos de licitação e de contratação direta de serviços de que dispõe a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

22. O Estudo Técnico Preliminar – ETP da contratação, por seu turno, deve conter, de forma fundamentada, a descrição da necessidade da contratação, com especial atenção à demonstração do interesse público envolvido. Também é preciso que sejam abordadas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação.

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

Art. 18. (...)

§ 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.

24. **É certo que o ETP deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII, acima, 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 inciso XII, o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis/AGU apresenta diversas orientações jurídicas, a serem consultadas e observadas sempre que incidentes ao caso concreto.**

25. Além das exigências da Lei n. 14.133, de 2021, 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.

26. **Ressalte-se, ainda que a elaboração do ETP, neste caso, é obrigatória, uma vez que não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 14, da IN nº 58, de 2022.**

27. **Recomenda-se que os servidores da área técnica e requisitante ou a equipe de planejamento da contratação elabore(em) o estudo técnico preliminar, contendo as previsões necessárias relacionadas no art. 18, §1º, da Lei nº 14.133, de 2021.**

b) Análise de Risco

28. O art. 72, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021, estabelece que o processo de contratação direta deverá contemplar a análise dos riscos.

29. **No Portal de Compras do Governo Federal consta tópico especialmente dedicado à Identificação e Avaliação de Riscos, que oferece orientações elaboradas base nas premissas estabelecidas pela Lei nº 14.133, de 2021. Recomenda-se que tais orientações sejam incorporadas ao planejamento desta contratação.**

30. Além disso, a Administração deve se atentar para a possibilidade de inserir no contrato tópico destinado à Matriz de Riscos (art. 6º, inciso 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. Em caso de dúvidas, esta unidade jurídica poderá ser consultada.

c) Termo de Referência

31. De pronto, deve-se destacar que para a **contratação de serviços**, que não sejam de engenharia, como é o caso dos cursos contratados, **a legislação determina que a Administração elabore Termo de Referência (e não Projeto Básico)**.

32. O Termo de Referência deve contemplar as exigências do artigo 6º, XXIII, da Lei nº 14.133, de 2022:

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;

33. Especificamente em relação aos serviços, também devem ser observadas as exigências do art. 47 da Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 47. As licitações de serviços atenderão aos princípios:

- I - da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;
- II - do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso.

§ 1º Na aplicação do princípio do parcelamento deverão ser considerados:

- I - a responsabilidade técnica;
- II - o custo para a Administração de vários contratos frente às vantagens da redução de custos, com divisão do objeto em itens;

34. 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.

35. **Neste particular, recomenda-se ao órgão assessorado que utilize, quando da elaboração do TR, do modelo de minuta padrão fornecido pela Advocacia Geral da União para contratação direta de serviço <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoescontratos/114133_termo_de_referencia_contratacao_direta_servicos.docx>.**

d) Estimativa da Despesa e justificativa do preço

36. Assim, nos casos direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, deve-se observar o quanto definido no artigo 23 da Lei nº 14.133, de 2021, para fins de obtenção do orçamento estimado da contratação:

Art. 23. (...)

(...)

§ 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.

37. Além das regras legais, também devem ser observadas as normas da Instrução Normativa SEGES/ME nº 65, de 7 de julho de 2021, 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, bem como informa, no art. 7º as seguintes considerações:

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.

(...)

38. A IN estabelece também **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 conterá, 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.

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

40. **A comparação dos preços deve ser apresentada de modo claro, indicando sempre que possível a unidade de medida utilizada para melhor justificativa do custo. Cumpre destacar que os contratos decorrentes de afastamento de licitação costumam ser vistos com maior rigor pelos órgãos de controle, motivo pelo qual é recomendável que a Administração reúna todos os elementos ao seu alcance para demonstração da razoabilidade dos preços, visando afastar eventuais questionamentos apontando para superfaturamento.**

e) Parecer jurídico e parecer técnico

41. A Lei ainda exige a presença de parecer jurídico e técnico, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos.

42. Tal requisito restará cumprido quando o órgão assessorado declarar que observou as recomendações deste Parecer Referencial, devendo ainda juntá-lo aos autos do processo.

f) Comprovação de recursos orçamentários

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

44. 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 artigo 10, inciso 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. (grifou-se)

45. 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.

46. 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".

