



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

SIPAR nº 25000.154192/2012

PARECER/AGU/CONJUR/MS/CODELICI/AVA Nº /2013

Interessado: Coordenação Geral do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica – CGCEAF/DAF/SCTIE

Procedência: Coordenação Geral de Análises das Contratações de Insumos Estratégicos para a Saúde – CGIES/DLOG/SE/MS

Assunto: Demais Hipóteses de Inexigibilidade de Licitação cujo valor seja superior a R\$ 500.000,00

EMENTA: Contrato Administrativo. Inexigibilidade de Licitação. Art. 25, I, da Lei nº 8.666/1993. Aquisição de 2.981.280 cápsulas de Micofenolato de Sódio 180 mg e 32.157.720 cápsulas de Micofenolato de Sódio 360 mg. Análise jurídica.

Excelentíssimo Senhor Consultor Jurídico do Ministério da Saúde,

Trata-se de processo administrativo instaurado para a aquisição de 2.981.280 cápsulas de Micofenolato de Sódio 180 mg e 32.157.720 cápsulas de Micofenolato de Sódio 360 mg, para a Coordenação Geral do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, sendo certo que a aquisição será realizada por inexigibilidade de licitação.

2 O processo eletrônico encontra-se instruído com o seguinte histórico:

29» T28 - Distribuição do processo para um dos advogados da União [09/01/2013 - 16:06:16]

Alessandra Vanessa Alves Situação:
Concluído

28» T29 - Elaboração da manifestação jurídica [09/01/2013 - 15:27:29]

Gabriela Moreira Castro Situação:

Este processo deve ser redistribuído para outro advogado

27» T28 - Distribuição do processo para um dos advogados da União [26/12/2012 - 16:48:48]

Alessandra Vanessa Alves Situação:
Concluído

26» T27 - Solicitar parecer jurídico [26/12/2012 - 12:58:56]

Mariana Nogueira de Resende Sousa Situação:

Solicitar parecer jurídico

25» T26 - Anexar a versão final da minuta do contrato [26/12/2012 - 12:07:47]

Michelle Araujo Soares Situação:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

Anexada a versão final da minuta do contrato

24» T19.5 - Confirmar a não-disponibilidade orçamentária [21/12/2012 - 17:40:09]

Wilza Cardoso Fávila Situação:

Não há disponibilidade orçamentária no momento

23» T19 - Solicitar disponibilidade orçamentária [20/12/2012 - 16:28:49]

Valdice Carmem Batista de Souza Situação:

Não há disponibilidade orçamentária no momento

22» T13 - Anexar a ata da reunião realizada [20/12/2012 - 16:13:21]

Wilza Cardoso Fávila Situação:

Negociação concluída e documentação anexada

21» T13.1 - Análise e manifestação sobre a proposta e/ou condições de entrega apresentadas pela empresa - DAF [17/12/2012 - 17:18:39]

Rodrigo Fernandes Alexandre Situação:

Manifestação concluída

20» T13 - Anexar a ata da reunião realizada [12/12/2012 - 17:19:28]

Wilza Cardoso Fávila Situação:

Necessária análise e manifestação da área sobre a proposta

19» T13.1 - Análise e manifestação sobre a proposta e/ou condições de entrega apresentadas pela empresa - DAF [07/12/2012 - 16:54:08]

José Miguel do Nascimento Júnior Situação:

Manifestação concluída

18» T13 - Anexar a ata da reunião realizada [06/12/2012 - 16:20:40]

Wilza Cardoso Fávila Situação:

Necessária análise e manifestação da área sobre a proposta

17» T13.1 - Análise e manifestação sobre a proposta e/ou condições de entrega apresentadas pela empresa - DAF [04/12/2012 - 00:08:57]

Rodrigo Fernandes Alexandre Situação:

Manifestação concluída

16» T14 - Anexar a proposta final e a documentação técnica e fiscal do fornecedor [30/11/2012 - 16:03:48]

Wilza Cardoso Fávila Situação:

Necessária manifestação quanto à proposta de preços

15» T13 - Anexar a ata da reunião realizada [29/11/2012 - 14:14:07]

