



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE  
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS  
CONGÊNERES

**PARECER REFERENCIAL n. 00037/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU**

**NUP: 25000.213392/2018-33**

**INTERESSADOS: COORDENAÇÃO-GERAL DE GESTÃO DE DEMANDAS JUDICIAIS EM SAÚDE - CGJUD**

**ASSUNTOS: ATOS ADMINISTRATIVOS**

1. Trata-se de minuta padrão de edital, Sistema de Registro de Preço - SRP de medicamentos objetos de determinação judicial, em atendimento à demanda da Coordenação-Geral de Gestão de Demandas Judiciais em Saúde - CGJUD, conforme justificativa constante da Nota Técnica nº 4279/2018-CGJUD/SE/GAB/SE/MS (7045838).
2. De acordo com a minuta acostada nos autos, o Edital de pregão em questão destina-se à aquisições de medicamentos fundamentadas em decisão judicial que determine à União o fornecimento dos mesmos.
3. Cumpre mencionar, que consta no referido processo a Nota Técnica nº 4279/2018-CGJUD/SE/GAB/SE/MS (7045838), em que a área técnica explica as razões que fundamentam a emissão do parecer referencial para os casos objeto da presente análise.
4. Além disto, no despacho: "Despacho DIVEL 7095959", há a informação de que a redação da minuta submetida teve como base a redação das minutas aprovadas pelos seguintes pareceres referenciais: "PARECER REFERENCIAL nº 201/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU e PARECER REFERENCIAL n.º 00008/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU, PARECER REFERENCIAL nº 272/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU".
5. Os autos encontram-se instruídos no SEI/MS com os seguintes documentos:
  - Nota Técnica nº 4279/2018-CGJUD/SE/GAB/SE/MS (7045838)
  - Termo de Referência (7046189)
  - Memorando 52 (7046315)
  - Despacho CGLIS 7061430
  - Minuta -Edital Medicamentos demanda judicial (7095733)
  - Despacho DIVEL 7095959
6. Eis o sucinto relatório.

**DA FIGURA DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL**

7. O procedimento ordinário para a publicação de editais envolve a análise prévia desta consultoria de todas as minutas e procedimentos que visem a publicação de editais de pregões e a posterior celebração dos contratos respectivos, tendo como fundamento conferir higidez jurídica no que envolve a matéria, conforme dispõe o artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93.
8. No entanto, o elevado número de consultas repetitivas versando sobre assuntos semelhantes tem, inevitavelmente, o efeito reflexo de tumultuar a atuação do órgão de assessoramento jurídico da Administração, embaraçando o desempenho de sua atribuição institucional. Em razão de situações como a narrada, a Advocacia Geral da União (AGU) publicou, no dia 23 de maio de 2014, a Orientação Normativa nº 55, possibilitando a figurada Manifestação Jurídica Referencial:

*ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014 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 56377.000011/200912, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993: I Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação. II Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.*

*Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014*

*LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS*

*RETIFICAÇÃO: Na Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014, publicada no Diário Oficial da União nº 98, de 26 de maio de 2014, Seção 1, pág. 29, onde se lê: "Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014...", leia-se: "Orientação Normativa nº 55, de 23 de maio de 2014..."*

9. Da leitura da Orientação Normativa em apreço, depreende-se a expressa autorização, no

âmbito da AGU, para elaboração de manifestação jurídica referencial, definida como sendo aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes.

10. Dessa forma, com a manifestação jurídica referencial, os processos administrativos que veicularem consultas idênticas à enfrentada na manifestação referencial estarão dispensados de análise individualizada pelo órgão jurídico, bastando, para tanto, que as instâncias técnicas da Administração atestem, expressamente, que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação referencial adotada pela Advocacia-Geral da União.

11. A grosso modo, a manifestação jurídica referencial consiste em parecer jurídico genérico, vocacionado a balizar todos os casos concretos, cujos contornos se amoldem ao formato do caso abstratamente analisado pela CGLICI/CONJUR/MS.

12. Trata-se, portanto, de ato enunciativo perfeitamente afinado com o princípio da eficiência (art.37, caput, da Constituição Federal), que, seguramente, viabilizará o adequado enfrentamento de questões que, embora dotadas de baixa densidade jurídica, terminavam por tumultuar a agenda desta Consultoria Jurídica, dificultando a dedicação de tempo às verdadeiras questões jurídicas.

13. Tal medida já havia sido expressamente recomendada pelo Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, consoante se infere da leitura do excerto abaixo transcrito:

*Embora a atividade consultiva não se confunda com as atividades da Entidade/Órgão Assessorado, o Órgão Consultivo possui importante papel no sentido de estimular a padronização e orientação geral a respeito de assuntos que despertaram ou possam despertar dúvidas jurídicas. Deste modo, é recomendável a elaboração de minutas padrão de documentos administrativos, treinamentos com os gestores e pareceres com orientações "in abstrato", a fim de subsidiar a prática de atos relacionados a projetos ou políticas públicas que envolvam manifestações repetitivas ou de baixa complexidade jurídica. (Enunciado nº 34 do Manual de Boas Práticas da Advocacia-Geral da União).*

14. Mais recentemente, tal iniciativa foi analisada e aprovada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme notícia divulgada no Informativo TCU nº 218/2014:

*Informativo TCU nº 218/20143. É possível a utilização, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes. Embargos de Declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), em face de determinação expedida pelo TCU à Comissão Municipal de Licitação de Manaus e à Secretaria Municipal de Educação de Manaus, alega obscuridade na parte dispositiva da decisão e dúvida razoável quanto à interpretação a ser dada à determinação expedida. Em preliminar, após reconhecer a legitimidade da AGU para atuar nos autos, anotou o relator que o dispositivo questionado "envolve a necessidade de observância do entendimento jurisprudencial do TCU acerca da emissão de pareceres jurídicos para aprovação de editais licitatórios, aspecto que teria gerado dúvidas no âmbito da advocacia pública federal". Segundo o relator, o cerne da questão "diz respeito à adequabilidade e à legalidade do conteúdo veiculado na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, que autoriza a emissão de 'manifestação jurídica referencial', a qual, diante do comando (...) poderia não ser admitida". Nesse campo, lembrou o relator que a orientação do TCU "tem sido no sentido da impossibilidade de os referidos pareceres serem incompletos, com conteúdos genéricos, sem evidenciação da análise integral dos aspectos legais pertinentes", posição evidenciada na Proposta de Deliberação que fundamentou a decisão recorrida. Nada obstante, e "a despeito de não pairar obscuridade sobre o acórdão ora embargado", sugeriu o relator fosse a AGU esclarecida de que esse entendimento do Tribunal não impede que o mesmo parecer jurídico seja utilizado em procedimentos licitatórios diversos, desde que trate da mesma matéria e aborde todas as questões jurídicas pertinentes. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta do relator, negando provimento aos embargos e informando à AGU que "o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo a, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma". Acórdão 2674/2014 Plenário, TC 004.757/20149, relator Ministro Substituto André Luís de Carvalho, 8/10/2014.*

15. Do acima exposto, pode-se concluir que:

- o A manifestação jurídica referencial uniformiza a atuação do órgão jurídico relativamente às consultas repetitivas;
- o A adoção de manifestação jurídica referencial torna desnecessária a análise individualizada de processos que versem sobre matéria que já tenha sido objeto de análise em abstrato, sendo certo que as orientações jurídicas veiculadas através do parecer referencial aplicar-se-ão a todo e qualquer processo com idêntica matéria.
- o A elaboração de manifestação jurídica referencial depende da confluência de dois

requisitos objetivos, a saber: i) a ocorrência de embaraço à atividade consultiva em razão da tramitação de elevado número de processos administrativos versando sobre matéria repetitiva e ii) a singeleza da atividade desempenhada pelo órgão jurídico, que se restringe a verificar o atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos; e

- o a dispensa do envio de processos ao órgão jurídico para exame individualizado fica condicionada ao pronunciamento expresso, pela área técnica interessada, no sentido de que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação jurídica referencial já elaborada sobre a questão.

16. É o que se passará, agora, a fazer.

### **DO CABIMENTO DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL NO CASO DOS AUTOS**

17. Como já mencionado, a elaboração de **manifestação jurídica referencial** depende da comprovação, sob pena de invalidade, de dois requisitos: **i)** do volume de processos em matérias idênticas e recorrentes, que, de acordo com a ON nº 55, deve impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e, **ii)** da singeleza da atuação da assessoria jurídica nos casos analisados, que deve-se restringir à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da simples conferência de documentos.

18. Relativamente ao primeiro requisito, **é notório que se formará um volume de processos administrativos** voltados à análise das minutas dos editais para aquisição de medicamentos em razão de decisão judicial, os quais necessitam de análise urgente, sob pena de descumprimento da ordem judicial. Além disso, o volume de processos administrativos fica à mercê dos mais diversos medicamentos que sejam objeto de provimento jurisdicional, de forma que a quantidade de processos administrativos para tratar sobre o tema será, provavelmente, elevado.

19. Neste sentido, colaciono os trechos da Nota Técnica nº 4279/2018:

Considerando que os prazos para cumprimento são determinados em dias ou até mesmo horas, e ainda, a tramitação interna até o procedimento de compra da medicação, a União está constantemente em situação de descumprimento dos comandos judiciais.

Nesse sentido, torna-se imperioso aprimorar tal procedimento, pois não é possível, no momento, contarmos com estoque estratégico para o pronto atendimento de algo futuro e incerto, onde na maioria dos casos, os prazos de fornecimentos estipulados nas decisões judiciais são de pronto atendimento.

[...]

Considerando as razões acima expostas, no tocante a clara necessidade de se adotar procedimento célere e eficaz para as aquisições de medicamentos que possuem elevado número de demandas judiciais, apresentamos em anexo, proposta de Termo de Referência com justificativas e metodologia para a definição dos quantitativos de medicamentos, pois a relatividade das demandas judiciais requer uma previsibilidade na sua definição, observando os processos ativos com decisões favoráveis, bem como a possibilidade de novas ordens judiciais, que poderão aumentar ou diminuir o volume de medicamentos demandado.

20. Com a obrigatoriedade de se analisar todos os processos administrativos, há, como já referido, impacto negativo na atuação da Coordenação-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres -CGLICI, responsável pela consultoria e assessoramento jurídico do Ministério da Saúde.

21. Quanto ao segundo requisito imposto pela ON AGU nº 55, observa-se que o exame jurídico da CGLICI será limitado à *mera conferência de documentos*, não havendo que se falar de peculiaridades que determinem a análise jurídica individualizada dos referidos processos, tal situação ocorre porque a fundamentação para a realização das contratações será a mesma, provimento jurisdicional condenando a União ao fornecimento do medicamento.

22. De todo modo, para que a análise individualizada dos processos reste dispensada, faz-se necessário que a área técnica interessada ateste, de forma expressa, que o caso concreto veiculado por cada processo administrativo se amolda aos termos da presente manifestação jurídica referencial.

### **DA FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO**

23. Registra-se que esta manifestação tomará por base, exclusivamente, os elementos constantes dos autos, visto que, em face do que dispõe o art. 131 da Constituição Federal e o art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993, incumbe a este órgão de execução da AGU prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, assim como os aspectos técnicos, econômicos, financeiros e orçamentários. A Boa Prática Consultiva – **BPC nº 07**, editada pela AGU, corrobora tal entendimento:

*O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade.*

24. Importa frisar, pois, que não compete a esta CGLICI apreciar as questões de interesse e oportunidade do ato que se pretende praticar, visto que são da esfera discricionária do Administrador, tampouco dos atos técnicos e das especificações e fundamentações de ordem técnica explicitadas para justificar a celebração do ajuste.

25. 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, isso sim, a cada um desses observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

26. Desse modo, 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, 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.

27. Ademais, quanto aos atos decisórios praticados com base em delegação de competência, convém destacar o contido na Lei nº da Lei nº 9.784/99:

*Art. 14. [...]*

*§ 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.*

28. Portanto, estes deverão mencionar explicitamente a qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

29. Vale ressaltar, ainda, que aos órgãos da AGU compete - fiel, técnica e exclusivamente - assessorar os entes e órgãos assessorados na tomada de suas decisões, apontando-lhes os embaraços jurídicos eventualmente existentes, e, as opções palatáveis, segundo o ordenamento pátrio, para a consecução das políticas públicas a cargo do organismo assessorado.

30. Portanto, a atribuição legal do órgão de assessoramento jurídico esgota-se em orientar a autoridade sob o exclusivo prisma da legalidade, exarando peça opinativa que **lhe dá plena ciência das recomendações e observações lançadas pela Advocacia-Geral da União.**

31. Dessa maneira, a análise em comento tem a função de 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.

32. As questões que envolvam a legalidade, de observância obrigatória pela Administração, serão apontadas, ao longo deste parecer, como óbices a serem corrigidos ou superados. O prosseguimento do feito, sem a correção de tais apontamentos, será de responsabilidade exclusiva do gestor, por sua conta e risco.

33. **Sendo assim, repisa-se que qualquer posicionamento contrário por parte da Administração é de sua total responsabilidade e deve ser justificado nos autos. A justificativa de posicionamento contrário ao da Assessoria Jurídica do Ministério deve, lógica e necessariamente, refutar todos os impedimentos legais levantados pela CGLICI.**

## **ANÁLISE JURÍDICA**

### **DA COMPETÊNCIA DESSE CONSULTIVO**

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

35. Nossa função 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.

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

*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”.*

37. 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.

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

39. Finalmente, é nosso dever salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações.

## **DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 01, DE 29 DE MARÇO DE 2018 DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO**

40. Em 29 de março de 2018 foi publicada a Instrução Normativa nº 01 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão que *dispõe sobre o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações e sobre a elaboração do Plano Anual de Contratações de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e comunicações no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.*

41. Segundo o art. 3º da Instrução Normativa, cada Unidades Administrativas de Serviços Gerais (UASG) deve elaborar anualmente o Plano Anual de Contratações, contendo todos os itens que pretende contratar no exercício subsequente. Importa mencionar que a elaboração do Plano Anual de Contratações definido na IN é facultativa no primeiro ano da sua entrada em vigor(2018) e obrigatória no ano subsequente (2019) - art. 15.

42. Deste modo, colacionamos abaixo suas disposições:

O SECRETÁRIO DE GESTÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 13 do Anexo I do Decreto nº 9.035, de 20 de abril de 2017, e o Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994, **resolve**:

Art. 1º Esta Instrução Normativa dispõe sobre o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações - PGC e sobre a elaboração do Plano Anual de Contratações públicas de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e comunicações no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

### Seção I Das disposições gerais

Art. 2º O Sistema PGC constitui a ferramenta informatizada disponibilizada pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para elaboração dos Planos Anuais de Contratações pelas UASG.Parágrafo único. O Sistema PGC pode ser acessado no endereço eletrônico <https://pgc.planejamento.gov.br>.

Art. 3º Cada UASG deverá elaborar anualmente o respectivo Plano Anual de Contratações, contendo todos os itens que pretende contratar no exercício subsequente.

Art. 4º Para os efeitos desta Instrução Normativa, são adotadas as seguintes definições:

I - Setor de licitações: unidade de compra responsável pelo planejamento, coordenação e acompanhamento das ações destinadas à realização das contratações no âmbito do órgão ou entidade, podendo ser definido de forma diversa quando contemplar área específica em sua estrutura;

II - Setor requisitante: unidade do órgão ou entidade que identifica uma necessidade e requer a contratação de um bem ou serviço; e

III - Equipe de Planejamento da Contratação: conjunto de servidores que reúnem as competências necessárias à completa execução da fase de Planejamento da Contratação, o que inclui conhecimentos sobre aspectos técnicos e de uso do objeto, licitações e contratos, dentre outros, podendo ser definido de forma diversa quando contemplarem área técnica específica em sua estrutura.

### Seção II Da constituição do Plano Anual de Contratações

Art. 5º Ao incluir um item no respectivo Plano Anual de Contratações, a UASG deverá informar, conforme o caso:

I - o tipo de item, o respectivo código, a descrição e seu detalhamento, de acordo com os Sistemas de Catalogação de Material ou de Serviços;

II - a unidade de fornecimento do item;

III - a quantidade total estimada da contratação;

IV - o valor unitário e total estimado, utilizando-se, preferencialmente, o Painel de Preços disponibilizado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, observados os parâmetros da Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014;

V - as informações orçamentárias da contratação, se disponíveis;

VI - o grau de prioridade da contratação e a data estimada para a necessidade do item;

VII - se há enquadramento da aquisição como dispensa ou contratação emergencial, na forma dos incisos I, II, IV e XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

VIII - se há pretensão de renovar no exercício subsequente, na forma do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993;

IX - se há necessidade de capacitação dos servidores para atuarem no processo de contratação ou de fiscalização da execução do contrato, identificada nos Estudos preliminares;

X - a unidade administrativa requisitante da contratação;

XI - se há vinculação ou dependência com a contratação de outro item para sua execução, visando determinar a sequência em que os respectivos procedimentos licitatórios serão realizados; e

## **XII - os Estudos preliminares e o Gerenciamento de riscos da contratação do item. (grifei)**

Art. 6º A inclusão de um item no Plano Anual de Contratações pressupõe prévia elaboração dos Estudos preliminares e do Gerenciamento de riscos relativos à sua contratação, conforme definido nos arts. 7º e 8º, respectivamente. § 1º Para fins de preenchimento do Plano Anual de Contratações, fica dispensada a elaboração dos Estudos preliminares e do Gerenciamento de riscos, exceto do Gerenciamento de riscos relacionado à fase de gestão contratual, quando se tratar de:

- a) contratações cujos valores se enquadrem nos limites dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993;
- b) contratações previstas nos incisos IV e XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993; ou
- c) prorrogações de contratos de natureza continuada, na forma estabelecida no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 2º As situações que ensejam a dispensa ou inexigibilidade da licitação exigem a elaboração dos Estudos preliminares e do Gerenciamento de riscos, no que couber

§ 3º Podem ser elaborados, preferencialmente, Estudos preliminares e Gerenciamento de riscos comuns para itens de mesma natureza, semelhança ou afinidade.