47. **Isto posto, deve a Administração acostar aos autos declaração de adequação orçamentária, indicando os recursos que farão frente a despesa realizada, e analisar, diante do caso concreto a aplicabilidade da ON nº52 da AGU, supra transcrita.**

g) Comprovação de cumprimento dos requisitos de habilitação e qualificação mínima

48. De acordo com o art. 62, da Lei nº 14.133, de 2021, a habilitação, que visa demonstrar a capacidade do particular em realizar o objeto do contrato, divide-se em quatro tipos: a) jurídica; b) técnica; c) fiscal, social e trabalhista; e d) econômico-financeira.

49. **O art. 67, § 9º, da Nova Lei de Licitações, deixa antever que a qualificação técnica poderá ou não ser exigida pela Administração, contudo, tendo em vista o objeto deste parecer referencial, qual seja, a contratação de cursos que tem como pressuposto a notória especialização do particular, esta pode ser dispensada, já que a escolha da contratada teria insita em si a observância desta qualificação ^[1].**

50. **O entendimento acima também se aplica a qualificação econômica-financeira. A AGU, inclusive, tem defendido, conforme, se depreende da Nota Explicativa^[2] constante no seu modelo de minuta padrão para contratação direta de serviço, que na contratação direta a capacidade do particular em cumprir o objeto já teria sido observada pela Administração quando da escolha do particular que será contratado.**

51. Isto posto, trazemos a colação as disposições que tratam sobre as outras qualificações, *in verbis*:

Art. 66. A **habilitação jurídica** visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada.

Art. 68. **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.

§ 1º **Os documentos referidos nos incisos do caput deste artigo poderão ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico.**

§ 2º **A comprovação de atendimento do disposto nos incisos III, IV e V do caput deste artigo deverá ser feita na forma da legislação específica.**

52. No que tange à regularidade fiscal, social e trabalhista, tanto a doutrina como a jurisprudência do TCU são uníssonas no sentido de que, mesmo nos casos de contratação direta, devem ser exigidas a comprovação de regularidade junto à Fazenda e a Dívida Ativa da União, o INSS e o FGTS. Além disso, com o advento da Lei nº 12.440, de 2011, sobreveio também a necessidade de comprovação de regularidade trabalhista, mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT.

53. **Cabe ao administrador, pois, zelar pela efetiva validade dessas certidões na ocasião da contratação.**

54. **Recomenda-se ao gestor comprovar ou justificar eventual ausência do cumprimento, por parte da contratada, de exigências de habilitação jurídica e/ou de regularidade fiscal e trabalhista e/ou de qualificação técnica e/ou econômico-financeira estabelecidas, bem como a ausência do cumprimento da exigência de inexistência de impedimentos para contratar com o Poder Público**

h) Razão da escolha do contratado

55. Quanto à razão da escolha do contratado, ela se confunde com o próprio fundamento da inexigibilidade de licitação, qual seja, a contratação direta de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual com profissionais e empresas de notória especialização para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, devendo o órgão assessorado demonstrar nos autos a notória especialização prevista no §3º do art. 74, da Lei nº 14.133, de 2021.

56. Outrossim, a Administração deve atentar para a determinação legal que veda, nesses casos, a subcontratação de empresa ou profissionais distintos daqueles que justificaram a contratação direta, nos termos do §4º do art. 74, da Lei nº 14.133, de 2021.

i) Autorização da autoridade competente

57. Uma vez juntada aos autos a documentação instrutória da contratação direta prevista no art. 72 Lei nº 14.133, de 2021, isto é, estando o feito devidamente instruído, é tempo de se providenciar a autorização da autoridade competente:

"A autoridade competente, instruído todo o feito, irá decidir, ao final, se há alguma irregularidade a demandar saneamento ou anulação, se há qualquer razão para revogação por conveniência e oportunidade e, caso contrário, em ambos os casos, procederá à autorização da contratação".

(SALES, Hugo. Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei 14.133/21 - Comentada por Advogados Públicos / Organizador Leandro Sarai - São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, p. 873)

58. Vale registrar que sob a égide da Lei nº 14.133/21 basta uma única autorização, já que, diferentemente do regime jurídico da Lei n. 8.666/93 que previa a necessidade dos dois atos - reconhecimento e ratificação -, o novel diploma legal trouxe disposição diversa.