Edith de Almeida Pinheiro Bastos Situação:

Negociação concluída - a documentação será anexada a posteri

14» T11 - Receber e anexar a proposta de preços recebida [29/11/2012 - 13:00:45]

Edith de Almeida Pinheiro Bastos Situação:

Seguir para anexar a ata da reunião de negociação

13» T11 - Receber e anexar a proposta de preços recebida [14/11/2012 - 09:14:54]

Wilza Cardoso Fávila Situação:

Data da reunião de negociação alterada

12» T10 - Solicitar a proposta de preços e documentações técnica e fiscal ao fornecedor e iniciar pesquisa de preços internacional [09/11/2012 - 11:38:45]

Edith de Almeida Pinheiro Bastos Situação:

Proposta e documentação solicitadas

11» T12 - Ciência da necessidade de elaboração da minuta do contrato [26/10/2012 - 15:47:40]

Michelle Araujo Soares Situação:

Ciente



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

10» T09 - Definir a data da reunião de negociação de preços [26/10/2012 - 14:26:41]
Wilza Cardoso Fávila Situação:
Data definida

9» T08 - Autorizar o prosseguimento do processo de aquisição [25/10/2012 - 11:53:26]
Cristina Demartini Gontijo Vasconcelos Situação:
Autorizado o prosseguimento do processo de aquisição

8» T07 - Autorização do processo de aquisição [24/10/2012 - 11:15:25]
Alexandre Rocha Santos Padilha Situação:
Autorizado o processo de aquisição

7» T06.4 - Autorizar a solicitação de aquisição - SCTIE [15/10/2012 - 16:28:11]
Leonardo Batista Paiva Situação:
Aprovado

6» T05.4 - Reserva Orçamentária - SCTIE [11/10/2012 - 16:50:04]
Julio Almir Ferreira Situação:
Reserva orçamentária efetuada

5» T04.1 - Aprovação do TR e indicação do fiscal do contrato - DAF [11/10/2012 - 16:11:08]
José Miguel do Nascimento Júnior Situação:
TR aprovado

4» T03.65 - Aprovação do TR - CGCEAF [11/10/2012 - 15:19:42]
Rodrigo Fernandes Alexandre Situação:
TR aprovado

3» T04 - Anexar a pesquisa de preços [11/10/2012 - 11:16:29]
Vaneide Vieira Lima Situação:
Pesquisa de preços anexada

2» T03.1 - Autuar a aquisição - CGCEAF [10/10/2012 - 17:27:26]
Sandra de Castro Barros Situação:
Processo autuado - seguir para a pesquisa de preços

1» T01 - Inserção do TR [10/10/2012 - 17:24:06]
Sandra de Castro Barros Situação:
Iniciar fluxo

3 O processo foi remetido a esta Consultoria Jurídica, em cumprimento ao disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, para análise e parecer quanto aos procedimentos adotados, em especial, quanto à minuta do Contrato.

4 É o relatório.

ANÁLISE JURÍDICA

5 Ressalte-se que a análise empreendida circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos no procedimento em exame, não cabendo a esta unidade jurídica adentrar no aspecto econômico, nem no juízo de oportunidade e conveniência da contratação pretendida.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

CONTRATAÇÃO DIRETA – HIPÓTESE EXCEPCIONAL

6 De acordo com a Constituição Federal, art. 37, inciso XXI, “**ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

7 Como ressalta Lucas Rocha Furtado¹:

A peculiaridade desse dispositivo consiste no fato de que a Constituição irá estabelecer a regra – a licitação é obrigatória –, mas ela própria irá autorizar que lei possa prever hipóteses em que poderá ocorrer a contratação sem licitação.

8 As hipóteses de contratação direta, sem licitação, são, portanto, excepcionais. Assim, em sendo medida de exceção, as cautelas hão de ser redobradas. Neste sentido, Acórdão TCU n.º 645/2002-Plenário:

(...) Afinal, a licitação é a regra e as contratações diretas as exceções, o que determina que as situações tanto de dispensa como de inexigibilidade sejam bem caracterizadas no processo (...).