### Subseção I Dos Estudos preliminares

Art. 7º Os Estudos preliminares devem conter, quando couber, o seguinte conteúdo:

- I - necessidade da contratação;
- II - referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver;
- III - requisitos da contratação;
- IV - estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte;
- V - levantamento de mercado e justificativa da escolha do tipo de solução a contratar;
- VI - definição do método para estimativas de preços ou dos meios de previsão de preços referenciais;
- VII - descrição da solução como um todo;
- VIII - justificativas para o parcelamento ou não da solução, quando necessária para a individualização do objeto;
- IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;
- X - providências para adequação do ambiente do órgão;
- XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; e
- XII - declaração da viabilidade ou não da contratação.

§ 1º Juntamente com a lista dos itens que pretende contratar no exercício subsequente, de que trata o art. 10, o setor requisitante encaminhará ao setor de licitações uma versão simplificada dos Estudos preliminares, contendo no mínimo as informações de que tratam os incisos I, IV, VI, VIII e XII do caput.

§ 2º O documento de que trata o § 1º deverá ser posteriormente atualizado e complementado pela equipe de planejamento da contratação quando do período de revisão e redimensionamento de que trata o art. 12.

§ 3º O sistema PGC disponibilizará campo próprio para registro dos Estudos preliminares que compõem o Plano Anual de Contratações.

§ 4º Os Estudos preliminares poderão ser simplificados quando adotados os modelos de contratação estabelecidos nos Cadernos de Logística divulgados pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

### Subseção II Do Gerenciamento de riscos

Art. 8º O Gerenciamento de riscos é um processo que consiste nas seguintes atividades:

- I - identificação dos principais riscos que possam comprometer a efetividade do Planejamento da Contratação, da Seleção do Fornecedor e da Gestão Contratual ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação;
  - II - avaliação dos riscos identificados, consistindo da mensuração da probabilidade de ocorrência e do impacto de cada risco;
  - III - tratamento dos riscos considerados inaceitáveis por meio da definição das ações para reduzir a probabilidade de ocorrência dos eventos ou reduzir suas consequências;
  - IV - para os riscos que persistirem inaceitáveis após o tratamento, definição das ações de contingência para o caso de os eventos correspondentes aos riscos se concretizarem; e
  - V - definição dos setores responsáveis pelas ações de tratamento dos riscos e das ações de contingência.
- Parágrafo único. Juntamente com a lista dos itens que pretende contratar no exercício subsequente, de que trata o art. 10, o setor requisitante encaminhará ao setor de licitações o levantamento prévio dos riscos da contratação, os quais posteriormente deverão ser atualizados e complementados pela equipe de planejamento da contratação, quando do período de revisão e redimensionamento de que trata o art. 12.

### Seção III Da Equipe de planejamento da contratação

Art. 9º Quando do envio da lista de que trata o art. 10, deverá ser indicado ao setor de licitações um servidor ou servidores para compor a equipe de planejamento da contratação e, quando couber, também para a fiscalização, o qual poderá participar de toda a fase do planejamento da contratação.

§ 1º O setor de licitações também poderá indicar servidor ou servidores que atuam no setor para compor a equipe de planejamento da contratação.

§ 2º Na indicação do servidor, devem ser considerados a compatibilidade com as

atribuições do cargo, a complexidade da fiscalização, o quantitativo de contratos por servidor e a sua capacidade para o desempenho das atividades.

§ 3º Os integrantes da equipe de planejamento da contratação devem ter ciência expressa da indicação das suas respectivas atribuições antes de serem formalmente designados.

§ 4º A autoridade competente do setor de licitações deverá realizar a designação formal da equipe de planejamento da contratação.

§ 5º O órgão ou entidade poderá definir de forma diversa a formação de equipe responsável pelo planejamento das contratações quando contemplarem área técnica específica em sua estrutura, observadas as disposições desta Seção, no que couber.

#### Seção IV Do cronograma do Plano Anual de Contratações

##### Subseção I Da elaboração e aprovação

Art. 10. Os setores requisitantes devem encaminhar ao setor de licitações, no período de 1º de janeiro a 1º de abril do ano de elaboração do Plano Anual de Contratações, a lista dos itens que pretendem contratar no exercício subsequente, acompanhada das informações constantes no art. 5º, bem como do rol das contratações cuja vigência se pretende renovar no exercício subsequente, na forma do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993. §1º A indicação do rol de contratações cuja vigência se pretende renovar no exercício subsequente será acompanhada dos respectivos Gerenciamentos de riscos da fase de gestão contratual. §2º

O envio das informações previstas no caput pelos setores requisitantes observará, preferencialmente, o modelo constante no Anexo desta Instrução Normativa.

Art. 11. Durante o período de 1º de janeiro a 15 de abril do ano de elaboração do Plano Anual de Contratações, o setor de licitações deverá registrar no Sistema PGC as demandas encaminhadas pelos setores requisitantes e enviar para aprovação da autoridade máxima do órgão ou entidade ao qual se vincule ou a quem esta delegar.

§ 1º Até o dia 30 de abril do ano de sua elaboração, o Plano Anual de Contratações deverá ser aprovado pela autoridade máxima de que trata o caput e enviado ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão por meio do Sistema PGC.

§ 2º A autoridade máxima poderá reprová-los para o setor de licitações realizar adequações, observada a data limite de aprovação e envio definida no § 1º.

§ 3º O relatório do Plano Anual de Contratações, na forma completa ou simplificada, deverá ser divulgado no sítio eletrônico do órgão ou entidade ao qual se vincular a UASG.

§ 4º O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá disponibilizar no Portal de Compras Governamentais as informações registradas no Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações por meio de dados estruturados em painel gerencial.

##### Subseção II Da revisão e redimensionamento

Art. 12. Nos períodos de 1º a 30 de setembro e de 16 a 30 de novembro do ano de elaboração do Plano Anual de Contratações, poderá haver a inclusão, exclusão ou o redimensionamento de itens do Plano visando sua adequação à proposta orçamentária do órgão ou entidade ao qual se vincular a UASG.

§1º A alteração do Plano Anual de Contratações deverá ser aprovada pela autoridade máxima de que trata o art. 11 e enviada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão por meio do Sistema PGC, dentro dos prazos previstos no caput.

§2º A versão atualizada do Plano Anual de Contratações deverá ser divulgada no sítio eletrônico do órgão ou entidade ao qual se vincular a UASG, em substituição à versão anterior.

##### Subseção III Da inclusão extemporânea de itens

Art. 13. Para a inclusão de itens no Plano Anual de Contratações fora dos períodos previstos nos arts. 10, 11 e 12, a autoridade máxima de que trata o art. 11 desta norma deverá solicitar ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, justificadamente, a abertura do Sistema PGC. Parágrafo único. A solicitação prevista no caput deverá ocorrer por meio do próprio sistema.

Art. 14. As contratações previstas nos incisos IV e XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, deverão ser registradas no Plano Anual de Contratações no momento da sua ocorrência, acompanhadas dos respectivos Gerenciamentos de riscos relacionados à fase de gestão contratual.

##### Seção V Disposições finais

Art. 15. A elaboração do Plano Anual de Contratações, mediante a utilização do Sistema PGC, é facultativa no ano de entrada em vigor desta Instrução Normativa e obrigatória a partir do ano subsequente.

Art. 16. Os prazos do cronograma do Plano Anual de Contratações de que trata a seção IV poderão ser alterados por meio de ato do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão a fim de conciliar aos prazos de elaboração das propostas orçamentárias.

Art. 17. A Central de Compras da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá, desde que justificado nos autos do processo respectivo, afastar a aplicação desta Instrução Normativa naquilo que for incompatível com a sua forma de atuação, observados os princípios gerais de licitação e a legislação respectiva.

Art. 18. Os casos omissos serão dirimidos pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que poderá expedir normas complementares, bem como disponibilizar em meio eletrônico informações adicionais para fins de operação do sistema.

Art. 19. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

43. Deste modo, impõe-se à sua observância a partir do exercício subsequente, com a elaboração do Plano Anual de Contratações nos moldes ali estabelecidos, inclusive atentando para a necessidade de *prévia elaboração dos Estudos preliminares e do Gerenciamento de riscos relativos à sua contratação, conforme definido nos arts. 7º e 8º, respectivamente.*

### **REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO**

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

45. Com efeito, no que pertine especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, conforme artigo 38 da Lei nº 8.666, de 1993, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são pertinentes, iniciando-se com a devida autuação, com a correspondente protocolização e numeração, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, contendo, na medida do possível, no máximo, 200 folhas:

Orientação Normativa AGU nº 2, de 1º de abril de 2009:

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

46. É certo que tais normas devem ser adaptadas e aplicadas, naquilo que couber, ao processo eletrônico.

47. Deste modo, como se observa, todos os atos administrativos referentes a contratos e seus aditivos devem integrar o mesmo processo administrativo, físico ou eletrônico, com os eventos dispostos em ordem cronológica, conforme ON AGU n. 02/2009. **É irregular a abertura de novos processos - novos NUPs (número único de protocolo) para cada ocorrência verificada na história daquela contratação, a exemplo de um novo processo para eventual aditivo quantitativo ou novo processo para a prorrogação.**

### **LIMITES DE GOVERNANÇA**

48. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 7.689, de 2012 (alterado pelos Decretos nº 8.056, de 2013, 8.755, de 2016, 9.046, de 2017 e 9.189, de 2017), estabeleceu limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens, aplicáveis aos órgãos, entidades e fundos do Poder Executivo Federal integrantes do Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, donde se destaca a previsão contida em seu artigo 2º:

*Art. 2º do Decreto nº 7.689, de 2012:*

*“Art. 2º A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação dos contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas por ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.*

*§ 1º Para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada às seguintes autoridades, vedada a subdelegação:*

*I - titulares de cargos de natureza especial;*

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

*III - dirigentes máximos das entidades vinculadas.*

*§ 2º Para os contratos com valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, vedada a subdelegação, ressalvada, neste caso, a subdelegação a que se refere o § 3º.*

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

*§ 4º O Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá alterar ou atualizar, a qualquer tempo, os valores estabelecidos nos § 1º, § 2º e § 3º.”*

49. A Portaria nº 249, de 13 de junho de 2012 estabeleceu normas complementares para o cumprimento do mencionado Decreto, prevendo em seu artigo 3º que as atividades de custeio decorrem de contratações 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 - as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, conforme disposto no Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997;*

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

*IV - aquisição, locação e reformas de imóveis; e*

*V - aquisição, manutenção e locação de veículos, máquinas e equipamentos.*

*Parágrafo único. O enquadramento do objeto da contratação como atividade de custeio deve considerar a natureza das atividades contratadas, conforme disposto neste artigo, e não a classificação orçamentária da despesa."*

50. A autoridade assistida deve certificar-se sobre a natureza da atividade a ser contratada – se constitui ou não atividade de custeio –, adotando as providências necessárias, se for o caso, o que poderá ser feito em qualquer fase do processo de contratação até antes da assinatura do contrato ou do termo aditivo de prorrogação, podendo ser concedida por despacho no próprio processo, por memorando ou ofício, por meio eletrônico com assinatura digital ou outro meio idôneo que registre a autorização expressa da autoridade competente, consoante § 1º do artigo 4º da Portaria 249, de 2012.

51. Recomendamos à área técnica do Órgão assessorado (considerando-se os últimos pacotes fiscais anunciados pelo poder público) verificar a eventual existência de Decretos ou outros normativos relativos a "limites", "contingenciamento orçamentário" ou a "restrição ao empenho de verbas" (como o caso do recente Decreto nº 9.276, de 2018, ou das Leis nº 13.473, de 2017 – LDO 2018, e 13.587, de 02/01/2018 - Lei Orçamentária Anual, por exemplo), com efeitos aplicáveis ao caso concreto.

52. Lembramos, ainda, que a Portaria nº 17, de 2018, também determinou a suspensão de contratações, para o ano de 2018, nos seguintes termos:

*"Art. 1º Fica suspensa, a partir da publicação desta Portaria, a realização de novas contratações relacionadas a:*

*I - aquisição de imóveis;*

*II - locação de imóveis;*

*III - aquisição de veículos de representação, de transporte institucional e de serviços comuns, conforme disposto nos arts. 3º, 5º e 6º do Decreto nº 6.403, de 17 de março de 2008;*

*IV - locação de veículos; e*

*V - locação de máquinas e equipamentos.*

*§ 1º A suspensão prevista no caput não se aplica quando se tratar de:*

*I - imóveis destinados à reforma agrária e aqueles administrados pelo Ministério da Defesa ou pelos Comandos da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica;*

*II - aquisição de veículos de representação para uso exclusivo do Presidente e do Vice-Presidente da República;*

*III - prorrogação contratual e/ou substituição contratual, em relação aos incisos II, IV e V do caput; e*

*IV - despesas relacionadas aos censos demográfico e agropecuário e a ações de defesa civil.*

*§ 2º Considerando os aspectos de relevância e urgência, excepcionalidades pontuais quanto à suspensão prevista nos incisos IV e V do caput poderão ser autorizadas por ato fundamentado da autoridade máxima do órgão, permitida a subdelegação."*

## **AValiação DE CONFORMIDADE LEGAL**

53. Nos termos do que dispõe o artigo 36 da IN 05, de 25 de maio de 2017 – MPDG, antes do envio do processo para análise jurídica, deve ser realizada uma avaliação de conformidade legal do procedimento de contratação, com base nas disposições previstas no Anexo I da ON SEGES nº 02, de 2016, a qual prevê em seu artigo 1º que "Os pregoeiros e as equipes de apoio deverão adotar nos processos de aquisição de materiais e serviços as listas de verificação constantes dos Anexos I e II, visando o aperfeiçoamento dos procedimentos realizados nos pregões eletrônicos".

54. A Advocacia-Geral da União também dispõe de *Check-Lists* previamente elaborados para os diversos tipos de contratações, de preenchimento facultativo, encontrando-se dispostas no site [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/244390](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244390), servindo de excelente instrumento de apoio para que seja aferida a correção da instrução, sem prejuízo da obrigatória adoção da ON SEGES nº 02, de 2016.

55. Deve, portanto, os autos relativos às contratações abrangidas por esse Parecer, serem instruídos com a check-list mencionada, ainda que prescindida de análise jurídica individualizada.

## **DO PARCELAMENTO DO OBJETO**

56. Via de regra, as contratações de compras, serviços e obras da Administração Pública devem ser divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, em conformidade com o art. 23, §1º da Lei nº 8.666, de 1993.

57. Neste sentido é também a Instrução Normativa MPDG nº 05, de 2017, a qual esclarece em seu Anexo VIII, que "o parcelamento da solução é a regra devendo a licitação ser realizada por item, sempre que o objeto for divisível, desde que se verifique não haver prejuízo para o conjunto da solução ou perda de economia de escala, visando propiciar a ampla participação dos licitantes, que embora não disponham de capacidade para a execução da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas" (item 3.8, "a").

58. De outro lado, a própria Instrução Normativa MPDG nº 05, de 2017 é clara ao estabelecer a necessidade de que a autoridade, no planejamento da contratação, justifique o parcelamento ou não da

solução (artigo 24, §1º, VIII).

59. O método utilizado na avaliação da divisibilidade será documentado nos estudos preliminares, deverá levar em consideração o mercado fornecedor, a viabilidade técnica e econômica do parcelamento, a inexistência de perda de escala e o melhor aproveitamento do mercado e ampliação da competitividade (item 3.8, “b” do Anexo III da IN MPDG nº 05, de 2017).

60. Portanto, caso haja viabilidade técnica e econômica, qualquer contratação deve ser dividida em contratações menores, de forma a possibilitar maior competitividade e melhor aproveitamento das oportunidades do mercado, decorrendo daí, ao menos presumivelmente, mais vantagem para a Administração.

61. Se não for possível o parcelamento, deve ser **expressamente** consignada a justificativa de ordem técnica e/ou econômica a embasar a contratação conjunta do objeto.

62. Sobre o tema, o mestre Marçal bem aborda a questão (in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 17ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 440):

*“Mas a adoção do fracionamento depende da presença de requisitos de ordem técnica e econômica.*

*4.1.3) O requisito de natureza técnica*

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

*4.1.4.) O requisito de natureza econômica*

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

*Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução de despesas administrativas. A possibilidade de participação de maior número de interessados não é o objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar elevação de custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares.”*

63. Sublinhe-se, ademais, que o Tribunal de Contas da União, por meio da Súmula nº 247, pacificou o seguinte entendimento:

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

64. Diante dessas considerações, forçoso concluir que, sendo divisível o objeto, a contratação conjunta somente restará autorizada se a Administração demonstrar que tem por fundamento a inviabilidade técnica ou econômica do parcelamento, pois, caso contrário, deverá proceder-se à divisão do objeto.

65. Corroborando tal posicionamento, transcrevo trecho de livro editado pelo Tribunal de Contas da União que trata especificamente sobre a aquisição de medicamentos<sup>[1]</sup>:

No caso de aquisições de medicamentos, a adjudicação por lote restringe a participação ao certame a distribuidoras que vendam a totalidade dos medicamentos do lote e/ou a fabricantes que produzam a totalidade dos medicamentos, o que pode impedir, inclusive, a participação de laboratórios públicos. Considerando o mercado de medicamentos, em que pode haver distribuidor exclusivo, bem como laboratórios que produzem apenas determinados medicamentos, uma alocação de medicamentos em lotes pode diminuir a competitividade e, portanto, prejudicar a escolha da proposta mais vantajosa.

A adjudicação por item aumenta a possibilidade de participação de licitantes que, embora não disponham de capacidade para o fornecimento da totalidade dos medicamentos licitados, possam fazê-lo com relação a determinados medicamentos. Assim, essa forma de adjudicação visa ao atendimento dos princípios da economicidade e competitividade, lembrando que a economia de escala deve ser sempre levada em consideração, consoante assevera o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993.

Deste modo, a adjudicação por preço global ou lote deve constituir caso excepcional, que necessita de robusta motivação (voto do Ministro Benjamin Zymler, redator do Acórdão 2.901/2016-TCU-Plenário). Essa robusta motivação, em que se deve demonstrar a inviabilidade técnica ou econômica da adjudicação por itens individuais, deve constar do processo administrativo pertinente (Acórdão 247/2017-TCU-Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues).

Ressalte-se que a jurisprudência do TCU considera que, nas licitações para registro de preços, é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e seleção das propostas mais vantajosas (voto do Ministro Benjamin Zymler, Redator do Acórdão 2.901/2016-TCU-Plenário).

## **PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DO CERTAME ÀS ME's, EPP's E COOPERATIVAS EQUIVALENTES**

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

67. Da mesma forma, o art. 6º do Decreto 8.538, de 2015, estabelece que as licitações para contratações públicas de bens, serviços e obras, cujo valor esteja abaixo de R\$ 80.000,00, deverão ser destinadas exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o que se aplica também às cooperativas com receita bruta equivalente à das empresas de pequeno porte, por força do art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007.