59. Por fim, recomenda-se seja o ato de autorização da contratação direta disponibilizado em sítio eletrônico oficial (Portal Nacional de Contratações Públicas), nos termos do art. 6º, LII; 174, I e § 2º, III, todos da Lei nº 14.133, de 2021.

j) Termo de contrato

60. O art. 62, da Lei nº 8.666, de 1993, permitia a substituição do instrumento de contrato em razão do valor, ainda que a contratação se desse por dispensa ou inexigibilidade.

61. Por outro lado, a Lei nº 14.133, de 2021, não repetiu tal disposição tendo limitado as substituições do termo de contrato por outro instrumento hábil apenas em duas situações, a saber:

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.

§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei.

§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). **(Vide Decreto nº 11.317, de 2022)**

62. Este Parecer Referencial não trata sobre contratação direta por dispensa em razão do valor, nem tem por objeto a compra de bens, únicas situações que autorizam, em princípio, a substituição do Termo de Contrato por outro instrumento hábil.

63. **Feito este esclarecimento as contratações que tenham por objeto a inscrição em em cursos, abertos ou fechados, seminários e programas de pós-graduações *lato e stricto sensu* (especializações, aperfeiçoamentos, MBA, mestrados, doutorados *etc.*) realizados em território nacional, devem se valer do Termo de Contrato como instrumento hábil a formalizar o ajuste.**

64. **Para tanto, a Administração deverá se valer do modelo de minuta padrão fornecido pela AGU para contratação direta de serviço sem mão de obra exclusiva <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoescontratos/114133_contrato_contratacao_direta_servicos.docx>.**

l) Avaliação de conformidade legal.

65. 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 administração de materiais, obras e serviços, 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.

66. Desse modo, é preciso que a fase de planejamento da contratação esteja alinhada às iniciativas mais atualizadas dos órgãos que detêm competências regulamentares.

67. Nesse sentido, um instrumento importante para auxiliar a checagem desse alinhamento é a lista de verificação elaborada pela Advocacia-Geral da União.

68. A lista de verificação para as contratações objeto deste Parecer Referencial está no link: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoescontratos/114133_lista_de_verificacao_contratacao_direta.docx

69. Recomenda-se, portanto, seja realizada a avaliação de conformidade legal com base nos elementos acima descritos, instruindo-se os autos com a lista de verificação.

m) limites de governança

70. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 10.193/2019 estabelece limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens. O seu art. 3º dispõe sobre a autorização para a celebração de novos contratos administrativos ou para a prorrogação dos já celebrados no caso de se referirem a atividades de custeio. Tais atividades são definidas no art. 2º da Portaria ME nº 7.828/2022 como aquelas diretamente relacionadas às atividades comuns a todos os órgãos e entidades que apoiam o desempenho de suas atividades institucionais, tais como:

"I - fornecimento de combustíveis, energia elétrica, água, esgoto e serviços de telecomunicação;

II - os serviços de conservação, limpeza, jardinagem, mensageria, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações;

III - realizações de congressos e eventos, serviços de publicidade, serviços gráficos e editoriais;

IV - aquisição, locação e reformas de imóveis;

V - aquisição, manutenção e locação de veículos, máquinas e equipamentos; e

VI - aquisição de materiais de expediente."

71. Ainda de acordo com o art. 2º da Portaria ME nº 7.828/2022, o enquadramento do objeto da contratação como atividade de custeio deve considerar a natureza das atividades contratadas e não a classificação orçamentária da despesa, o que demanda a devida avaliação pela autoridade competente do órgão assessorado.

72. Uma vez confirmado pela Administração que a contratação envolve atividade de custeio, devem ser verificados os limites definidos pela **Portaria C Ex nº 1.280/2020**, a qual, em conformidade com a Portaria Normativa GM/MD nº 2.798/2022, fixa a atribuição do Comandante do Exército e promove as subdelegações para as demais autoridades militares no que se refere à autorização de novos contratos ou prorrogação dos que já estão em vigor:

"Art. 3º É de competência do **Comandante do Exército** a **autorização** para celebrar novos contratos administrativos ou a prorrogação dos contratos em vigor, com **valores iguais ou superiores a R\$ 10.000.000,00** (dez milhões de reais).

Art. 4º Ficam **subdelegadas** competências para **autorizar** a elaboração de novos contratos administrativos ou a

prorrogação dos contratos em vigor, vedada a subdelegação.