9 De fato, mesmo nos casos de contratação direta existe um procedimento administrativo a ser observado. A ausência de licitação não significa, em hipótese alguma, uma contratação informal, com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, exige-se um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível.

10 Num momento inicial a Administração irá determinar a existência de uma necessidade a ser atendida, diagnosticando os meios adequados para atender ao reclamo, definirá o objeto, verificará a disponibilidade orçamentária, tudo isso devendo ser documentado e oportunamente acostado aos autos.

¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 66.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
 Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

11 De acordo com o contido no presente processo, a contratação, *in casu*, prescinde de licitação por ser inviável a competição, já que o fornecedor é exclusivo. O embasamento legal encontra-se no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, que assim preceitua:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

12 Para a incidência da norma, é importante demonstrar que a licitação não lograria resultado por não ser possível a competição, já que apenas uma empresa tem o produto a ser ofertado, não há paradigma, inexistem similares, o que atrairia a aplicação do inciso I, do art. 25 da Lei nº. 8.666/93.

13 Orientado pelo dispositivo legal transcrito, foi juntada Declaração de Exclusividade emitida pela Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa - **INTERFARMA**, com o seguinte teor:

Para os devidos fins e efeitos, declaramos que a empresa **NOVARTIS BIOCÊNCIAS S.A.**, nossa associada, estabelecida à Av. Prof. Vicente Rao, nº 90 – São Paulo – SP, **fabrica e comercializa com exclusividade em todo território nacional** o produto com a marca abaixo.

MYFORTIC

180 MG COM REV CT BL AL/AL X 120
 Substância Ativa: **Micofenolato Sódico**
 Registro no M.S. nº: 1.0068.0897.004-0

MYFORTIC

360 MG COM REV CT BL AL/AL X 120
 Substância Ativa: **Micofenolato Sódico**
 Registro no M.S. nº: 1.0068.0897.007-5

Por ser expressão da verdade passamos a presente que vai datada e assinada, dando-se à mesma a validade de (01) um ano.

14 Em outro documento exarado pela INTERFARMA e colacionado aos autos, aduz-se, sobre o medicamento em referência que:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

(...) Consta no banco de dados da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, o registro nº 1.0583.0274 do medicamento **MMF Sódico** contendo **Micofenolato Sódico** como princípio ativo, da empresa **Nature's Plus Farmacêutica Ltda**, que independente de ter o registro do medicamento, a referida empresa não está comercializando esse produto.

(...)

Ao que consta nos arquivos de nossa entidade, bem como no Dicionário de Especialidades Farmacêuticas e no Banco de Dados da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, até o momento, (...) **MYFORTIC – micofenolato sódico** (...) é o único produto contendo a substância ativa referida nestas apresentações, em comercialização no país.

15 Alerta-se que, conforme a Orientação Normativa nº 16/2009, da Advocacia-Geral da União, **“COMPETE À ADMINISTRAÇÃO AVERIGUAR A VERACIDADE DO ATESTADO DE EXCLUSIVIDADE APRESENTADO NOS TERMOS DO ART. 25, INC. I, DA LEI Nº 8.666, DE 1993”**.

16 Importa citar, ainda, o Acórdão 1.796/2007-Plenário, utilizado na fundamentação da orientação normativa acima transcrita:

9.1.1. quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros (art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666, de 1993), adote, com fulcro nos princípios da igualdade e da proposta mais vantajosa para a Administração, medidas cautelares visando a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes, como, por exemplo, consulta ao fabricante.

17 No mesmo sentido, a Súmula nº 255/2010, do Tribunal de Contas da União, destaca que:

Súmula TCU nº 255/2010:

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, **é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.**

(Grifo nosso)

18 De fato, há que se ter cautela ao se proceder contratação por inexigibilidade de licitação, como ressalta o entendimento consubstanciado na Decisão nº 613/1996 – Plenário, do Tribunal de Contas da União:

O Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1. determinar à Companhia Vale do Rio Doce que: (...) não proceda a contratação direta, com fundamento na inexigibilidade de licitação, exceto quando constatar, de forma



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
 Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

induvidosa, a total inviabilidade de competição, observando-se para tanto os critérios definidos na Lei nº 8.666/93 e os princípios norteadores da licitação e dos casos de sua inexigibilidade.