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

69. No mesmo sentido a Orientação Normativa AGU nº 47/2014:

*"Em licitação dividida em itens ou lotes/grupos, deverá ser adotada a participação exclusiva de microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa (art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007) em relação aos itens ou lotes/grupos cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não haja a subsunção a quaisquer das situações previstas pelo art. 9º do Decreto nº 6.204, de 2007."*

70. Note-se, entretanto, que não se aplica a exclusividade nas hipóteses expressamente elencadas nos incisos I a IV, do art. 10 do Decreto nº 8.538, de 2015 e art. 49 da LC nº 123, de 2006 (com a redação dada pela LC nº 147, de 2014), situação que deverá ser justificada:

*"Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:*

*I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;*

*II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;*

*III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do **caput** do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do **caput** deste artigo; ou*

*IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.*

*Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do **caput**, considera-se não vantajosa a contratação quando:*

*I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou*

*II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios."*

71. Assim, em regra, caso hajam itens cujo valor seja de até 80.000 reais, esses itens serão destinados à participação exclusiva de ME's, EPP'S e Cooperativas equivalentes.

72. Apenas recomendamos que o órgão certifique-se quanto à incidência dos incisos I a IV, do art. 10 do Decreto nº 8.538, de 2015 e art. 49 da LC nº 123, de 2006, o que importaria, como consequência, o afastamento do tratamento diferenciado, e a abertura da competição a todas as empresas interessadas, independentemente de seu porte.

73. **Nessa situação, caso ocorra uma das exceções deve a Administração Pública justificar ainda na fase interna do certame, de forma a comprovar que a situação se enquadra de forma irrefutável nas hipóteses elencadas na lei.**

74. **Cumpra salientar, que como se trata de aquisição de medicamentos, insumos de saúde e correlatos, orienta-se a comprovação por meio de estudos e pesquisas, devidamente realizados pela área competente, de que não há o mínimo de 3 fornecedores competitivos enquadrados na hipótese legal ou que representa um prejuízo para o Ministério da Saúde**

75. Ademais, em decorrência da redação do art. 48, III, da Lei Complementar nº 123, de 2004 (prevista na Lei Complementar nº 147, de 2014), a licitação com itens divisíveis de valor superior a R\$80.000,00, deverá ter **até** 25% de seu respectivo objeto destinado à licitação exclusiva para as citadas EPP's, ME's e Cooperativas:

*Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação*

76. Por seu turno, o Decreto nº 8.538, de 2015, ao regulá-la, estabeleceu:

“Art. 8º Nas licitações para a aquisição de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, os órgãos e as entidades contratantes deverão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. §1º O disposto neste artigo não impede a contratação das microempresas ou das empresas de pequeno porte na totalidade do objeto. §2º O instrumento convocatório deverá prever que, na hipótese de não haver vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal. §3º Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço. § 4º Nas licitações por Sistema de Registro de Preço ou por entregas parceladas, o instrumento convocatório deverá prever a prioridade de aquisição dos produtos das cotas reservadas, ressalvados os casos em que a cota reservada for inadequada para atender as quantidades ou as condições do pedido, justificadamente. § 5º Não se aplica o benefício disposto neste artigo quando os itens ou os lotes de licitação possuírem valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tendo em vista a aplicação da licitação exclusiva prevista no art. 6º.”

77. Assim, também no caso de itens divisíveis, deverá ser reservada *cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte*. Observa-se que o legislador estipulou um percentual máximo a ser aplicado nesses casos, ou seja, até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto, mas silenciou quanto ao mínimo que deve ser utilizado pela Administração Pública e como deve ser analisado a escolha dessa porcentagem.

78. Entendemos que faz parte do poder discricionário da Administração o estabelecimento de cota em percentual inferior a este, exceto se houver norma específica que limite essa discricionariedade.

79. Outrossim, nesse aspecto, deve se ter atenção para o **limite sistemático** do percentual a ser reservado, de modo que não ultrapasse o valor de R\$ 80.000 reais. Esse limite, apesar de não encontrar-se expressamente previsto na norma, é decorrência de uma interpretação sistemática dos seus dispositivos. A este respeito, veja-se exemplo trazida por Ronny Charles:

Assim em um item de R\$ 80.000.000,00 (oitocentos mil reais), em que se abriu a cota reservada, esta deve ser de, no máximo, 10% (dez por cento), sob pena de permitimos um certame exclusivo, acima do limite disposto pelo inciso I do mesmo art. 48, da Lei Complementar.

80. O limite sistemático busca, justamente, conferir coerência ao sistema, de modo a evitar que crie-se uma licitação exclusiva em valor superior ao definido pelo inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123, dentro de um certame maior (Isso porque, entende-se que cada item num certame é considerado uma licitação independente).

81. **Além disso, sugere-se uma verificação, pela área técnica competente, se a aplicação das cotas previstas na Lei nº 123/2006 e no Decreto nº 8.538/2015 não trará prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto e para o Ministério da Saúde, podendo justificadamente ser excepcionada a aplicação das cotas reservadas, conforme prevê o artigo 8º, do Decreto 8.538/2015.**

82. Todavia, vale ressaltar que se a área técnica competente verificar que não deve ser aplicadas as cotas, **a justificativa deve ser clara, capaz de demonstrar que o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não é vantajoso para a administração pública ou representa prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado nesse caso.**

83. Por fim, cabe-nos alertar pra alguns problemas práticos que vêm sendo observados a partir da aplicação da norma e que deve ser avaliado pela área , para isso, citaremos Ronny Charles:

Na prática, têm-se percebido que para algumas contratações, as microempresas e empresas de pequeno porte vencedoras das licitações beneficiadas pelos certames exclusivos são, na verdade, ligadas ou egressas de empresas de grande porte. Esse quadro pode prejudicar todo o incremento social imaginado pelo legislador e dificilmente é captado pelos órgãos de controle. Outrossim, é comum a identificação de certames exclusivos com itens desertos, fracassados ou cotas exclusivas com preços muito superiores aos da cota principal, entre outros motivos, pela inexistência de um ambiente competitivo real entre microempresas e empresas de pequeno porte, para a disputa da respectiva pretensão contratual. A isso tudo, some-se o problema de contratação de empresas de empresas de pequeno porte em contratações para as quais elas não possuem efetivas condições de suportar as nuances da contratação com o Poder Público.

(...)

Essas grandes distorções, em nosso entender, podem justificara não adoção das licitações exclusivas, para as ulteriores licitações com o mesmo objeto.

Em outros casos, identifica-se ainda pior: a microempresa participa do item exclusivo e do item "espelho", reduz muito seu valor neste último (de ampla competitividade), contudo mantém alto o valor de sua proposta, sem qualquer negociação, no item exclusivo! Tal atitude indica um comportamento reprovável, justificando o cancelamento do item exclusivo, para contratação do item espelho.

84. Deste modo, deve a área analisar adequadamente o caso concreto, para verificar se é possível ou não a realização de licitação exclusiva ou com cota reservada, atentando sempre para a necessidade de justificativa no caso de impossibilidade verificada.

### **DA ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ELEITA**

85. Conforme a Orientação Normativa nº 54, de 2014, do Advogado-Geral da União:

“Compete ao agente ou setor técnico da administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável.”

86. Na concepção de Marçal Justen Filho, “bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio” (Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. Editora Dialética, São Paulo, 2005, pág. 30).

87. Igualmente, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520, de 2002:

“Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

88. Ademais, segundo o art. 4º “caput” do Decreto nº 5.450, de 2005, a aquisição de bens e serviços comuns na Administração Pública deve ser empreendida através da modalidade Pregão, de preferência, em sua forma eletrônica, de maneira que a escolha do Administrador se encontra em conformidade com o regime jurídico pertinente.

“Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica. § 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.”

89. **Assim, deve o setor competente do Órgão assessorado, verificar a natureza do bem e atestar a sua natureza comum, expressamente nos autos.**

90. Atestada a natureza comum dos bens pretendidos, torna-se adequada a opção do Órgão pela contratação mediante pregão.

91. Por tratar-se de modelo referencial para a aquisição de medicamentos, interessante expor o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a necessidade de adoção do pregão eletrônico:

Consoante a jurisprudência do TCU, a não utilização do Pregão Eletrônico para aquisição de medicamentos só é permitida em casos de comprovada e justificada inviabilidade (Acórdão 247/2017-Plenário, de Relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues). Nesse sentido foi o voto do Ministro Relator Benjamin Zymler no Acórdão 2.901/2016-Plenário: “Não há espaço para opção discricionária entre o Pregão Eletrônico e o Presencial, pois inviabilidade não se confunde com inconveniência”.<sup>[2]</sup>

92. Na hipótese de a Administração optar pela utilização do pregão presencial, deverá justificar a adoção, a fim de comprovar a inviabilidade do emprego da forma eletrônica, nos termos do §1º do 4º “caput” do Decreto nº 5.450, de 2005.

93. Considere-se também, no que concerne especificamente ao Sistema de Registro de Preços-SRP, a par da modalidade concorrência prevista no art. 15, §3º, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993, o art. 11 da Lei nº 10.520, de 2002 admitiu a utilização do Pregão para a efetivação do registro de preços para eventual contratação de bens e serviços comuns.

94. Importante ressaltar que o Decreto nº 7.892, de 2013, que regulamenta o SRP, em seu art. 7º, *caput*, fez previsão no mesmo sentido, de maneira que se pode concluir que a utilização do pregão para registro de preços de serviços comuns é modalidade licitatória compatível com a legislação pertinente.

95. Por sua vez, o artigo 3º, do Decreto nº 7.892, de 2013, enumera nos incisos I a IV as situações nas quais deverá ser adotado, preferencialmente, o Sistema de Registro de Preços, *in verbis*:

“Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.”

96. Lembramos que as hipóteses de cabimento do SRP são taxativas, nos termos do Parecer nº 109/2013/DECOR/CGU/AGU, devidamente aprovado pelo Consultor-Geral da União, em 18/11/2014, restando ultrapassado, em decorrência, o entendimento anterior contido no atualmente superado Parecer nº 125/2010/DECOR/CGU/AGU, que admitia a utilização do registro de preços em casos de “contingenciamento orçamentário”, por exemplo.

97. Desta forma, é necessário indicar expressamente a hipótese em que se enquadra o pretendido registro de preços.

98. Cabe ressaltar que recentemente o Decreto nº 7.892, de 2013 foi alterado pelo Decreto nº 9.488, de 30 de agosto de 2018. Essas modificações entraram em vigor por completo no dia 1º de outubro de 2018. As alterações se referem, resumidamente, ao estabelecimento de prazo mínimo para órgãos e entidades manifestem interesse em participar de IRP ( Art. 4º , § 1º-A ), mudanças de regras de adesão para órgãos não participantes (art. 22,§ 1º-A, § 1º-B , § 4º, § 4º-A , § 9º-A , § 10, § 11), inclusive com a adoção de novo limite previsto no art. 22 §4º, que devem ser observadas.

### **DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS**

99. Quanto ao **prazo de validade da Ata de Registro de Preços**, o Decreto nº 7.892/2013, estatui que esse prazo não poderá ser superior a 12 (doze) meses, computadas nestes as eventuais prorrogações.

100. Ao mais, é vedado efetuar acréscimos nos quantitativos fixados, inclusive aqueles previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93:

Decreto 7.892/2013

(...)

Art. 12. O prazo de validade da ata de registro de preços não será superior a doze meses, incluídas eventuais prorrogações, conforme o inciso III do § 3º do art. 15 da Lei nº 8.666, de 1993.

**§ 1º É vedado efetuar acréscimos nos quantitativos fixados pela ata de registro de preços, inclusive o acréscimo de que trata o § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.**

§ 2º A vigência dos contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços será definida nos instrumentos convocatórios, observado o disposto no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 3º Os contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços poderão ser alterados, observado o disposto no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 4º O contrato decorrente do Sistema de Registro de Preços deverá ser assinado no prazo de validade da ata de registro de preços.

### **DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL**

101. Tendo por fundamento os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os artigos 3º e 225, da Constituição Federal e legislação, há um poder-dever do gestor público na realização de licitações sustentáveis, considerando aspectos ambientais, sociais, econômicos e de acessibilidade. Assim, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é diretriz a ser observada na licitação (artigo 3º, “caput”, Lei 8666/93), ao lado da garantia de observância do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

102. O Decreto nº 7.746, de 2012 regulamentou o artigo 3º, da Lei nº 8.666, de 1993 e, na efetivação do desenvolvimento nacional sustentável pelas licitações, o órgão assessorado deve atentar se na contratação incidem diretrizes (artigo 4º), critérios e práticas (artigos 3º e 7º) de sustentabilidade.

103. **Os critérios e práticas de sustentabilidade devem constar como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada.** Em subsídio:

*“1.10. Dar ciência à (...) sobre as seguintes impropriedades:*

*1.10.2. falta de aplicação de critérios e práticas de sustentabilidade, que contribuem para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, em suas contratações, o que afronta o art. 3º da Lei 8666/1993.*

*[ACÓRDÃO Nº 32/2015 - TCU - 2ª Câmara](#) . Processo TC-034.526/2011-0 (PRESTAÇÃO DE CONTAS - Exercício: 2010) relator Raimundo Carreiro*

*(...) as chamadas licitações sustentáveis constituem importante instrumento a ser adotado pelas entidades públicas para, utilizando seu significativo poder de compra, induzir o setor produtivo a adotar processos de produção ambientalmente mais sustentáveis.”*

*(Acórdão 0691-04/13-2 - 2ª. Câmara)*

104. Uma licitação é sustentável nas diversas fases da contratação:

- a) previamente no planejamento do que (especificação do objeto) e como contratar (obrigação da contratada),
- b) na observância da legislação de sustentabilidade e acessibilidade incidente,
- c) na execução contratual e
- d) no gerenciamento socioambiental adequado das embalagens e resíduos decorrentes da contratação.

### **o NA FASE DE PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO**

105. Nas aquisições, a Lei nº 12.305, de 2010 estabelece a prioridade para:

- a) produtos reciclados e recicláveis e
- b) bens que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis (artigo 7º, XI).

106. Referida previsão legal não depende de regulamentação e é de aplicabilidade imediata. Neste sentido, no tocante à especificação técnica de bens, registre-se a existência de um sistema oficial do Governo Federal, Catálogo de Materiais Sustentáveis do Ministério do Planejamento (CATMAT Sustentável), que deverá ser aprimorado, a partir da determinação constante do Acórdão 1056/2017 – Plenário TCU.

107. Assim, o órgão assessorado deve incluir os critérios de sustentabilidade já na fase de planejamento, ou justificar a não incidência dos critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade.

#### ◦ **OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO E NORMAS INCIDENTES**

108. O Guia Nacional de Licitações Sustentáveis contém compilação de leis e normas de conteúdo geral e obrigatório, a serem inseridas nas minutas de acordo com o objeto a ser contratado.

109. Anote-se que o Guia não é exauriente e não afasta a necessidade de o órgão assessorado verificar a atualidade e eventuais alterações das normas, bem como a observância de legislação estadual e municipal eventualmente incidentes.

#### ◦ **EXECUÇÃO CONTRATUAL E DESTINAÇÃO DE EMBALAGENS E RESÍDUOS DECORRENTES DA LICITAÇÃO**

110. Uma aquisição pública sustentável não se exaure com a escolha do bem e na inserção de leis e normas pertinentes na minuta de edital e anexos. Há outros aspectos relevantes da sustentabilidade a serem observados na fase de execução contratual, concernentes ao uso racional e sem desperdício dos bens que serão adquiridos nesta contratação. Em subsídio, recomendamos consulta ao Programa Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P) do Ministério do Meio Ambiente.

111. Em acréscimo, observamos que é dever da Administração conferir a destinação ambiental adequada das embalagens e resíduos que decorrerem da presente aquisição, seja das embalagens, seja dos próprios bens (se de consumo) após sua utilização, considerando sua qualificação: recicláveis, não recicláveis, orgânicos, perigosos, eletroeletrônicos, resíduos de saúde e rejeitos.

112. Para tanto, atente-se para a Lei nº 12.305, de 2010, registrando-se que os resíduos recicláveis decorrentes desta aquisição têm regulamentação prevista no Decreto nº 5.940, de 2006, com destinação a cooperativas e associações de catadores, em procedimento que deve ser observado pelo órgão assessorado independentemente da contratação ora em exame.

113. Finalizamos com a orientação jurídica de que a responsabilidade por eventual dano ambiental decorrente da inadequada destinação dos resíduos desta contratação é objetiva.

#### **ANÁLISE DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO**

114. A seguir, passa-se à verificação do atendimento dos requisitos previstos no Decreto nº 3.555, de 2000, Decreto nº 5.450, de 2005, Decreto nº 7.892, de 2013, conjugados com as regras da Lei nº 10.520, de 2002 e da Lei nº 8.666, de 1993, necessários à instrução da fase preparatória do pregão, sendo certo que cabe ao Administrador observar as demais exigências concernentes à fase externa do procedimento em momento oportuno, posterior a presente manifestação jurídica.

115. Sugere-se a consulta à Lista de Verificação para Pregão ou SRP Pregão (atos administrativos e documentos a serem verificados- no que forem aplicáveis à hipótese), desenvolvida pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria AGU nº 1.161/2010 que poderá ser acessada através do endereço eletrônico <http://www.agu.gov.br>.

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

#### justificativa da contratação

117. Quanto à justificativa da contratação (conforme determinação do art. 21, I do Decreto nº 3.555, de 2000 e art. 9º, inc. III e art. 30, inc. I, ambos do Decreto nº 5.450, de 2005), não cabe ao órgão jurídico adentrar o mérito (oportunidade e conveniência) das opções do Administrador, exceto em caso de afronta a preceitos legais. O papel do órgão jurídico é recomendar que tal justificativa seja a mais completa possível, orientando o órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para futuros questionamentos, por exemplo, quanto à pertinência ou necessidade da contratação, ou dos quantitativos estimados.

118. No que toca à especificação do objeto, é certo que o aumento do nível de seu detalhamento 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.