§ 1º Para os contratos com valores inferiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e iguais ou superiores a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), às seguintes autoridades:

I - Chefe do Gabinete do Comandante do Exército, Secretário-Geral do Exército e Chefe do Centro de Inteligência do Exército;

II - Chefe do Estado-Maior do Exército (EME);

III - chefes e comandantes dos órgãos de direção setorial e operacional;

IV - comandantes militares de área;

V - comandantes de divisão de exército;

VI - comandantes de região militar;

VII - oficiais-generais comandantes de estabelecimento de ensino, comandantes de brigada, artilharia divisionária, grupamento de engenharia, grupamento logístico, Base de Apoio Logístico do Exército, Comando de Aviação do Exército, Comando de Operações Especiais, Comando de Artilharia do Exército e Centro de Comunicações e Guerra Eletrônica do Exército;

VIII - Diretor-Presidente da Indústria de Material Bélico; e

IX - Presidente da Fundação Osório.

§ 2º Aos Ordenadores de Despesa das organizações militares para os contratos com valores inferiores a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)." (Grifou-se.)

73. **Sendo assim, a autoridade competente do órgão assessorado deve se certificar da natureza da atividade a ser contratada - se constitui ou não atividade de custeio -, e atestar formalmente a sua decisão nos autos para fins de verificação da necessidade ou não de autorização na forma da Portaria C Ex nº 1.280/2020.**

V - CONCLUSÃO

74. Nestas condições, abstraídas as questões de conveniência e oportunidade, que devem ser apreciadas pelos Gestores sediados no Distrito Federal e assessorados por esta CONJUR-EB, conclui-se que poderá ser formalizada a contratação direta de empresas para prestação dos serviços de capacitação, pela inscrição de militares e servidores civis em cursos, abertos ou fechados, seminários e programas de pós-graduações *lato e stricto sensu* (especializações, aperfeiçoamentos, MBA, mestrados, doutorados *etc.*) realizados em território nacional, com fundamento no presente Parecer Referencial, a ser juntado aos autos respectivos pela própria Organização Militar interessada, **desde que certificado nos mesmos autos o atendimento aos seguintes requisitos:**

a) autuação de processo administrativo em suporte físico, atendendo as recomendações da legislação federal, em especial a Portaria Normativa MD nº 1.243, de 2006, com a requisição da contratação;

b) elaboração de Documento de Formalização de Demanda, seguindo o modelo constante no Anexo II, da IN nº 05/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e elaboração de Estudo Técnico Preliminar, seguindo as disposições do art. 18, §1º, da Lei nº 14.133, de 2021, bem como as orientações da IN nº 58, de 2022;

c) Análise de Risco. Neste particular, a Administração deverá observar as orientações estabelecidas com base nas premissas da Lei nº 14.133, de 2021, que constam no Portal de Compras do Governo Federal, o qual possui tópico especialmente dedicado à Identificação e Avaliação de Riscos;

d) elaboração de Termo de Referência, o qual deverá observar as disposições do inciso XXIII do art. 6º da Lei nº 14.133, de 2022. Recomendando-se ao órgão assessorado **que utilize se valha do modelo de minuta padrão fornecido pela Advocacia Geral da União para contratação direta de serviço** <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoescontratos/14133_termo_de_referencia_contratacao_direta_servicos.docx>.

e) justifique o valor da contratação na forma do art. 23, §4º, da Lei nº 14.133, de 2021, obrigatoriamente materializado em documento específico contendo todos os requisitos estabelecidos no art. 3º da IN SEGES/ME nº 65, de 2021;

f) declaração do Ordenador de Despesas sobre a existência de dotação orçamentária para cobrir a despesa contratada;

g) juntada dos documentos de habilitação da futura contratada, observando que as certidões de regularidade fiscal, social e trabalhista devem estar válidas quando da efetiva contratação;

h) elaboração de termo de justificativa inexigibilidade, trazendo a justificativa do afastamento de licitação, demonstrando os motivos pelos quais a Administração Militar entende que a contratada possui notória especialização, as razões de escolha do fornecedor, bem como a razoabilidade dos preços.

i) juntar ao final da instrução a autorização da contratação pela autoridade competente. recomendando-se que tal ato de autorização seja disponibilizado em sítio eletrônico oficial (Portal Nacional de Contratações Públicas), nos termos do art. 6º, LII; 174, I e § 2º, III, todos da Lei nº 14.133, de 2021.