19 **Assim, deve a área competente certificar-se de que apenas o produto referido atende às suas necessidades, bem como deve atestar a exclusividade do fornecimento.**

20 **????**

21 **Observa-se que embora a área competente tenha consignado na ata de reunião de negociação de preços que o DAF realizou consulta junto ao banco de registro de medicamentos da ANVISA atestando a exclusividade da empresa quanto ao registro do medicamento no Brasil, este documento da ANVISA não consta nos autos deste processo eletrônico, sendo recomendável sua inserção para demonstrar que a Administração adotou as medidas necessárias para confirmar a veracidade do documento de exclusividade.**

JUSTIFICATIVA DA CONTRATAÇÃO PRETENDIDA

22 É incumbência do Administrador demonstrar expressamente as razões que sustentam a contratação pretendida, sendo válido salientar que a ausência ou incoerência da justificativa pode ocasionar a sua responsabilização perante o Tribunal de Contas da União.

23 A justificativa encontra-se na Nota Técnica nº. 53/2012/DAF/SCTIE/MS e justificativas apresentadas em 08/10/2012, explicitando a área técnica a necessidade de assegurar a cobertura dos tratamentos das pessoas que vivem com HIV/AIDS (PVHA). Deve-se asseverar que a responsabilidade pela Justificativa é do administrador público, não cabendo a este consultivo analisar o mérito do ato.

TERMO DE REFERÊNCIA

24 A solicitação de contratação, em geral, é formalizada por meio de Termo de Referência, documento no qual deve constar, basicamente, a descrição detalhada do objeto, com indicações sobre as quantidades, qualidades, prazo e outras condições atinentes à execução.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

25 No termo de referência é salutar que a Administração descreva devidamente as características do bem necessárias ao atendimento dos seus fins, não se admitindo, no entanto, exigências e condições que possam levar a um direcionamento da contratação.

26 **Os Termos de Referência com o quantitativo foram apresentados no dia 08/10/2012, validados pelo DLOG por meio do SILOS.** Ressalta-se, desde logo, que as menções ao Termo de Referência porventura feitas no decorrer do presente parecer levarão em conta esse documento.

INSTRUÇÃO DO PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE

27 A instrução do processo de inexigibilidade de licitação deve observar o constante do art. 26, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/1993:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, **as situações de inexigibilidade referidas no art. 25**, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. [\(Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

(Grifo nosso).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

28 Como já salientado em tópico anterior, *in casu*, o fornecedor foi escolhido em razão de ser exclusivo, conforme documento apresentado no Anexo III – Da Documentação Técnica, da Ata de Reunião.

29 Resta, então, verificar a existência de justificativa do preço. Essa justificativa, de acordo com a Orientação Normativa da AGU nº 17, de 01 de abril de 2009, deve ser feita mediante a comparação do preço proposto pela futura contratada com os preços praticados pela mesma junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 17, DE 1º DE ABRIL DE 2009

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 00400.015975/2008-95, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

É OBRIGATÓRIA A JUSTIFICATIVA DE PREÇO NA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, QUE DEVERÁ SER REALIZADA MEDIANTE A COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A OUTROS ORGÃOS PÚBLICOS OU PESSOAS PRIVADAS.

INDEXAÇÃO: INEXIGIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DIRETA. JUSTIFICATIVA DE PREÇO. PROPOSTA. CONTRATADA.

REFERÊNCIA: art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993; Despacho do Consultor-Geral da União nº 343/2007; Informativo NAJ/RJ, ANO 1, Nº 1, jun/07, Orientação 05; Decisão TCU 439/2003-Plenário, Acórdãos TCU 540/2003-Plenário, 819/2005-Plenário, 1.357/2005-Plenário, 1.796/2007-Plenário.

PESQUISA DE PREÇOS



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

30 Em relação à pesquisa de preço, observa-se que foram realizadas, em 25/09/2012, pesquisas de preços junto a outros órgãos e entidades públicas e no mercado internacional.