119. Além disso, 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 da Lei nº 4.150, de 1962.

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

121. Nesse sentido, o art. 3º, inc. II da Lei nº 10.520, de 2002 impõe:

*“Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:*

*(...)*

*II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.*

*(...)”*

122. É no intuito de evitar o esvaziamento dos princípios licitatórios da ampla concorrência é que, a princípio, a lei veda a preferência por marca – art. 15, §7º, inc. I, por representar restrição à ampla competitividade do certame. Todavia, não se pode olvidar que a própria lei, em seu art. 7º, parágrafo 5º admite a indicação de marca, características ou especificações exclusivas, desde que tecnicamente justificável, o que também é sustentado pela doutrina.

*“Art. 15. (...)*

*§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:*

*I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;”*

*7º (...)*

*§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.”*

123. Conforme magistério de Marçal Justen Filho:

*“Havendo motivação técnico-científica adequada, a escolha da Administração não apresentará defeitos. Essa escolha deverá indicar o objeto escolhido. Para sua perfeita identificação, nada impede a utilização da marca e dos demais característicos externos do objeto escolhido. Enfim, a marca não pode ser a causa motivadora da escolha, mas se admite a indicação da marca como mero elemento acessório, consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido.” (op.cit., pág. 577).*

124. Em outra passagem, salienta o mesmo Doutrinador:

*“Não é necessário reiterar a ausência de confusão entre os conceitos de padronização e preferência por marca. A padronização pode resultar na seleção de um produto identificável por meio de uma marca. Logo, o resultado será a escolha pela Administração de uma “marca” determinada, a qual será utilizada posteriormente para identificar os objetos que serão contratados. Isso não se traduz em qualquer tipo de atuação reprovável, não infringe à Constituição nem viola a Lei nº 8.666/1993. O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca. Não há infringência quando se elege um produto (serviço etc.) em virtude de qualidades específicas, utilizando-se sua marca apenas como instrumento de identificação. No caso, não há preferência pela marca, mas pelo objeto. A marca é, tão somente, o meio pelo qual se individualiza o objeto que se escolheu. (...)” (ob. cit., pág. 299*

125. Portanto, a justificativa correspondente deverá pautar-se em critérios técnicos e objetivos que demonstrem a sua imprescindibilidade para a plena satisfação do interesse público.

126. Desta forma, a proibição deve ser interpretada no sentido 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 pressuposto, sob pena de indevida restrição da licitação e quebra da isonomia dos licitantes.

127. Por outro lado, consoante diretrizes do TCU (nesse particular, os Acórdãos TCU nº 2.300/2007-Plenário e 1.344/2009-2ª Câmara são esclarecedores), também é admissível a indicação de marca/fabricante, quando for necessária como parâmetro ou referência para as especificações qualitativas do objeto, para facilitação de sua identificação, devendo, neste caso, vir acompanhada das expressões “equivalente, similar ou de melhor qualidade”.

128. Mais recentemente tem-se a seguinte decisão do TCU:

*"A vedação à indicação de marca (arts. 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a menção à marca de referência, que deriva da necessidade de caracterizar/descrever de forma adequada, sucinta e clara o objeto da licitação (arts. 14, 38, caput, e 40, inciso I, da mesma Lei). A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993), admite a realização de licitação de objeto sem similaridade nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada."*  
AC-2829/15 - Plenário do TCU

129. Por fim, registre-se que a Súmula nº 270/2012 do TCU admite, desde que previamente justificada, a indicação de marca para licitação de compras (inclusive *softwares*), para fins exclusivos da padronização, conforme dispõe o art. 15, I da Lei nº 8.666, de 1993:

Art. 15 As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

Súmula 270 do TCU:

*Em licitações referentes a compras, inclusive de **softwares**, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção.*"

130. Em razão do exposto, pode-se concluir que a indicação de marca é permitida nas seguintes situações:

- o a) Na presença de justificativa técnica sólida que demonstre a sua imprescindibilidade para a satisfação do objeto da contratação, inclusive para fins de padronização;
- o b) Quando necessária como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, caso em que deverá ser seguida das expressões "ou equivalente", "ou similar" e "ou de melhor qualidade".

131. Ressalte-se ainda que **a justificativa da contratação deve compreender os quantitativos estimados da aquisição condizente com o consumo/utilização prováveis do órgão, aferida mediante adequadas técnicas para tanto**, em conformidade com o que dispõe o art. 15, §7º, inc. II, da Lei nº 8.666, de 1993, pois dela dependerá o cálculo do valor contratual.

*"Art. 15 (...)*

*§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:*

*(...)*

*II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimção;"*

132. Insta recordar que o valor contratual é determinante para fins de aplicabilidade dos termos do art. 6º do Decreto nº 8.538, de 2015 (restrição das licitações à participação exclusiva das ME e EPP, para contratações de até R\$80.000,00), daí a sua importância para evitar a limitação ou ampliação indevida da participação no certame.

133. Outrossim, é cediço que muitas vezes, o preço do produto pode variar em função da quantidade da aquisição, como ocorre na economia de escala. Desta forma, fica evidenciada a essencialidade de se fixar a estimativa adequada para propiciar a apresentação de propostas/lances coerentes, visando ao êxito do certame com resultados verossímeis.

134. De fato, é nesse sentido que a doutrina e o TCU aconselham, **ao recomendar a fixação no edital do SRP não apenas da quantidade máxima dos itens licitados, mas também estabelecer lotes mínimos - é dizer, quantitativo mínimo a ser fornecido a cada pedido -, para a obtenção de preços por atacado e, em decorrência, mais favoráveis à Administração** (Conforme os trechos do Voto do Ministro Relator no Acórdão 4.411/2010- 2ª Câmara).

135. **Necessário, pois, que a justificativa contenha esclarecimentos acerca da metodologia utilizada para a previsão idônea dos quantitativos estimados do certame - tanto o quantitativo máximo da ata, quanto o lote mínimo de cada pedido.**

autorização para abertura da Licitação

136. A autorização para abertura da licitação devidamente assinada pela autoridade competente decorre da exigência do art. 21, inc. V do Decreto nº 3.555, de 2000, devendo constar nos autos do processo.

termo de referência com a aprovação da autoridade competente

137. O Termo de Referência é o documento que deverá conter as informações e os elementos técnicos necessários para assegurar a viabilidade da contratação, sobretudo em relação à avaliação do custo, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia e suprimento, e o prazo da execução do contrato (de acordo com a definição do §2º do art. 9º do Decreto nº 5.450, de 2005 e inc. II do art. 8º do Decreto nº 3.555, de 2000).

138. **Tal documento deverá ser aprovado motivadamente pela autoridade competente** (Conforme art. 9º, inc. II do Decreto nº 5.450, de 2005 e art. 8º, inc. IV do Decreto nº 3.555, de 2000).

#### Pesquisa de preço

139. A pesquisa ampla e idônea com base no valor de mercado é essencial para propiciar a adequada estimativa de custos da contratação de forma transparente e proba e, ao mesmo tempo, possibilitar a aferição do valor referencial do item (itens) que servirá(ão) como parâmetro na análise da exequibilidade ou aceitabilidade das propostas ou lances das empresas licitantes na ocasião do certame, podendo nortear o valor máximo aceitável.

140. Dispõe o art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993:

*“A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:*

*(...)*

*IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;” (grifo nosso)*

141. Ainda a Lei 8.666, de 1993, determina o seguinte:

*“Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...)*

*II - ser processadas através de sistema de registro de preços; (...)*

*§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.”(grifo nosso)*

142. Considerando nosso papel de proporcionar à Autoridade o máximo de segurança possível para a prática do ato, não podemos deixar de alertar a necessidade de fixar o valor de referência de uma contratação com embasamento técnico suficiente que permita constatar, pelo menos aproximadamente, o valor justo a ser pago.

143. Ademais, que a correta estimativa do valor contratual é essencial para a verificação da necessidade ou não de se proceder à licitação de participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 6º do Decreto nº 8.538 de 2015 e as Cooperativas enquadradas no art. 34, da Lei nº 11.488, de 2007.

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

145. Outrossim, sempre que possível, é recomendável que sejam observadas as disposições feitas pela **Instrução Normativa nº 05 de 2014**, que foi inclusive **alterada** parcialmente pela **Instrução Normativa nº 03 de 2017**. Vejamos:

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros: . (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

I - Painel de Preços disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br>; (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§1º Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, **devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II e demonstrado no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência.** (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§2º Serão utilizados, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou

mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§3º Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados pela autoridade competente. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§4º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§5º Para desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

§6º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores." (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

146. Conforme indica o §1º do art. 2º da Instrução Normativa, **deve ser priorizado a utilização do painel de preços disponível no endereço eletrônico <http://paineldepregos.planejamento.gov.br> bem como contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços.**

147. A não utilização dos parâmetros I e II deverá ser justificada nos autos. No caso de impossibilidade de utilização do Painel de Preços e/ou das contratações similares por outros órgãos públicos e havendo a necessidade de pesquisa com fornecedores, é recomendável a obtenção de, ao menos, três orçamentos (Acórdãos nº 980/2005, nº 3.219/2010, ambos do Plenário, e nº 7.821/2010-1ª Câmara do TCU), devendo a pesquisa ser juntada nos autos do processo de licitação (Nesse sentido, dispõem os Acórdãos nº 663/2009 e nº 3.219/2010 do Plenário do TCU). É importante que se atente para que tal consulta se dê nos moldes do Termo de Referência, considerando exatamente as especificações do objeto, a fim de preservar a fidelidade dos preços pesquisados em relação à aquisição almejada.

148. **Além do mais, deve constar nos autos, a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência, bem como análise crítica dos preços coletados.**

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

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

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

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

*"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:*

*(...)*

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

151. Também é aconselhável que a Unidade licitante verifique se não existe Ata de Registro de Preços cadastrada nos sistemas eletrônicos, e ainda em vigor, em condições de atender às suas necessidades, para fins de composição da pesquisa de preços, ainda com intuito de refletir os preços praticados atualmente no âmbito da Administração.

#### previsão de recursos orçamentários

152. A declaração de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal, conforme dispõe o

artigo 10, IX, Lei 8.429, de 1992, e artigos 38 e 55 da Lei nº 8.666, de 1993.

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

154. **Em conformidade com a Orientação Normativa AGU nº 20, de 1º de abril de 2009, “Na Licitação para Registro de Preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato”, devendo o responsável zelar pelo seu atendimento.**

155. No mesmo sentido o Decreto nº 7.892, de 2013, em seu artigo 7º, § 2º.

#### designação do pregoeiro, equipe de apoio e demais agentes que atuam no feito

156. O art. 21, VI do Decreto nº 3.555, de 2000 e art. 30, inc. VI do Decreto nº 5.450, de 2005 (pregão eletrônico) exigem a comprovação da legitimidade do pregoeiro e dos membros da equipe de apoio e demais agentes que atuam no feito.

157. Por fim, cabe ao órgão observar as condições inerentes à designação do pregoeiro e membros da equipe de apoio, conforme prevê o art. 10 do Decreto nº 5.450, de 2005 (pregão eletrônico) ou art. 7º, parágrafo único e art. 10 do Decreto nº 3.555, de 2000 (pregão presencial). Outrossim, aplicáveis subsidiariamente os termos do §4º do art. 51 da Lei nº 8.666, de 1993 que veda a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.

#### Intenção de Registro de Preços

158. Nos termos do art. 5º, inciso I, do Decreto nº 7.892, de 2013, cabe ao órgão gerenciador registrar sua intenção de registro de preços no Portal de Compras do Governo Federal.

159. Outrossim, conforme art. 4º, §1º, do Decreto 7.892, de 2013 (com a redação dada pelo Decreto nº 8.250, de 2014), **o órgão poderá dispensá-la, justificadamente.**

#### Incumbências do órgão gerenciador no registro de preços

160. Nos incisos III do artigo 2º do Decreto nº 7.892, de 2013, o órgão gerenciador é definido como o *órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente.*

161. Por sua vez, no Capítulo III do Decreto, foram estabelecidas as suas incumbências:

##### *“CAPÍTULO III*

##### *DAS COMPETÊNCIAS DO ÓRGÃO GERENCIADOR*

*Art. 5º Caberá ao órgão gerenciador a prática de todos os atos de controle e administração do Sistema de Registro de Preços, e ainda o seguinte:*

*I - registrar sua intenção de registro de preços no Portal de Compras do Governo federal;*

*II - consolidar informações relativas à estimativa individual e total de consumo, promovendo a adequação dos respectivos termos de referência ou projetos básicos encaminhados para atender aos requisitos de padronização e racionalização;*

*III - promover atos necessários à instrução processual para a realização do procedimento licitatório;*

*IV - realizar pesquisa de mercado para identificação do valor estimado da licitação e, consolidar os dados das pesquisas de mercado realizadas pelos órgãos e entidades participantes, inclusive nas hipóteses previstas nos §§ 2º e 3º do art. 6º deste Decreto;*

*V - confirmar junto aos órgãos participantes a sua concordância com o objeto a ser licitado, inclusive quanto aos quantitativos e termo de referência ou projeto básico;*

*VI - realizar o procedimento licitatório;*

*VII - gerenciar a ata de registro de preços;*

*VIII - conduzir eventuais renegociações dos preços registrados;*

*IX - aplicar, garantida a ampla defesa e o contraditório, as penalidades decorrentes de infrações no procedimento licitatório; e*

*X - aplicar, garantida a ampla defesa e o contraditório, as penalidades decorrentes do descumprimento do pactuado na ata de registro de preços ou do descumprimento das obrigações contratuais, em relação às suas próprias contratações.*

*XI - autorizar, excepcional e justificadamente, a prorrogação do prazo previsto no § 6º do art. 22 deste Decreto, respeitado o prazo de vigência da ata, quando solicitada pelo órgão não participante.*

*§ 1º A ata de registro de preços, disponibilizada no Portal de Compras do Governo federal, poderá ser assinada por certificação digital.*

*§ 2º O órgão gerenciador poderá solicitar auxílio técnico aos órgãos participantes para execução das atividades previstas nos incisos III, IV e VI do caput.”*

162. Nesse sentido, além daquelas já apontadas em outros tópicos, cabe-lhe, ainda:

a) Consolidar informações relativas à estimativa individual e total de consumo, promovendo a adequação dos respectivos termos de referência ou projetos básicos encaminhados para atender aos requisitos de padronização e racionalização;

b) Realizar pesquisa de mercado para identificação do valor estimado da licitação e,

consolidar os dados das pesquisas de mercado realizadas pelos órgãos e entidades participantes, inclusive nas hipóteses previstas nos §§ 2º e 3º do art. 6º deste Decreto; e  
c) Confirmar junto aos órgãos participantes a sua concordância com o objeto a ser licitado, inclusive quanto aos quantitativos e termo de referência ou projeto básico.

163. Além disso, também lhe compete exigir que o órgão que tenha manifestado interesse em participar do registro de preços, o faça observando as disposições do Capítulo IV do Decreto:

*“CAPÍTULO IV*

*DAS COMPETÊNCIAS DO ÓRGÃO PARTICIPANTE*

*Art. 6º O órgão participante será responsável pela manifestação de interesse em participar do registro de preços, providenciando o encaminhamento ao órgão gerenciador de sua estimativa de consumo, local de entrega e, quando couber, cronograma de contratação e respectivas especificações ou termo de referência ou projeto básico, nos termos da [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), e da [Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#), adequado ao registro de preços do qual pretende fazer parte, devendo ainda:*

*I - garantir que os atos relativos a sua inclusão no registro de preços estejam formalizados e aprovados pela autoridade competente;*

*II - manifestar, junto ao órgão gerenciador, mediante a utilização da Intenção de Registro de Preços, sua concordância com o objeto a ser licitado, antes da realização do procedimento licitatório; e*

*III - tomar conhecimento da ata de registros de preços, inclusive de eventuais alterações, para o correto cumprimento de suas disposições.*

*(...)*

*§ 5º Caso o órgão gerenciador aceite a inclusão de novos itens, o órgão participante demandante elaborará sua especificação ou termo de referência ou projeto básico, conforme o caso, e a pesquisa de mercado, observado o disposto no art. 6º.*

*§ 6º Caso o órgão gerenciador aceite a inclusão de novas localidades para entrega do bem ou execução do serviço, o órgão participante responsável pela demanda elaborará, ressalvada a hipótese prevista no § 2º, pesquisa de mercado que contemple a variação de custos locais ou regionais.”*

164. Destaque-se:

- a) Encaminhamento ao órgão gerenciador de sua estimativa de consumo, local de entrega e, quando couber, cronograma de contratação e respectivas especificações ou termo de referência ou projeto básico;
- b) Atos relativos à inclusão no registro de preços formalizados e aprovados pela autoridade competente; e
- c) Manifestação, junto ao órgão gerenciador, mediante a utilização da Intenção de Registro de Preços, sua concordância com o objeto a ser licitado, antes da realização do procedimento licitatório.

**DA VIGÊNCIA DOS CONTRATOS PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS, INSUMOS DE SAÚDE E CORRELATOS A SEREM FIRMADOS LASTREADA NO CAPUT DO ART. 57 DA LEI N ° 8.666/1993**

165. Prevê o **caput do art. 57 da Lei n. 8.666, de 1993**, como regra, que a duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários.

166. Contudo, em caso de enquadramento em referida hipótese de prazo de vigência, a vigência contratual poderá ultrapassar o exercício financeiro, desde que as despesas referentes à contratação sejam integralmente empenhadas até 31 de dezembro, para fins de inscrição em restos a pagar, conforme Orientação Normativa AGU n° 39, de 13/12/2011.

**DA VIGÊNCIA DOS CONTRATOS PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS, INSUMOS DE SAÚDE E CORRELATOS A SEREM FIRMADOS LASTREADA NO INCISO I DO ART. 57 DA LEI N ° 8.666/1993**

167. No que alude à vigência contratual, com esteio no art. 57, I, da Lei n. 8.666, de 1993, esta Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, por intermédio do PARECER n. 95/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU e DESPACHO n. 214/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU, firmou posicionamento no seguinte sentido:

“A Constituição do Brasil, de 5 de outubro de 1988, aponta o PPA (Plano Plurianual) como instrumento do orçamento da União, repetindo a Carta política de 1967, para em seguida indicar que seu escopo é estabelecer a expressão financeira dos programas setoriais e regionais para aplicação das despesas de capital e para as relativas aos programas de duração continuada.

168. Essa expressão — duração continuada — está em plena consonância com a ideia de “contrato sucessivo” ou contrato de trato sucessivo, que são aqueles em que não é possível ou desejável sua satisfação em um só momento, protraindo-se no tempo sem solução de continuidade ou mediante execução periódica ou reiterada, solvendo-se num espaço mais ou menos longo de tempo.