j) **juntada da minuta do termo de contrato, que deverá seguir o modelo de minuta padrão fornecido pela AGU para contratação direta de serviço sem mão de obra exclusiva** <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoescontratos/14133_contrato_contratacao_direta_servicos.docx>.

l) realizar a avaliação de conformidade legal, instruindo-se os autos com a lista de verificação;

m) fazer constar nos autos declaração da autoridade competente certificando a natureza da atividade a ser contratada

- se constitui ou não atividade de custeio -, e atestando formalmente a sua decisão nos autos para fins de verificação da necessidade ou não de autorização na forma da Portaria C Ex nº 1.280/2020.

n) juntada de cópia deste Parecer Referencial e certificação de que atendidos os seus requisitos.

75. Na forma da Portaria Normativa CGU/AGU nº 05, de 31 de março de 2022, o presente Parecer Referencial tem validade pelo prazo de 02 (dois) anos, desde que mantidas atualizadas as normas nele tratadas, com possibilidade de renovações sucessivas.

76. Por fim, apenas registre-se que a presente manifestação jurídica referencial somente poderá ser utilizada pelas Organizações Militares sediadas no Distrito Federal e assessoradas por esta CONJUR-EB, exclusivamente para as contratações com objeto e condições nela indicados, não afastando a possibilidade de encaminhamento destas contratações, se assim desejarem os Gestores, para análise jurídica específica desta Consultoria Jurídica Adjunta ao Comando do Exército.

77. À consideração superior.

Brasília, 09 de março de 2023.

(assinado eletronicamente por certificação digital)
NATHALIA KAROLINE CARVALHO MAIA VALE
SUBSTITUTA DO COORDENADOR DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
CONSULTORIA JURÍDICA ADJUNTA AO COMANDO DO EXÉRCITO - CONJUR-EB



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA ADJUNTA AO COMANDO DO EXÉRCITO
GABINETE

DESPACHO n. 00411/2023/CONJUR-EB/CGU/AGU

NUP: 00687.000220/2023-66

INTERESSADOS: CONSULTORIA JURÍDICA ADJUNTA AO COMANDO DO EXÉRCITO - CONJUR-EB

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE QUE TENHA POR OBJETO CURSOS, ABERTOS OU FECHADOS, SEMINÁRIOS E PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÕES

1. Aprovo o Parecer Referencial nº 002/2023/CONJUR-EB/CGU/AGU, certificando que atendidos os requisitos da Portaria Normativa CGU/AGU nº 05/2022 para a elaboração de manifestação jurídica referencial.

2. À Secretaria desta CONJUR-EB para anotações de praxe bem como:

a) encaminhamento, via SPED, da presente manifestação jurídica referencial a todos as Organizações Militares do Distrito Federal assessoradas por esta CONJUR-EB;

b) abertura de tarefa no SAPIENS para a Consultoria-Geral da União/AGU, para ciência do Departamento de Gestão Administrativa (sucessor do DEINF).

Brasília, 09 de março de 2023.

MARIANE KÜSTER
CONSULTORA JURÍDICA
CONSULTORIA JURÍDICA ADJUNTA AO COMANDO DO EXÉRCITO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00687000220202366 e da chave de acesso f0fc8675

Notas

1. [^] Nesse sentido, inclusive, a Nota Explicativa constante no modelo de minuta padrão fornecida pela AGU para contratação direta de serviço, senão vejamos: 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.

2. [^]**Nota Explicativa:** Foram incluídas neste Termo de Referência as previsões referentes à habilitação jurídica, fiscal, social e trabalhista, haja vista que serão os requisitos mais usualmente fiscalizados durante a execução contratual, em geral. Como se trata de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação, em que a contratada é escolhida diretamente, à margem do Sistema de Dispensa Eletrônica, optou-se por não incluir requisitos de qualificação econômica ou habilitação técnica, por entender-se que a própria escolha já se incumbirá de eliminar contratantes com capacidade econômico-financeira ou técnica insuficientes.



Documento assinado eletronicamente por NATHALIA KAROLINE CARVALHO MAIA VALE, 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 1111654663 e chave de acesso f0fc8675 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NATHALIA KAROLINE CARVALHO MAIA VALE, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-03-2023 16:23. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por MARIANE KÜSTER, 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 1111654663 e chave de acesso f0fc8675 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARIANE KÜSTER, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-03-2023 16:25. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