169. Assim, para os contratos cujos objetos estejam previstos no PPA, poderá haver prorrogação do ajuste para atender aos programas de duração continuada, como a aquisição de insumos

estratégicos para a saúde, com enquadramento da vigência contratual no art. 57, I, da Lei n. 8.666, de 1993.

170. Ademais, forçoso reconhecer, ainda, que a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, em seu Anexo III (lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017.), previu que boa parte das despesas com o SUS é obrigatória de caráter continuado e que, por isso, não serão objeto de limitação de empenho nos termos do art. 9º, §2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal por constituírem obrigações constitucionais ou legais da União:

*I - OBRIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS OU LEGAIS DA UNIÃO*

[...]

2. *Atenção à Saúde da População para Procedimentos em Média e Alta Complexidade (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);*

3. *Piso de Atenção Básica Fixo (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);*

4. *Atendimento à População com Medicamentos para Tratamento dos Portadores de HIV/AIDS e outras Doenças Sexualmente Transmissíveis (Lei nº 9.313, de 13/11/1996);*

[...]

14. *Piso de Atenção Básica Variável - Saúde da Família (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);*

15. *Promoção da Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos na Atenção Básica em Saúde (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);*

16. *Incentivo Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para Execução de Ações de Vigilância Sanitária (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);*

17. *Incentivo Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios Certificados para a Vigilância em Saúde (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);*

[...]

38. *Expansão e Consolidação da Estratégia de Saúde da Família - PROESF (Lei n. 8.142, de 28/12/1990)*

39. *Incentivo Financeiro a Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para Ações de Prevenção e Qualificação da Atenção em HIV/AIDS e outras Doenças Sexualmente Transmissíveis (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);*

[...]

44. *Apoio para Aquisição e Distribuição de Medicamentos Excepcionais (Componente Especializado) da Assistência Farmacêutica (Lei nº 8.142, de 28/12/1990);*

[...]

54. *Imunobiológicos para Prevenção e Controle de Doenças (Lei nº 6.259, de 30/10/1975, e Lei nº 8.080, de 19/09/1990)*

171. **Assim, entende-se possível o enquadramento no art. 57, I, da Lei nº 8.666, de 1993.**

172. Ponto, contudo, não abordado naquele momento e que se apresenta imprescindível agora é saber qual o prazo máximo de vigência contratual e se referida vigência estaria condicionada ou não ao PPA vigente.

173. Da dicção estrita do art. 57, I, da Lei n. 8.666, de 1993, isoladamente, não se extrai exatamente qual a duração máxima da vigência dos contratos, deduzindo-se ali que basta que esteja contemplado no PPA para que seja autorizada a sua prorrogação, havendo ainda interesse da Administração e previsão no instrumento convocatório:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

174. Consabido existir posicionamento doutrinário no sentido de que "*é possível que, nesses termos, o contrato vigore por muitos anos, inclusive além do prazo de vigência de uma Lei do Plano Plurianual, bastando que as leis dessa natureza continuem prevendo programas com o objeto do contrato, satisfeitos, ainda, os demais requisitos em tela.*", consoante defente JACOBY[16]

175. Lastreado, contudo, na manutenção do núcleo mínimo da segurança jurídica, entendeu esta CONJUR (PEC 4029 - SIPAR 25000.121118/2014; PEC 4378 - SIPAR 25000.147912/2014 e PEC 4185 - SIPAR 25000.135905/2014) que a interpretação a ser extraída do art. 57, I, da Lei nº 8.666, de 1993, induz à resposta de que a duração máxima da vigência dos contratos nessa hipótese está adstrita ao período em que durar o PPA, portanto no máximo de 4 (quatro) anos, estando, ainda, atrelada ao PPA vigente, não podendo, por conseguinte, transpor esse prazo.

176. Extrair esse alcance da lei apresentou-se mais seguro, isso porque evita a perenização da contratação, ainda que se trate de casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Razões avultam-se claras nesse sentido. Ilustrativamente, uma pesquisa de preços mal elaborada induziria e permitiria, em princípio, a prorrogação por diversos anos, bastando que aquela ação estivesse contemplada nos subsequentes PPAs, não existindo limite temporal para tanto. No caso de inexigibilidade, o risco também ocorreria, e aqui contaria com a agravante de que outros fornecedores podem surgir no mercado, sem terem a possibilidade de concorrer e forçar a diminuição dos preços ou mesmo a elevação da qualidade dos produtos ofertados ao consumidor. Enfim, a perenização dos contratos ou duração por longo período, em tese, não se afigura harmônica com os princípios que regem a Administração Pública, a qual prima pela eficiência, priorizando, ainda, disputa por meio de procedimentos de licitação.

177. Exsurge também cristalino não haver “vácuo legislativo” ou “descuido legislativo” nessa previsão. Ao reverso, simplesmente não se permite prorrogação contratual sem previsão no PPA. Nesse ponto, a simples afirmação da unidade orçamentária do Ministério da Saúde de que trabalhará em prol de que conste no próximo PPA tal ação continuada de medicamentos não se afigura como garantia de que referida ação lá constará e que será a vontade do legislador ordinário, portanto a mera afirmação do gestor não confere direito à eventual prorrogação, pelo óbvio motivo de que o PPA ainda inexistente.

178. Portanto, para os contratos cujos produtos estejam talhados no Plano Plurianual, como visto, poderá haver prorrogação do ajuste, contudo, deverá ocorrer satisfação simultânea de outros requisitos para ele seja prorrogado:

a) **haver dotação orçamentária** – não se deve dissociar a regra do inciso I da insculpida no respectivo *caput*. Embora a lei orçamentária anual esteja compelida a sufragar as metas do Plano Plurianual é possível que, no caso concreto, embora infrequentes vezes, o objeto do contrato não esteja previsto ou tenha sido insuficientemente dotado. Inexistindo previsão de crédito orçamentário na lei anual, ainda que consagrado o objeto no Plano Plurianual, não pode ter vigência o contrato;

b) **previsão no ato convocatório** – a possibilidade de prorrogação do contrato deve estar expressamente prevista no ato convocatório (ou no termo de contrato em casos de dispensa ou inexigibilidade), por constituir elemento decisivo ao recrutamento dos licitantes interessados em participar do certame. A prorrogação em qualquer caso dos incisos, mesmo naqueles outros em que não há expressa referência à previsão no ato convocatório, só pode ocorrer se tiver sido prevista. É que, como dito, constitui elemento essencial ao recrutamento, garantidor do princípio da isonomia entre licitantes, muito embora a prorrogação não seja direito do contratado;

c) **interesse da Administração** – de igual modo os contratos administrativos são ajustados e continuados enquanto interessarem à Administração, como é próprio da sua natureza, em face da potencial incidência das cláusulas exorbitantes. Não se trata de poder discricionário amplo, mas que se exerce, apenas, para a satisfação do interesse público. Conseqüente direto desse requisito essencial à prorrogação, aliás a qualquer prorrogação, é que ainda quando o produto esteja previsto no Plano Plurianual e mesmo que tenha havido previsão editalícia, a possibilidade de prorrogação sujeita-se ao interesse público. Note-se que a questão é muito complexa, pois a Lei é soberana e está acima da “vontade” da Administração para decidir o interesse público. Portanto, somente uma hipótese pode existir para que o interesse público externado pelo gestor público se sobreponha ao interesse público definido no PPA: fatos supervenientes.

179. Efetuadas tais ponderações e delimitado o entendimento desta Consultoria Jurídica, os contratos a serem formatados atualmente, com fundamento de vigência no art. 57, I, relativamente ao último exercício de vigência do certo é que a vigência das contratações alvitradas com fundamento no inciso I do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, estarão atreladas àquela, ou seja, até 31.12.2019.

180. Contudo, com esteio na razoabilidade e proporcionalidade, sem flexibilizar ou mitigar a indispensável legalidade administrativa, abre-se a possibilidade de os contratos em tela terem duração maior, sendo indispensável, para tanto, que o próximo PPA 2020-2023 contemple referida ação e, quando referida Lei do PPA for aprovada, seja firmado Termo Aditivo alterando o contrato firmado para se permitir a extensão da vigência com base no novo Plano Plurianual.

181. Tal conduta evitará que sejam deflagrados inúmeros procedimentos voltados à aquisição dos mesmos medicamentos (economia processual e eficiência administrativa), bem como obstará eventual desabastecimento da rede SUS pela interrupção das aquisições de medicamentos. Por conseguinte, em sendo alterado o contrato administrativo, via Termo Aditivo, para inserção de suporte normativo por conta do novo PPA, as aquisições referentes a cada ano poderão ser empenhadas com os respectivos recursos do ano referido, não necessitando, em absoluto, que todas as despesas sejam empenhadas até 31.12.2019.

## **REGULARIDADE SANITÁRIA**

182. Tratando-se de aquisição de medicamentos, insumos de saúde e correlatos, necessário será que as comprovações e exigências oriundas da ANVISA em relação ao produto e produtor também passem pelo crivo da avaliação da área técnica, verificando-se sua devida regularidade.

## **ANÁLISE DAS MINUTAS**

### **EDITAL**

183. **Quanto ao item alternativo 3.1 e seguintes, sugere-se a adoção da redação constante no modelo da AGU (atualizado em razão do Decreto nº 9.488/2018), nos seguintes termos:**

*3.1 A ata de registro de preços, durante sua validade, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador, desde que devidamente justificada a vantagem e respeitadas, no que couber, as condições e as regras estabelecidas na Lei nº 8.666, de 1993 e no Decreto nº 7.892, de 2013.*

*3.1.1. A manifestação do órgão gerenciador a respeito da possibilidade de adesão fica condicionada à realização de estudo, pelos órgãos e pelas entidades que não participaram*

do registro de preços, que demonstre o ganho de eficiência, a viabilidade e a economicidade para a administração pública federal da utilização da ata de registro de preços, conforme estabelecido em ato do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

*3.2 Caberá ao fornecedor beneficiário da Ata de Registro de Preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento, desde que este fornecimento não prejudique as obrigações anteriormente assumidas com o órgão gerenciador e órgãos participantes.*

*3.3 As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este item não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cinquenta por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes.*

*3.4 As adesões à ata de registro de preços são limitadas, na totalidade, ao ..... (dobro)..... do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que eventualmente aderirem.*

*3.5 Ao órgão não participante que aderir à ata competem os atos relativos à cobrança do cumprimento pelo fornecedor das obrigações contratualmente assumidas e a aplicação, observada a ampla defesa e o contraditório, de eventuais penalidades decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais, em relação as suas próprias contratações, informando as ocorrências ao órgão gerenciador.*

*3.6 Após a autorização do órgão gerenciador, o órgão não participante deverá efetivar a contratação solicitada em até noventa dias, observado o prazo de validade da Ata de Registro de Preços.*

*3.6.1Caberá ao órgão gerenciador autorizar, excepcional e justificadamente, a prorrogação do prazo para efetivação da contratação, respeitado o prazo de vigência da ata, desde que solicitada pelo órgão não participante.*

184. Quanto ao item 5.3.4. deve-se justificar a vedação à participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial, em conformidade decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). 1ª Turma. AREsp 309.867-ES, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 26/06/2018) e do Parecer nº 2/2016/CPLCA/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor-Geral da União.

185. De acordo com o Parecer nº 2/2016/CPLCA/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor-Geral da União, a certidão negativa de recuperação judicial ou extrajudicial/concordata **deve ser exigida nas hipóteses em que o eventual inadimplemento das obrigações contratuais enseje severos prejuízos à Administração e nos casos em que a execução do contrato demande que a empresa tenha consistente condição econômico-financeira. Assim, não deve ser exigida a certidão quando houver maneira menos gravosa para se garantir o contratante contra prejuízos porventura decorrentes da inexecução do contrato administrativo.**

186. **Logo, eventual exigência de certidão negativa de recuperação judicial deverá ser justificada, comprovando que a ausência desta pode ensejar severos prejuízos à Administração e não havendo maneira menos gravosa de se garantir contra tais prejuízos.**

187. É certo que, em boa parte das contratações abrangidas por essa manifestação, estarão presentes tais pressupostos, tendo em vista que trata-se de aquisição de medicamentos e insumos de saúde, cuja inadimplência da empresa pode acarretar danos à saúde da população, sendo esses prejuízos são quase sempre impossíveis de serem reparados por outros modos que não o adimplemento. **No entanto, deve a área avaliar os casos de maneira individualizada e optar, justificadamente, ou não, pela exigência da certidão em comento.**

188. Em relação à vedação à participação de empresas em consórcio, esta opção deve sempre ser previamente justificada no respectivo processo administrativo, conforme entendimento dos Acórdãos de ns. 1.636/2006-P e 566/2006-P" - TCU Ac n. 2869/2012-Plenário.

189. Quanto ao item 7.16, sugere-se a adoção da redação constante no modelo da AGU, tendo em vista que é possível o empate no caso de apresentação de propostas sem a apresentação de lances posteriores:

Só se aplica o sorteio quando houver empate entre as propostas e ausência de lances. Lances equivalentes não serão considerados iguais, vez que a ordem de apresentação pelos licitantes é utilizada como um dos critérios de classificação.

190. Quanto ao item 9.2 sugere-se a inclusão de subitem com a seguinte redação: "a proposta ou o lance vencedor com valor superior ao preço máximo fixado".

191. Quanto ao item 9.3, sugere-se a seguinte redação, em conformidade com o modelo da AGU: Considera-se inexequível a proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

192. Sugere-se a inclusão dos seguintes subitens ao item 9:

9.x O Pregoeiro poderá convocar o licitante para enviar documento digital, por meio de funcionalidade disponível no sistema estabelecendo no "chat" prazo razoável para tanto, sob pena de não aceitação da proposta.

9.y Dentre os documentos passíveis de solicitação pelo Pregoeiro, destacam-se os que contenham as características do material ofertado, tais como marca, modelo, tipo, fabricante e procedência, além de outras informações pertinentes, a exemplo de catálogos,

folhetos ou propostas, encaminhados por meio eletrônico, ou, se for o caso, por outro meio e prazo indicados pelo Pregoeiro, sem prejuízo do seu ulterior envio pelo sistema eletrônico, sob pena de não aceitação da proposta.

9.y.1 O prazo estabelecido pelo Pregoeiro poderá ser prorrogado por solicitação escrita e justificada do licitante, formulada antes de findo o prazo estabelecido, e formalmente aceita pelo Pregoeiro.

193. **No item 10. Da Apresentação de Amostra ou Protótipo, ou Catálogo :** Apesar de se admitir a exigência de apresentação de Amostra, Protótipo ou Catálogo , de acordo com o TCU deve ser exigida apenas do licitante classificado em primeiro lugar, desde **que esteja devidamente fundamentado no procedimento licitatório**, e seja assegurado o devido processo legal. Assim, quando houver a referida exigência, os autos devem ser complementados com justificativa.

194. Além do mais, não basta a simples remissão ao texto do Termo de Referência, o Edital deverá prevê expressamente data , hora e local para entrega, bem como os critérios que serão utilizados para avaliação da amostra, protótipo ou catálogo deverão ser especificados, como se observa do Acórdão abaixo:

Representação. Pregão presencial. Registro de preços para aquisição de gêneros alimentícios da merenda escolar para atendimento à rede municipal de ensino. Avaliação de amostras: critérios objetivos; julgamento técnico; motivação das decisões. Inspeção: presença dos licitantes interessados]

[ACÓRDÃO]

9.8. dar ciência à Secretaria Municipal de Educação de Manaus/AM que, em novo edital de licitação lançado em substituição ao Pregão 71/2010-CML/PM, bem como em outros editais de objeto semelhante que:

[...]

9.8.2. devem constar dos editais de licitação, critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação de amostras, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões, além da data e horário de inspeção, para que os licitantes interessados possam estar presentes, consoante prescreve a jurisprudência do Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 1.168/2009 e 1.512/2009, ambos do Plenário;

[VOTO]

25. Manifesto-me, parcialmente, de acordo com a análise empreendida pela unidade técnica. Observo que as razões de justificativa, apresentadas neste momento ao Tribunal, contém o detalhamento dos motivos para reprovação das amostras, o que não constou do Relatório Conclusivo da Comissão de Análise. Tal fato, todavia, não elide as irregularidades e corrobora a falta de transparência dos procedimentos adotados, reclamada pelos licitantes. No curso da licitação, em determinadas situações, foi mencionado apenas que o produto não atendia ao especificado no edital ou que havia divergência na qualidade, sem especificar as falhas. A ausência de motivação nas decisões da comissão avaliadora tolheu a possibilidade de apresentação de recursos pelos participantes.

26. Entendo, ainda, que os itens do edital apontados pelos responsáveis são insuficientes para garantir a observância dos princípios norteadores da licitação, especialmente da impessoalidade, da igualdade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

27. Duas questões sobressaem-se. A primeira refere-se à definição dos produtos e a segunda aos critérios de apresentação das amostras. O edital previu que a avaliação seria realizada quanto à adequação das características com as especificações descritas no Anexo I (item 6.2.8.6 do edital) e que as amostras deveriam obedecer com exatidão às especificações consignadas no Termo de Referência do Edital (item 6.2.8.11 do edital). Ocorre que a relação dos produtos não foi exata em determinados casos, contendo termos imprecisos, como "pesando aproximadamente" e "no mínimo". Assim, embora presente a exigência para obediência às especificações dos produtos, em certos itens, as especificações não eram precisas.

28. Além disso, **apenas a menção ao Termo de Referência do Edital não é satisfatória. Não** foi identificada qualquer referência aos critérios de apresentação das amostras, aos parâmetros técnicos de aferição dos produtos, como aspectos visuais, formas de acondicionamento e limites de variação aceitáveis, haja vista os termos imprecisos mencionados no item precedente. Não obstante, houve desclassificação de produtos fundamentada apenas na qualidade imprópria para o consumo ou na ausência de acondicionamento e refrigeração correto. Destaco que não foram apontadas quais as características do produto encontravam-se divergentes, demonstrando, de novo, a ausência de transparência.

[...].

30. **A orientação é que devem ser adotados critérios objetivos, os quais devem estar detalhadamente especificados no edital, para avaliação de amostras que entender necessárias a apresentação** (Acórdão 1.168/2009 - Plenário).

195. Deverá ser acrescentado ao item também, o seguinte:

*No caso de não haver entrega da amostra ou ocorrer atraso na entrega, sem justificativa aceita pelo Pregoeiro, ou havendo entrega de amostra fora das especificações previstas no Termo de Referência , a proposta do licitante será recusada.*

196. Quanto ao item 11.5.2 sugere-se a seguinte redação:

prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional, mediante apresentação de certidão expedida conjuntamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), referente a todos os créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União (DAU) por elas administrados, inclusive aqueles relativos à Seguridade Social, nos termos da Portaria Conjunta nº 1.751, de 02/10/2014, do Secretário da Receita Federal do Brasil e da Procuradora-Geral da Fazenda Nacional.

197. Sugere-se que os critérios de habilitação técnica (item 11.7), constem expressamente do edital.
198. Quanto ao item 15.1 e 15.1.1, deve-se verificar a existência de redundância no mesmo. Além desta, deve-se verificar a redundância entre os itens 15.4 e 15.6.
199. Sugere-se que o item 16.6 adote a seguinte redação, com a exclusão dos subitens: "A Contratante executará a garantia na forma prevista na legislação que rege a matéria. "
200. Tendo em vista tratar-se de minuta padrão para a aquisição de medicamentos, entendo impossível a subcontratação, de forma que o item 17.6 deve ser suprimido.
201. Entendo que as obrigações da contratante e contratada devem ser consolidadas no TR, sendo que o edital deve fazer, apenas, referência às mesmas.
202. Quanto ao item 21, sugere-se a inclusão do seguinte subitem: "O pagamento somente será autorizado depois de efetuado o "atesto" pelo servidor competente na nota fiscal apresentada.".
203. A partir do item "DA FORMAÇÃO DO CADASTRO DE RESERVA", erroneamente numero como item 18, o edital está com a numeração errada, situação que deverá ser sanada.
204. Em observância ao Acórdão 1455/2018 do Plenário do TCU recomenda-se a inserção da seguinte regra:

*os proponentes, licitantes e contratados devem respeitar os preços máximos estabelecidos nas normas de regência de contratações públicas federais, a exemplo do Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, quando participarem de licitações públicas;*  
*o descumprimento das regras supramencionadas pela Administração por parte dos contratados pode ensejar a fiscalização do Tribunal de Contas da União e, após o devido processo legal, gerar as seguintes consequências: assinatura de prazo para a adoção das medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição; ou condenação dos agentes públicos responsáveis e da empresa contratada ao pagamento dos prejuízos ao erário, caso verificada a ocorrência de superfaturamento por sobrepreço na execução do contrato.*

205. No item 18. Da Formação do Cadastro de Reserva: No item 18 onde conta "Quando da homologação da licitação, pela autoridade competente", sugere-se a adoção do seguinte " Após o encerramento da etapa competitiva", pois é permitido aos licitantes reduzir o preço a partir dessa etapa e não só após a homologação do processo licitatório. Além do mais, essa correção traz maior harmonização com outros itens do Edital.

### **TERMO DE REFERÊNCIA**

206. O termo de referência, devidamente aprovado pela autoridade competente, constitui documento inaugural da contratação, na medida em que se presta à orientação do futuro contratado, com relação àquilo que deverá fornecer, assim como da própria Administração, que com ele define exatamente as necessidades a serem atendidas mediante a celebração do ajuste.
207. Em sua elaboração, o órgão deve atentar para os requisitos descritos no art. 8º, inc. II e art. 21, inc. II do Decreto nº 3.555, 2000 e art. 9º, incs. I e II do Decreto nº 5.450, de 2005 (pregão eletrônico).
208. No caso dos autos, recomenda-se:  
Os itens 6.3.-6.5. devem ser substituídos pelos seguintes, conforme o modelo da AGU, com a necessária renumeração dos subitens seguintes:
- 6.3 No caso de produtos perecíveis, o prazo de validade na data da entrega poderá ser inferior a ..... (.....) (dias ou meses ou anos), ou a (metade, um terço, dois terços, etc.) do prazo total recomendado pelo fabricante.
- 6.4 Os bens serão recebidos provisoriamente no prazo de .....(.....) dias, pelo(a) responsável pelo acompanhamento e fiscalização do contrato, para efeito de posterior verificação de sua conformidade com as especificações constantes neste Termo de Referência e na proposta.
- 6.5 Os bens poderão ser rejeitados, no todo ou em parte, quando em desacordo com as especificações constantes neste Termo de Referência e na proposta, devendo ser substituídos no prazo de ....(...) dias, a contar da notificação da contratada, às suas custas, sem prejuízo da aplicação das penalidades.
- 6.6 Os bens serão recebidos definitivamente no prazo de .....(.....) dias, contados do recebimento provisório, após a verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação mediante termo circunstanciado.
- 6.6.1 Na hipótese de a verificação a que se refere o subitem anterior não ser procedida dentro do prazo fixado, reputar-se-á como realizada, consumando-se o recebimento definitivo no dia do esgotamento do prazo.
- 6.7 O recebimento provisório ou definitivo do objeto não exclui a responsabilidade da contratada pelos prejuízos resultantes da incorreta execução do contrato.
209. No item 8, deve-se incluir as seguintes obrigações da contratante:  
verificar minuciosamente, no prazo fixado, a conformidade dos bens recebidos

provisoriamente com as especificações constantes do Edital e da proposta, para fins de aceitação e recebimento definitivo;

A Administração não responderá por quaisquer compromissos assumidos pela Contratada com terceiros, ainda que vinculados à execução do presente Termo de Contrato, bem como por qualquer dano causado a terceiros em decorrência de ato da Contratada, de seus empregados, prepostos ou subordinados.

## **ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E TERMO DE CONTRATO**

210. Da análise da minuta da ata e do termo de contrato, observa-se que seguiram rigorosamente o modelo proposto pela AGU, motivo pelo qual não há recomendações a serem realizadas.

## **CONCLUSÃO**

211. Ante o exposto, uma vez atendidas as recomendações apontadas neste Parecer Referencial, e resguardados o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador, nos limites da Lei, e as valorações de cunho econômico-financeiro, ressalvadas, ainda, as questões de ordem fática e técnica, ínsitas à esfera administrativa, essenciais até mesmo para a devida atuação dos órgãos de controle, o procedimento estará apto para a produção de seus regulares efeitos.

212. Sendo referencial o presente parecer, os processos administrativos que guardarem relação inequívoca e direta com a abordagem aqui realizada poderão, doravante, dispensar análise individualizada, desde que o setor competente ateste, de forma expressa, que a situação concreta se amolda aos termos desta manifestação.

213. Além da necessidade da área técnica atestar, de forma expressa, que cada caso concreto se amolda aos termos do presente parecer referencial, deve também extrair cópias da presente manifestação e acostá-la a cada um dos autos em que se pretender a aprovação do certame licitatório, para fins de controle.

214. Não sendo o caso, a persistência de dúvida de cunho jurídico deverá resultar na remessa do processo administrativo a esta CGLICI/CONJUR/MS para exame individualizado, mediante formulação dos questionamentos jurídicos específicos.

215. Diante do teor do Memorando Circular nº 048/2017-CGU/AGU, recomenda-se o encaminhamento da presente manifestação jurídica referencial para ciência da Consultoria Geral da União, solicitando a abertura de tarefa ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF/CGU/AGU), para ciência.

Brasília, 18 de dezembro de 2018.

RAFAEL CARRAZZONI MANSUR  
Advogado da União  
CONJUR/MS

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000213392201833 e da chave de acesso 4bf0ccf1

### Notas

1. <sup>^</sup> *Brasil. Tribunal de Contas da União. Orientações para aquisições públicas de medicamentos / Tribunal de Contas da União. -- Brasília : TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde), 2018. P. 55/56.*
2. <sup>^</sup> *Brasil. Tribunal de Contas da União. Orientações para aquisições públicas de medicamentos / Tribunal de Contas da União. -- Brasília : TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde), 2018. P. 15.*

---

Documento assinado eletronicamente por RAFAEL CARRAZZONI MANSUR, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 208631019 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL CARRAZZONI MANSUR. Data e Hora: 18-12-2018 14:09. Número de Série: 13813758. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

---



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE  
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS  
CONGÊNERES

**DESPACHO n. 00031/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU**

**NUP:** 25000.213392/2018-33

**INTERESSADOS:** COORDENAÇÃO-GERAL DE GESTÃO DE DEMANDAS JUDICIAIS EM SAÚDE - CGJUD

**ASSUNTOS:** Parecer Referencial para aquisição de medicamentos objetos de determinação judicial - Pregão Ata de Registro de Preços.

1. Aprovo parcialmente o Parecer Referencial nº 00037/2018/ CONJUR-MS/CGU/AGU, do Advogado da União Rafael Carrazzoni Mansur, por entender necessárias algumas considerações adicionais, conforme melhor detalhamento abaixo.
2. Ressalto, contudo, que tal avaliação não implica em reanálise das minutas submetidas a este consultivo, mesmo porque a atribuição desta Coordenação-Geral restringe-se à aprovação da tese jurídica versada na manifestação em apreço, com vistas à uniformidade de atuação da Consultoria Jurídica.
3. Sendo assim, o exame fático e detido dos autos está sob a integral responsabilidade do advogado signatário da manifestação, cabendo, nesta seara, apenas a análise dos enquadramentos jurídicos indicados, sob pena de inadmissível retrabalho em toda a escala hierárquica de aprovações.

**LIMITES DE GOVERNANÇA**

4. Cabe acrescentar a este tópico, que segundo a Portaria do Ministério da Saúde n. 1.338, de 28 de junho de 2012, atualizada pela Portaria nº 1.581/2018:

""Art. 3º A competência para autorizar a celebração de novos contratos administrativos, relativos a despesas de custeio ou investimento, ou a prorrogação dos contratos em vigor relativos a atividades de custeio cujo valor seja igual ou superior a R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais) fica delegada aos dirigentes máximos dos seguintes unidades do Ministério da Saúde:I - Gabinete do Ministro;II - Secretaria-Executiva (SE/MS);III - Secretaria de Atenção à Saúde (SAS/MS);IV - Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE/MS);V - Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa(SGEP/MS);VI - Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde (SGTES/MS);VII - Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS/MS); e VIII - Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI/MS).Parágrafo único. A delegação de que trata este artigo não poderá ser subdelegada." (NR)"

Art. 4º A competência para autorizar, no âmbito do Ministério da Saúde, a celebração de novos contratos administrativos,relativos a despesas de custeio ou investimento, ou a prorrogação dos contratos em vigor relativos a atividades de custeio cujo valor seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e igual ou superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) fica delegada à Subsecretariade Assuntos Administrativos da Secretaria-Executiva (SAA/SE/MS),vedada a subdelegação." (NR)"

Art. 5º A competência para autorizar, no âmbito do Ministério da Saúde, a celebração de novos contratos administrativos,relativos a despesas de custeio ou investimento, ou a prorrogação dos contratos em vigor relativos a atividades de custeio cujo valor seja inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) fica delegada aos ordenadores de despesas das unidades administrativas do Ministério da Saúde." (NR)".

5. **Como serão aquisições a serem realizadas por Sistema de Registro de Preços, caso venham a realizar o contrato, antes da contratação pretendida, deverá constar a autorização dada pela autoridade competente, nos termos do art. 2º do Decreto nº 7.689/2012.**

**DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 01, DE 29 DE MARÇO DE 2018 DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO**

6. Cumpre inicialmente advertir, que a Instrução Normativa nº 01 de 2018 foi alterada pela Instrução Normativa nº 09 de 2018 em diversos fragmentos, devendo ser desconsiderado o parágrafo 42 do Parecer Referencial. Vejamos as alterações:

Art. 4º Para os efeitos desta Instrução Normativa, são adotadas as seguintes definições:

~~I - Setor de licitações: unidade de compra responsável pelo planejamento, coordenação e acompanhamento das ações destinadas à realização das contratações no âmbito do órgão ou entidade, podendo ser definido de forma diversa quando contemplar área específica em sua estrutura;~~

I - Setor de licitações: unidade responsável pelo planejamento, coordenação e

acompanhamento das ações destinadas à realização das contratações no âmbito do órgão ou entidade, podendo ser definido de forma diversa quando contemplar área específica em sua estrutura; **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**

~~II - Setor requisitante: unidade do órgão ou entidade que identifica uma necessidade e requer a contratação de um bem ou serviço; e~~

II - Setor requisitante: unidade responsável por identificar necessidades e requerer a contratação de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e comunicações, podendo ser definido de forma diversa quando contemplar área técnica específica em sua estrutura; e **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**

III - Equipe de Planejamento da Contratação: conjunto de servidores que reúnem as competências necessárias à completa execução da fase de Planejamento da Contratação, o que inclui conhecimentos sobre aspectos técnicos e de uso do objeto, licitações e contratos, dentre outros, podendo ser definido de forma diversa quando contemplarem área técnica específica em sua estrutura.

[...]

Art. 7º Os Estudos preliminares devem conter, quando couber, o seguinte conteúdo:

I - necessidade da contratação;

II - referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte;

V - levantamento de mercado e justificativa da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - definição do método para estimativas de preços ou dos meios de previsão de preços referenciais;

VII - descrição da solução como um todo;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da solução, quando necessária para a individualização do objeto;

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

X - providências para adequação do ambiente do órgão;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; e

XII - declaração da viabilidade ou não da contratação.

~~§ 1º Juntamente com a lista dos itens que pretende contratar no exercício subsequente, de que trata o art. 10, o setor requisitante encaminhará ao setor de licitações uma versão simplificada dos Estudos preliminares, contendo no mínimo as informações de que tratam os incisos I, IV, VI, VIII e XII do caput.~~

§ 1º Para fins de preenchimento do Plano Anual de Contratações, os Estudos preliminares deverão conter, no mínimo, as informações de que tratam os incisos I, IV e VI do caput, podendo ser posteriormente atualizados ou complementados pela equipe de planejamento da contratação. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**

~~§ 2º O documento de que trata o § 1º deverá ser posteriormente atualizado e complementado pela equipe de planejamento da contratação quando do período de revisão e redimensionamento de que trata o art. 12. **(Revogado pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**~~

§ 3º O sistema PGC disponibilizará campo próprio para registro dos Estudos preliminares que compõem o Plano Anual de Contratações.

§ 4º Os Estudos preliminares poderão ser simplificados quando adotados os modelos de contratação estabelecidos nos Cadernos de Logística divulgados pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Art. 8º O Gerenciamento de riscos é um processo que consiste nas seguintes atividades:

I - identificação dos principais riscos que possam comprometer a efetividade do Planejamento da Contratação, da Seleção do Fornecedor e da Gestão Contratual ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação

II - avaliação dos riscos identificados, consistindo da mensuração da probabilidade de ocorrência e do impacto de cada risco;

III - tratamento dos riscos considerados inaceitáveis por meio da definição das ações para reduzir a probabilidade de ocorrência dos eventos ou reduzir suas consequências;

IV - para os riscos que persistirem inaceitáveis após o tratamento, definição das ações de contingência para o caso de os eventos correspondentes aos riscos se concretizarem; e

V - definição dos setores responsáveis pelas ações de tratamento dos riscos e das ações de contingência.

~~Parágrafo único. Juntamente com a lista dos itens que pretende contratar no exercício subsequente, de que trata o art. 10, o setor requisitante encaminhará ao setor de licitações o levantamento prévio dos riscos da contratação, os quais posteriormente deverão ser atualizados e complementados pela equipe de planejamento da contratação, quando do período de revisão e redimensionamento de que trata o art. 12.~~

Parágrafo único. Para fins de preenchimento do Plano Anual de Contratações, o setor requisitante registrará no sistema PGC os riscos da contratação considerados pertinentes e necessários, os quais posteriormente poderão ser atualizados ou complementados pela equipe de planejamento da contratação. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**

~~Art. 9º Quando do envio da lista de que trata o art. 10, deverá ser indicado ao setor de~~

~~licitações um servidor ou servidores para compor a equipe de planejamento da contratação e, quando couber, também para a fiscalização, o qual poderá participar de toda a fase do planejamento da contratação.~~

Art. 9º Quando do envio das informações de que trata o art. 10, deverá ser indicado ao setor de licitações um servidor ou servidores para compor a equipe de planejamento da contratação e, quando couber, também para a fiscalização, o qual poderá participar de toda a fase do planejamento da contratação. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**

§ 1º O setor de licitações também poderá indicar servidor ou servidores que atuam no setor para compor a equipe de planejamento da contratação.

§ 2º Na indicação do servidor, devem ser considerados a compatibilidade com as atribuições do cargo, a complexidade da fiscalização, o quantitativo de contratos por servidor e a sua capacidade para o desempenho das atividades. § 3º Os integrantes da equipe de planejamento da contratação devem ter ciência expressa da indicação das suas respectivas atribuições antes de serem formalmente designados.

§ 4º A autoridade competente do setor de licitações deverá realizar a designação formal da equipe de planejamento da contratação.

§ 5º O órgão ou entidade poderá definir de forma diversa a formação de equipe responsável pelo planejamento das contratações quando contemplarem área técnica específica em sua estrutura, observadas as disposições desta Seção, no que couber.

~~Art. 10. Os setores requisitantes devem encaminhar ao setor de licitações, no período de 1º de janeiro a 1º de abril do ano de elaboração do Plano Anual de Contratações, a lista dos itens que pretendem contratar no exercício subsequente, acompanhada das informações constantes no art. 5º, bem como do rol das contratações cuja vigência se pretende renovar no exercício subsequente, na forma do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.~~

Art. 10. Até o dia 1º de abril do ano de elaboração do Plano Anual de Contratações, os setores requisitantes deverão incluir, no sistema PGC, acompanhadas das informações constantes no art. 5º, as contratações que pretendem realizar no exercício subsequente ou renovar, na forma do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, e encaminhar ao setor de licitações. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**

~~§1º A indicação do rol de contratações cuja vigência se pretende renovar no exercício subsequente será acompanhada dos respectivos Gerenciamentos de riscos da fase de gestão contratual. **(Revogado pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**~~

~~§2º O envio das informações previstas no caput pelos setores requisitantes observará, preferencialmente, o modelo constante no Anexo desta Instrução Normativa. **(Revogado pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**~~

~~Art. 11. Durante o período de 1º de janeiro a 15 de abril do ano de elaboração do Plano Anual de Contratações, o setor de licitações deverá registrar no Sistema PGC as demandas encaminhadas pelos setores requisitantes e enviar para aprovação da autoridade máxima do órgão ou entidade ao qual se vincule ou a quem esta delegar.~~

Art. 11. Durante o período de 1º de janeiro a 15 de abril do ano de elaboração do Plano Anual de Contratações, o setor de licitações deverá analisar as demandas encaminhadas pelos setores requisitantes e, se de acordo, enviá-las para aprovação da autoridade máxima do órgão ou entidade ao qual se vincule ou a quem esta delegar. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**

§ 1º Até o dia 30 de abril do ano de sua elaboração, o Plano Anual de Contratações deverá ser aprovado pela autoridade máxima de que trata o caput e enviado ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão por meio do Sistema PGC.

§ 2º A autoridade máxima poderá reprovar itens constantes do Plano Anual de Contratações ou, se necessário, devolvê-los para o setor de licitações realizar adequações, observada a data limite de aprovação e envio definida no § 1º.

§ 3º O relatório do Plano Anual de Contratações, na forma completa ou simplificada, deverá ser divulgado no sítio eletrônico do órgão ou entidade ao qual se vincular a UASG. § 4º O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá disponibilizar no Portal de Compras Governamentais as informações registradas no Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações por meio de dados estruturados em painel gerencial.

[...]

~~Art. 13. Para a inclusão de itens no Plano Anual de Contratações fora dos períodos previstos nos arts. 10, 11 e 12, a autoridade máxima de que trata o art. 11 desta norma deverá solicitar ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, justificadamente, a abertura do Sistema PGC. Parágrafo único. A solicitação prevista no caput deverá ocorrer por meio do próprio sistema. **(Revogado pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**~~

Art. 13-A. Durante o ano de elaboração, a alteração dos itens constantes do Plano Anual de Contratações, ou a inclusão de novos itens, somente se dará nos períodos previstos nos arts. 10, 11 e 12. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**

Art. 13-B. Durante o ano de execução, o Plano Anual de Contratações poderá ser alterado mediante aprovação da autoridade máxima e posterior envio ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, por meio do Sistema PGC.

§ 1º A alteração ou o cancelamento de itens do Plano somente poderão ser realizados mediante justificativa dos fatos que ensejaram a mudança da necessidade da contratação.

§ 2º A inclusão de novos itens somente poderá ser realizada quando não for possível

prever, total ou parcialmente, a necessidade da contratação, no ano de elaboração do Plano Anual de Contratações, e mediante justificativa. § 3º As versões atualizadas do Plano Anual de Contratações deverão ser divulgadas no sítio eletrônico do órgão ou entidade ao qual se vincular a UASG, salvo quando disponibilizadas pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, nos termos do § 4º do art. 11. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**

~~Art. 14. As contratações previstas nos incisos IV e XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, deverão ser registradas no Plano Anual de Contratações no momento da sua ocorrência, acompanhadas dos respectivos Gerenciamentos de riscos relacionados à fase de gestão contratual. **(Revogado pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**~~

[...]

Art. 15-A. Fica dispensado de registro no sistema PGC, o planejamento de itens classificados como sigilosos, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, ou abrangidos pelas demais hipóteses legais de sigilo. Parágrafo único. No caso de classificação parcial de informações, as partes não classificadas como sigilosas deverão ser cadastradas no Sistema PGC, quando couber. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**

Art. 17-A. O Plano Anual de Contratações, de que trata esta Instrução Normativa, no que tange às contratações de soluções de tecnologia da informação e comunicações, será elaborado em consonância com as normas específicas do órgão central do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - Sisip. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**

Art. 17-B. Observado o disposto no § 2º do art. 1º do Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994, as Forças Armadas poderão aplicar, no que couber, esta Instrução Normativa. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 9, de 2018)**

7. Além disso, convém mencionar, que conforme alertado pelo parecerista, a elaboração do Plano Anual de Contratações, mediante a utilização do Sistema PGC, foi facultativa no ano de entrada em vigor (2018), passando a ser obrigatória a partir do presente ano (2019). Com isso, a partir de 2019 deve ser utilizado o Sistema PGC, ferramenta informatizada disponibilizada pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para elaboração dos Planos Anuais de Contratações pelas UASG.

8. Cada UASG deverá elaborar anualmente o respectivo Plano Anual de Contratações, contendo todos os itens que pretende contratar no exercício subsequente. Dessa forma, em 2019 deverá a unidade Administrativa elaborar o Plano de Contratações de 2020.

9. Apesar do referido Parecer mencionar a necessidade de atendimento da Instrução Normativa nº 01 de 29 de março de 2018 nos procedimentos abarcados pelo presente parecer referencial, entendo, dada a natureza extraordinária da aquisição, que tem como objetivo atender ordens judiciais visando seu cumprimento, que o planejamento a que se refere a referida Instrução é inviável.

10. No entanto, tendo em vista que a referida Instrução só excepciona sua aplicação nos casos de aquisição de itens classificados como sigilosos, nos termos da Lei nº 12.527 de 2011, e como não é o caso da presente demanda, sugere-se a elaboração de consulta ao atual Ministério da Economia para avaliar a possibilidade de alterar a referida Instrução e criar nova hipótese de excepcionalidade.

11. Todavia, o caso é eminente técnico, cabendo à Coordenação-Geral de Compras por Determinação Judicial -CGJUD fazer a avaliação dos impactos da referida Instrução nesses Pregões de medicamento com vistas à aquisição para atender ordens judiciais.

## **PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA E COTA RESERVADA ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

12. Consta no Parecer a necessidade do órgão avaliar a aplicação da Lei 123/2006 bem como o Decreto 8.538/2015 nos casos de participação exclusiva (quando a licitação não supere 80 mil reais) ou cota reservada (em licitações que superem 80 mil, aplicando o percentual reservado de 25% para microempresas e empresas de pequeno porte, desde que esses 25% não ultrapasse 80 mil reais, aplicando o limite sistemático).

13. Adentrando no tema das cotas reservadas, como se sabe, o legislador elencou hipótese de aplicação de cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto da licitação às microempresas e empresas de pequeno porte, em que a Administração Pública deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, conforme preconiza o art. 48, III, da Lei Complementar nº 123/2006 e art. 8º, do Decreto 8.538/2015.

14. De acordo com Rodolfo André P. de Moura e Pedro Luiz Lombrado:

A divisão de cota deve estar prevista sempre que o objeto da licitação versar sobre bens de natureza divisível, mais uma vez trata-se de um ato vinculado não sendo, portanto, uma faculdade da Administração prevê-la ou não. Neste contexto o legislador buscou reservar uma parte do objeto licitado às MPES, de forma sintética divide a licitação em duas cotas a "principal", que corresponde até 75%, e uma cota de "exclusiva" de até 25% do objeto para que seja disputado exclusivamente por MPES. (...)

**Deste modo será fundamental que o edital preconize regras distintas para cada cota possibilitando tratamento diferenciado às MPES e compatibilizando exigências de qualificação técnica e econômico-financeira proporcionais para cada cota.**

Cumprido excluir que o fato de existir cota exclusiva para participação de MPES não afasta a possibilidade de participação na cota principal, ou seja há a faculdade das MPES

participarem de ambas as cotas e sagrar-se vencedora de ambas desde que observadas as peculiaridades e exigências de cada uma delas. (GRIFAMOS)

15. Vale ressaltar que a aplicação de cota de até 25% do objeto, só se aplica hoje para bens de natureza divisível, não se aplicando para serviços. Jamil Manasfi da Cruz e Simone Zanotello de Oliveira explicam:

A antiga redação do artigo 48, inciso III, do Estatuto Nacional da ME e EPP, permitia o estabelecimento de "cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para aquisição de bens e serviços de natureza divisível".

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

Com a alteração, passa a ser obrigatório para a Administração Pública, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de ME's e EPP's.

Observa-se que com a alteração foi excluída a possibilidade de aplicação de cotas reservadas para os serviços de natureza divisível, permanecendo apenas para "bens".

16. Na época em que ainda não tinha sido atualizado os modelos de licitações e contratos da Advocacia-Geral da União, o Departamento de Logística em Saúde solicitou desta CONJUR manifestação jurídica referencial sobre o tema, para subsidiar os procedimentos licitatórios na modalidade de Pregão, inclusive para Registro de Preços, com objetivo à aquisição de medicamentos, insumos de saúde e correlatos.

17. Por meio do Parecer Referencial n. 08/2017, este órgão consultivo sugeriu, no âmbito de cada caso concreto, uma verificação pela área técnica competente da aplicação ou não das cotas previstas na Lei nº 123/2006 e no Decreto nº 8.538/2015, ou seja, deveria ser analisado se não traria prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto e para o Ministério da Saúde, e nesse caso, justificadamente ser excepcionada a aplicação das cotas reservadas, conforme prevê o artigo 8º, do Decreto 8.538/2015.

18. Todavia, a manifestação jurídica referencial deixou consignado que se a área técnica competente entendesse por não aplicar as cotas, a justificativa deveria ser clara, capaz de demonstrar que o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não era vantajoso para a administração pública ou representaria prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado.

19. Esses apontamentos do parecer referencial foram feitos porque **em algumas situações a Lei Complementar 123/2006 excepciona a aplicação da licitação exclusiva e das cotas reservadas de até 25%**. Conforme disciplina o art. 49 da Lei Complementar 123/2006:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Produção de efeito)

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

**III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;**

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (GRIFAMOS)

20. Além disso, o Decreto 8.538/2015 também dispõe sobre as hipóteses excepcionais para não aplicação do tratamento diferenciado e favorecido para microempresa e empresa de pequeno porte, vejamos:

Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do **caput** do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do **caput** deste artigo; ou

IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.

21. Destarte, conforme leitura do dispositivo, vislumbramos três situações em que não aplicará as contrações diferenciadas.

22. A respeito das hipóteses, Rodolfo André P. de Moura e Pedro Luiz Lombrado esclarecem:

O inc. II preocupou-se em preservar uma das principais características do procedimento licitatório que é a competitividade. Assim, o número de licitantes local ou regional que estejam aptos a atender os requisitos do edital deve ser avaliado pelo órgão licitante antes de adotar a contratação pelo regime diferenciado. Corroboram ao entendimento os ensinamentos do respeitável mestre Sidney Bittencourt, *in verbis*:

“Avista-se que a intenção legislativa é certificar-se da ocorrência de efetiva competição entre micro e pequenas empresas, sediadas no local. Dessa maneira, a inexistência desse número de empresas dessa categoria demandará a substituição do regime de licitação comum, com a participação de todos os tipos de empresa (micro, pequena, média ou grande).” (BITENCOURT, Sidney. *As licitações públicas e o Estatuto Nacional das Microempresas*. 2 ed. rev. Ampl. e atual. Belo Horizonte:Fórum, 2010. pág.104)

A segunda hipótese prevista no inc. III visa proteger a Supremacia do Interesse Público, eis que não aplicará a contratação diferenciada quando gerar efeitos negativos tornando-a lesiva para a Administração Pública. Dentre a lesividade vislumbra-se a onerosidade excessiva da licitação ou então prejuízo ao conjunto do objeto licitado, como por exemplo a divisão de cotas em objeto divisível que resulte em prejuízo ou subcontratação que desnature a identidade e funcionalidade do objeto.

A última situação, estabelecida no inc. IV, afasta a aplicação do tratamento diferenciado quando a licitação for inexigível ou dispensável. Contudo, insta ressaltar que nos casos de licitação dispensável exceção-se as dispensas previstas nos incisos I e II do art. 24 Lei nº 8666/93.

23. Em relação a não vantajosidade, é importante esclarecer que o mencionado Decreto dispõe que **"considera-se não vantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência ou a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios"**.

24. No entanto, a incongruência do dispositivo (art. 10, parágrafo único, inciso I) está em que a decisão do agente público, no sentido de afastar a exclusividade, deve anteceder a abertura da licitação, ou seja, a Administração deve definir se a licitação será exclusiva à participação de microempresas e empresas de pequeno porte ainda na fase interna do procedimento licitatório, enquanto a desvantagem preconizada pelo art. 10, parágrafo único, inciso I, só seria passível de aferição após iniciada a fase externa da licitação, ou seja, durante o procedimento licitatório, mais precisamente na fase de julgamento das propostas.

25. Em síntese, a observar-se o texto do art. 10, parágrafo único, inciso I não há como se constatar a desvantagem de conceder-se a exclusiva participação de entidades de menor porte, em razão dos valores das propostas dos licitantes apresentarem-se superiores ao valor estimado da contratação, sem o anterior conhecimento dessas propostas, o que só será possível mediante apresentação das propostas, no curso do procedimento competitivo, e, não, antes deste.

26. Ronny Charles explica que quando o dispositivo se refere à licitação que resultar em preço superior ao estabelecido no preço de referência, aponta para uma avaliação posterior ao resultado final do certame. Para o autor essa disposição é preocupante, já que estipular, como critério de avaliação da aplicação desses benefícios, em momento posterior ao seu emprego, é uma atitude gerencial pouco racional, pois não previne o prejuízo do certame fracassado, sendo essa disposição digna de reparo, para substituição por melhor solução.

27. Essa incongruência do Decreto é antiga, desde o Decreto nº 6.204/07 já existia essa previsão. Para solução da causa, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, na revista do TCU (jan/abril 2012), fizeram a seguinte ponderação:

A Administração que realiza licitação exclusiva para entidades de menor porte e consulta proposta vencedora de preço superior ao estimado, **nas licitações subsequentes para o mesmo objeto, pode afastar a regra da exclusividade e ampliar a licitação a entidades de médio e grande porte**. Essa decisão exige motivação, sobretudo quanto à perspectiva de que a ampliação do universo de competidores produzirá a obtenção de propostas mais vantajosas.

28. Vale mencionar que em 2018 a CGIES/DLOG elaborou a Nota Técnica nº 221/2018 e enviou a esta Consultoria Jurídica por meio do NUP 25000.193248/2018-73 demonstrando a desvantajosidade na aplicação das cotas reservadas nos Pregões de medicamentos, insumos de saúde e correlatos, ocasionando diferenças de valores absurdas, sendo, ao meu ver, possível ser fundamentado pela área técnica como um tratamento diferenciado incompatível com o universo de medicamentos, insumos estratégicos e correlatos. Conforme aduz Ronny Charles:

Em relação a segunda hipótese, basta a manifestação da área técnica, indicando justificadamente a incompatibilidade com a aplicação dos benefícios. Entendemos que essa incompatibilidade deve ser compreendida em seu sentido amplo; um quadro de crise econômica e a redução de recursos orçamentários disponíveis podem justificar esta opção.

29. Por meio do Parecer Referencial n. 08/2017, este órgão consultivo à época fez as seguintes ponderações sobre a utilização do instituto das cotas reservadas:

Como se trata de aquisição de medicamentos, insumos de saúde e correlatos, salienta-se a importância de analisar no caso concreto se a aquisição nos moldes do tratamento favorecido e diferenciado é ou não vantajosa para a Administração Pública, tendo em vista

os valores geralmente altos de contratação.

Por isso, **recomenda-se sempre a inserção de estudos e verificação por parte da área técnica se restará prejuízos para o Ministério da Saúde, e se assim ficar justificadamente demonstrado, deve ser excepcionado a aplicação do benefício para as microempresas e empresas de Pequeno Porte.**

30. Na Nota Técnica nº 221/2018, restam claros os prejuízos atribuídos à Administração Pública nessas aquisições (inclusive por meio de valores), não cabendo, todavia, a esta CONJUR adentrar na análise dos seus termos por se tratar de matéria estritamente técnica. De todo modo, no pressuposto da veracidade dos dados e afirmações constantes daquele documento, de responsabilidade do administrador, juridicamente viável a decisão de não aplicar o instituto das cotas reservadas nos próximos pregões quando se tratar dos medicamentos referidos na Nota Técnica, em que o Ministério da Saúde já possui amplo conhecimento da desvantajosidade.

31. Outro ponto que merece ser esclarecido é que, caso a área não tenha comprovado o prejuízo da aplicação das cotas reservadas em alguma aquisição específica, é necessário ter total atenção para o limite sistemático do percentual a ser reservado.

32. Explica-se que deverá ser reservada **cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.** Observa-se que o legislador estipulou um percentual máximo a ser aplicado nesses casos, ou seja, até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto, mas silenciou quanto ao mínimo que deve ser utilizado pela Administração Pública e como deve ser analisado a escolha dessa porcentagem.

33. No entanto, **deve-se ter atenção para o chamado limite sistemático do percentual a ser reservado**, de modo que não ultrapasse o valor de R\$ 80.000. Esse limite, apesar de não se encontrar expressamente previsto na norma, é decorrência de uma interpretação sistemática dos seus dispositivos. A este respeito, veja-se exemplo trazida por Ronny Charles:

Assim em um item de R\$ 80.000.000,00 (oitocentos mil reais), em que se abriu a cota reservada, esta deve ser de, no máximo, 10% (dez por cento), sob pena de permitimos um certame exclusivo, acima do limite disposto pelo inciso I do mesmo art. 48, da Lei Complementar.

34. Portanto, conclui-se que deve a CGJUD analisar adequadamente cada caso concreto, para verificar se é possível ou não a realização de licitação exclusiva ou a aplicação de cota reservada, atentando sempre para a necessidade de justificativa no caso de impossibilidade verificada. E caso entenda pela aplicação das cotas reservadas, é interessante observar as disposições doutrinárias acerca do limite sistemático para definição do percentual.

## **DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL**

35. Entendo pertinente alertar que caso a área técnica entenda que as recomendações feitas no Parecer não se aplicam a compra de medicamentos, que possui regramentos específicos, deverá fazer a devida justificativa nos autos.

## **AUDIÊNCIA PÚBLICA**

36. A audiência Pública é utilizada pela Administração Pública para possibilitar a participação da sociedade com o oferecimento de sugestões e críticas. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no artigo 23, inciso I, alínea "c", da Lei 8666/93 - R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), o procedimento de licitação será precedido, obrigatoriamente, de audiência pública.

37. Os ilustres Daniel Alberto Sabsay e Pedro Tarak, citados por Hugo Nigro Mazzili, ensinam que:

*A audiência pública constitui uma importante contribuição para a passagem de uma democracia representativa para uma democracia participativa. A primeira depositava toda a responsabilidade que deriva do exercício do governo exclusivamente na parcela da sociedade integrada pelos governantes; os governados quedavam num tipo de posição passiva, de meros espectadores, carente de capacidade de iniciativa controle ou decisão. Já a audiência trata de tirar os governados da letargia e de leva-los a tomar responsabilidades, a assumir um papel que deles exige protagonismo e que ajuda a compatibilizar posições adversas e gerar o melhor conhecimento recíproco entre os distintos setores da sociedade....pode-se concluir que as audiências públicas não só tem sido com resposta aos reclamos dos cidadãos como também permitem que as autoridades melhorem a qualidade da gestão pública.*

38. Este princípio de transparência e de coparticipação está disciplinado na Lei de Licitações e consta das tarefas inseridas no processo, conforme o artigo 39 da Lei 8.666/93, onde vemos:

*Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as*

*informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.*

*Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

39. Portanto, resta claro que caso algum Pregão alcance o valor acima mencionado, deverá ser feita a devida audiência pública, em cumprimento da Lei nº 8.666/1993.

## **OUTRAS OBSERVAÇÕES SOBRE AS MINUTAS**

### **- Minuta de edital:**

a) De acordo com a minuta modelo da AGU, o órgão gerenciador, previamente à abertura do certame, deverá divulgar sua Intenção de Registro de Preços - IRP no Portal de Compras do Governo Federal. Essa divulgação, porém, poderá ser dispensada mediante a devida justificativa, nos termos dos artigos 4º ao 6º do Decreto nº 7.892, de 2013. A cláusula constante no modelo é item facultativo, de todo modo, recomenda-se a área técnica avaliar a necessidade da sua inserção:

*2. DO ÓRGÃO GERENCIADOR E ÓRGÃOS PARTICIPANTES (item facultativo)*

*2.1 O órgão gerenciador será o .....(nome do órgão)....*

*2.2 São participantes os seguintes órgãos:*

*2.2.1.....(nome do órgão)....;*

*2.2.2 .....(nome do órgão)....;*

*2.2.3 .....(nome do órgão)....*

b) Em relação ao item "DA PARTICIPAÇÃO", sugere-se a inserção das cláusulas conforme modelo da AGU, naquilo que for compatível com a presente contratação, vejamos:

#### **5. DA PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO.**

5.1 Poderão participar deste Pregão interessados cujo ramo de atividade seja compatível com o objeto desta licitação, e que estejam com Credenciamento regular no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, conforme disposto no §3º do artigo 8º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 2010.

5.2 Será concedido tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, para as sociedades cooperativas mencionadas no artigo 34 da Lei nº 11.488, de 2007, para o agricultor familiar, o produtor rural pessoa física e para o microempreendedor individual - MEI, nos limites previstos da Lei Complementar nº 123, de 2006.

**Nota Explicativa:** Nos termos do art. 3º, §3º da Lei n. 8.248/1991, a aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico.

5.3 Não poderão participar desta licitação os interessados:

5.3.1 proibidos de participar de licitações e celebrar contratos administrativos, na forma da legislação vigente;

5.3.2 estrangeiros que não tenham representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente;

5.3.3 que se enquadrem nas vedações previstas no artigo 9º da Lei nº 8.666, de 1993;

5.3.4 que estejam sob falência, concurso de credores, em processo de dissolução ou liquidação;

**Nota Explicativa:** De acordo com o Parecer nº 2/2016/CPLCA/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor-Geral da União, a certidão negativa de recuperação judicial ou extrajudicial/concordata deve ser exigida nas hipóteses em que o eventual inadimplemento das obrigações contratuais enseje severos prejuízos à Administração e nos casos em que a execução do contrato demande que a empresa tenha consistente condição econômico-financeira. Assim, não deve ser exigida a certidão quando houver maneira menos gravosa para se garantir o contratante contra prejuízos porventura decorrentes da inexecução do contrato administrativo.

5.3.5 entidades empresariais que estejam reunidas em consórcio;

**Nota Explicativa:** O presente edital não prevê as condições de participação de empresas reunidas em consórcio, vez que a experiência prática demonstra que as licitações que permitem essa participação são aquelas que envolvem serviços de grande vulto e/ou de alta complexidade técnica. Como o presente modelo de minuta foi elaborado com foco no dia a dia da Administração, consignou-se a vedação acima.

Note-se que "...a aceitação de consórcios na disputa licitatória situa-se no âmbito do poder discricionário da administração contratante, conforme art. 33, caput, da Lei n. 8.666/1993, requerendo-se, porém, que sua opção seja sempre previamente justificada no respectivo processo administrativo, conforme entendimento dos Acórdãos de ns. 1.636/2006-P e 566/2006-P" - TCU Ac n. 2869/2012-Plenário (Item 1.7.1).

Em todo caso, a Administração deverá fundamentar qualquer opção adotada, vez que "...a vedação de empresas em consórcio, sem que haja justificativa razoável..." pode ser considerada restrição à competitividade do certame (TCU, Ac n. 963/2011-2ª Câmara, Item

9.2.1).

Caso haja a opção pela participação de empresas em consórcio, além da justificativa, a Administração deverá adaptar o presente edital nos termos do art. 33 da Lei n. 8.666/93.

5.4 Como condição para participação no Pregão, a licitante assinalará "sim" ou "não" em campo próprio do sistema eletrônico, relativo às seguintes declarações:

5.4.1 que cumpre os requisitos estabelecidos no artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, estando apta a usufruir do tratamento favorecido estabelecido em seus arts. 42 a 49.

5.4.1.1 a assinalação do campo "não" , apenas produzirá o efeito de o licitante não ter direito ao tratamento favorecido previsto na Lei Complementar nº 123, de 2006, mesmo que a licitante seja qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte;

5.4.2 que está ciente e concorda com as condições contidas no Edital e seus anexos, bem como de que cumpre plenamente os requisitos de habilitação definidos no Edital;

5.4.3 que inexistem fatos impeditivos para sua habilitação no certame, ciente da obrigatoriedade de declarar ocorrências posteriores;

5.4.4 que não emprega menor de 18 anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e não emprega menor de 16 anos, salvo menor, a partir de 14 anos, na condição de aprendiz, nos termos do artigo 7º, XXXIII, da Constituição;

5.4.5 que a proposta foi elaborada de forma independente, nos termos da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 16 de setembro de 2009.

c) Em relação a "HABILITAÇÃO", é fundamental que a Administração examine, se o objeto da contratação demanda a exigência de todos os requisitos de habilitação apresentados, levando-se em consideração o vulto e/ou a complexidade do objeto, excluindo-se o que entender excessivo. Deve a área observar que exigências demasiadas poderão prejudicar a competitividade da licitação e ofender a o disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, o qual preceitua que "o processo de licitação pública...somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

d) Em relação ao PAGAMENTO, sugere-se a adoção do modelo da AGU naquilo que for compatível com a presente contratação;

e) Em relação as SANÇÕES, sugere-se a adoção do modelo da AGU:

#### DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.

Comete infração administrativa, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, o licitante/adjudicatário que:

não assinar a ata de registro de preços quando convocado dentro do prazo de validade da proposta, não aceitar/retirar a nota de empenho ou não assinar o termo de contrato decorrente da ata de registro de preços;

apresentar documentação falsa;

deixar de entregar os documentos exigidos no certame;

ensejar o retardamento da execução do objeto;

não mantiver a proposta;

cometer fraude fiscal;

comportar-se de modo inidôneo;

Considera-se comportamento inidôneo, entre outros, a declaração falsa quanto às condições de participação, quanto ao enquadramento como ME/EPP ou o conluio entre os licitantes, em qualquer momento da licitação, mesmo após o encerramento da fase de lances.

O licitante/adjudicatário que cometer qualquer das infrações discriminadas no subitem anterior ficará sujeito, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal, às seguintes sanções:

Multa de .....% (..... por cento) sobre o valor estimado do(s) item(s) prejudicado(s) pela conduta do licitante;

Impedimento de licitar e de contratar com a União e descredenciamento no SICAF, pelo prazo de até cinco anos;

A penalidade de multa pode ser aplicada cumulativamente com a sanção de impedimento.

A aplicação de qualquer das penalidades previstas realizar-se-á em processo administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa ao licitante/adjudicatário, observando-se o procedimento previsto na Lei nº 8.666, de 1993, e subsidiariamente na Lei nº 9.784, de 1999.

A autoridade competente, na aplicação das sanções, levará em consideração a gravidade da conduta do infrator, o caráter educativo da pena, bem como o dano causado à Administração, observado o princípio da proporcionalidade,

As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF.

As sanções por atos praticados no decorrer da contratação estão previstas no Termo de Referência.

f) Em relação ao CREDENCIAMENTO, sugere-se a adoção do modelo da AGU naquilo que for compatível com a presente contratação;

g) É importante mencionar que é obrigatório que contenha no edital um item próprio referente "DA ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS". Vejamos o modelo da AGU:

### 3. DA ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS (item obrigatório)

3.1 Não será admitida a adesão à ata de registro de preços decorrente desta licitação.

**OU**

3.1 A ata de registro de preços, durante sua validade, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador, desde que devidamente justificada a vantagem e respeitadas, no que couber, as condições e as regras estabelecidas na Lei nº 8.666, de 1993 e no Decreto nº 7.892, de 2013.

**Nota explicativa:** De acordo com o art. 22, § 9º do Decreto nº 7.892, de 2013 é permitida a adesão à ata de registro de preços por órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais. Note-se, porém, que "...a **possibilidade de adesão para órgão não participante** (ou seja, que não participou dos procedimentos iniciais da licitação) **não é uma obrigatoriedade** a constar impensadamente em todos os editais de pregões para registro de preços, ...**mas sim uma medida anômala e excepcional**, uma faculdade que deve ser exercida de forma devidamente motivada" (TCU, Ac. n. 757/2015 – Plenário – g.n.).

3.2 Caberá ao fornecedor beneficiário da Ata de Registro de Preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento, desde que este fornecimento não prejudique as obrigações anteriormente assumidas com o órgão gerenciador e órgãos participantes.

3.3 As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este item não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes.

3.4 As adesões à ata de registro de preços são limitadas, na totalidade, ao ..... (máximo quántuplo).... do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que eventualmente aderirem.

3.5 Ao órgão não participante que aderir à ata competem os atos relativos à cobrança do cumprimento pelo fornecedor das obrigações contratualmente assumidas e a aplicação, observada a ampla defesa e o contraditório, de eventuais penalidades decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais, em relação as suas próprias contratações, informando as ocorrências ao órgão gerenciador.

3.6 Após a autorização do órgão gerenciador, o órgão não participante deverá efetivar a contratação solicitada em até noventa dias, observado o prazo de validade da Ata de Registro de Preços.

3.7 Caberá ao órgão gerenciador autorizar, excepcional e justificadamente, a prorrogação do prazo para efetivação da contratação, respeitado o prazo de vigência da ata, desde que solicitada pelo órgão não participante.

h) Em relação as disposições para licitantes estrangeiros, convém a área avaliar todas as previsões e se acautelar com as disposições.

40. Recomenda-se que a área revise toda a instrução, avaliando as cláusulas constantes no edital, utilizando o modelo da AGU quando compatível com a presente contratação.

#### **- Minuta do Termo de Referência:**

a) Em relação a "entrega e critérios de aceitação do objeto", sugere-se a adoção do modelo da AGU naquilo que for compatível com a presente contratação;

b) Recomenda-se a alteração da cláusula 8.1.6 para que contenha a seguinte redação, seguindo o modelo da AGU: "A Administração realizará pesquisa de preços periodicamente, em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, a fim de verificar a vantajosidade dos preços registrados em Ata". Considerando o disposto no art. 2º, §4º da IN SLTI/MPOG n. 05, de 2014, o prazo de 180 (cento e oitenta) dias deve ser considerado como o intervalo máximo entre pesquisas de preços, observando-se que a situação em concreto pode determinar a diminuição desse intervalo.

#### **- Em relação a todas as minutas:**

41. Recomenda-se que a área revise toda a instrução, avaliando as cláusulas constantes no termo de referência, utilizando o modelo da AGU quando compatível com a presente contratação.

42. Importante mencionar que o modelo da AGU é dinâmico, tendo em vista as constantes alterações legislativas, por isso, sugere-se que sempre seja objeto de análise da área antes da elaboração das minutas nos pregões específicos.

#### **CONCLUSÃO**

43. Observa-se que por se tratar de manifestação jurídica referencial está dispensada a análise individualizada, por parte desta Consultoria Jurídica, nos autos dos processos que versem sobre alteração consensual do local de entrega sem alteração do valor contratual, sendo necessário que a área técnica: a) ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda à referida manifestação; e b) extraia cópia da manifestação referencial e acoste aos autos em que se pretende a aprovação.

44. Sugere-se o encaminhamento posterior ao Departamento de Logística em Saúde para conhecimento e providências.

À consideração superior.

Brasília, 10 de janeiro de 2019.

JAMILLE COUTINHO COSTA

Advogada da União

Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres Substituta  
CGLICI/CONJUR-MS

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000213392201833 e da chave de acesso 4bf0ccf1

---

Documento assinado eletronicamente por JAMILLE COUTINHO COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 211583129 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JAMILLE COUTINHO COSTA. Data e Hora: 10-01-2019 15:25. Número de Série: 13813667. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

---



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE  
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA

Esplanada dos Ministérios, Bloco G, Edifício Sede, 6º Andar, Brasília/DF, CEP 70058-900

**DESPACHO n. 00078/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU**

**NUP: 25000.213392/2018-33**

**INTERESSADOS:** Coordenação-Geral de Gestão de Demandas Judiciais em Saúde - CGJUD/SE/MS

**ASSUNTO:** Parecer Referencial. Minuta padrão de edital, Sistema de Registro de Preço - SRP de medicamentos objetos de determinação judicial.

1. Aprovo parcialmente o PARECER REFERENCIAL n. 00037/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 18/12/2018, da lavra do Advogada da União Rafael Carrazzoni Mansur, corroborando **integralmente** com os termos do DESPACHO n. 00031/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU, assinado em 10/01/2019, pela Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres Substituta, Advogada da União Jamille Coutinho Costa, adotando seus fundamentos e conclusões, na forma de manifestação jurídica referencial referente à minuta padrão de edital, Sistema de Registro de Preço - SRP de medicamentos objetos de determinação judicial.

2. Recomendo especial atenção aos itens 32/33, 44 a 47, 51/52, 53 a 55, 64/65, 88 a 100, 115, 120, 130 a 135, 136, 137/138, 142 a 151, 152 a 155, 156/157, 158/159, 160 a 164, 165/166, 167, 170, 171, 178, 179 a 181, 182, 183 a 209 todos do PARECER REFERENCIAL n. 00037/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, bem como à *íntegra* do DESPACHO n. 00031/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU.

3. Ademais, quanto à indicação de marca, tratada nos itens 122 a 130, estou de acordo com o entendimento externado no PARECER REFERENCIAL n. 00037/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, *acrescentando*, apenas, a previsão contida na Lei nº 9.787/1999, que altera a Lei nº 6.360/1976, que dispõe sobre vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. Vejamos:

*"Art. 3º - Para os efeitos desta Lei, além das definições estabelecidas nos [incisos I, II, III, IV, V e VII do Art. 4º da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1976](#), são adotadas as seguintes:  
Vejamos:*

*XVIII - Denominação Comum Brasileira (DCB) - denominação do fármaco ou princípio farmacologicamente ativo aprovada pelo órgão federal responsável pela vigilância sanitária: (Inciso incluído pela Lei nº 9.787, de 10.2.1999)*

*XIX - Denominação Comum Internacional (DCI) - denominação do fármaco ou princípio farmacologicamente ativo recomendada pela Organização Mundial de Saúde: (Inciso incluído pela Lei nº 9.787, de 10.2.1999)*

*Art. 3º As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI).*

...

*§ 2º Nas aquisições de medicamentos a que se refere o caput deste artigo, o medicamento genérico, quando houver, terá preferência sobre os demais em condições de igualdade de preço.*

*§ 3º Nos editais, propostas licitatórias e contratos de aquisição de medicamentos, no âmbito do SUS, serão exigidas, no que couber, as especificações técnicas dos produtos, os respectivos métodos de controle de qualidade e a sistemática de certificação de conformidade.*

*§ 4º A entrega dos medicamentos adquiridos será acompanhada dos respectivos laudos de qualidade." (sem grifo no original)*

4. Deve-se desconsiderar do PARECER REFERENCIAL n. 00037/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU os itens 40 a 43, adotando-se quanto ao tema o entendimento exarado no DESPACHO n. 00031/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU. Quanto à participação exclusiva e cota reservada às microempresas e empresas de pequeno porte, deve ser observado o entendimento do PARECER REFERENCIAL n. 00037/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU com a *complementação* indicada no DESPACHO n. 00031/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU.

5. Por fim, quanto ao desenvolvimento sustentável, deve-se observar o PARECER REFERENCIAL n. 00037/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, destacando-se o entendimento do DESPACHO n.

00031/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU, no sentido de que "caso a área técnica entenda que as recomendações feitas no Parecer não se aplicam a compra de medicamentos, que possui regramentos específicos, deverá fazer a devida justificativa nos autos".

6. Observa-se que por se tratar de manifestação jurídica referencial está dispensada a análise individualizada, por parte desta Consultoria Jurídica, nos autos dos processos que guardarem relação inequívoca e direta com o tema ora analisado, sendo necessário que a área técnica:

- i)* ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda à referida manifestação; e
- ii)* extraia cópia da manifestação referencial, com respectivos despachos de aprovação, e acoste aos autos em que se pretende a aprovação.

7. Nestes termos, ao Apoio Administrativo desta Consultoria Jurídica, para que:

- **a )** junte as presentes manifestações ao sistema SEI e encaminhe os autos virtuais à Coordenação-Geral de Licitações e Contratos de Insumos Estratégicos para Saúde - CGLIS/DLOG/SE/MS, para ciência e providências que entender cabíveis;
- **b)** abra tarefa, via SAPIENS, à Consultoria-Geral da União, aos cuidados do Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas DEINF/CGU/AGU, para ciência e registro; e
- **c)** archive o processo em epígrafe no sistema SAPIENS.

Brasília, 14 de janeiro de 2019.

**CIRO CARVALHO MIRANDA**  
Advogado da União  
Consultor Jurídico junto ao Ministério da Saúde

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000213392201833 e da chave de acesso 4bf0ccf1

---

Documento assinado eletronicamente por CIRO CARVALHO MIRANDA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 212506440 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CIRO CARVALHO MIRANDA. Data e Hora: 14-01-2019 18:21. Número de Série: 22394. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidência da República v5.

---