31 Ademais, observa-se que foi realizada reunião em 13/11/2012 para negociação do preço.

32 O valor global da aquisição ficou estabelecido em US\$ 1,878,570.00 (um milhão, oitocentos e setenta e oito mil e quinhentos e setenta dólares norte-americanos), que convertidos por hipótese na razão de US\$ 1.00 para R\$ 2,10, totaliza a importância estimada em R\$ 3.944.997,00 (três milhões, novecentos e quarenta e quatro mil e novecentos e noventa e sete reais), conforme proposta final validada na reunião de negociação de preço e apresentada posteriormente pela empresa Bristol-Myers Squibb Farmacêutica S/A, constante no Anexo I da Ata de Reunião.

DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

33 **Cumpra esclarecer que se torna imprescindível que haja dotação orçamentária suficiente para a contratação, sob pena de nulidade do ato.** Em verdade, não apenas o art. 14 da Lei nº 8.666/1993 deve ser observado, como também as orientações relativas à emissão de empenhos, devendo o administrador ter cautela e observar integralmente o disposto no art. 60 da Lei nº 4.320/64. Em havendo necessidade de emissão de empenho estimativo, deve ser seguida a orientação do TCU – Tribunal de Contas da União ao Ministério da Saúde (TC – 005.987/2000-4):

A atitude a adotar, para a obediência à lei orçamentária e dispositivos correlatos seria então, ao receber o crédito orçamentário completo, a emissão de novo empenho, desta vez pelo valor global da despesa, em atenção ao art. 207 do Decreto 93872. Nessa hipótese, há ainda duas alternativas, cancelar o empenho estimativo emitido anteriormente e fazer empenho pelo valor global da despesa ou emitir empenho global que abranja apenas a parcela restante do contrato. Caso surja alguma despesa



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
 Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

extraordinária na execução, despesa não coberta pelo contrato, deve ser emitido um empenho ordinário, cobrindo apenas aquela despesa.

34 Há nos autos do processo eletrônico, declaração pela COPEF/DIPEO informando que há disponibilidade orçamentária, conforme pré-empenho 2012PE000248 no valor de R\$ 696.654,00. A despesa no valor de R\$ 696.654,00 (seiscentos e noventa e seis mil e seiscentos e cinquenta e quatro reais) correrá por conta do Programa de Trabalho 10.303.2015.4370.0001 do orçamento de 2012 do Ministério da Saúde. As demais parcelas, correspondentes à despesa no valor de R\$ 3.248.343,00 (três milhões, duzentos e quarenta e oito mil e trezentos e quarenta e três reais), correrão por conta do orçamento de 2013 do Ministério da Saúde.

35 Frisa-se, nesse ponto, que **é de responsabilidade do Administrador a declaração de que haverá recursos suficientes para a execução da contratação tratada nestes autos, caso contrário, pode-se configurar ação vedada pelo artigo 167, inciso II, da Constituição Federal**, consoante se segue:

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

36 No presente caso, deve incidir a Orientação Normativa 39 da AGU:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 39, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2011 (*)

(*) Editada pela PORTARIA AGU Nº 572, DE 13.12.2011 - publicada no DOU I 14.12.2011

"A vigência dos contratos regidos pelo art. 57, caput, da lei 8.666, de 1993, pode ultrapassar o exercício financeiro em que celebrados, desde que as despesas a eles referentes sejam integralmente empenhadas até 31 de dezembro, permitindo-se, assim, sua inscrição em restos a pagar."

REFERÊNCIA Art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993; art. 36, da Lei nº 4.320, de 1964; Nota DECOR/CGU/AGU nº 325/2008. PARECER/AGU/NAJSP/ Nº 1191/2008 – VRD.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

37 **Percebe-se, portanto, que o valor total dos contratos que se visam assinar devem ser empenhados até 31/12/2012.**

REGULARIDADE FISCAL

38 Quando da contratação, a empresa deverá comprovar sua regular situação junto ao SICAF. A situação de irregularidade fiscal impede a Administração de contratar com empresa inadimplente, devido à falta de habilitação, conforme determina o art. 27 da Lei n.º 8.666/93, exigência também aplicável aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

39 A orientação acima decorre de ordem expressa da Carta Magna, na qual consta no parágrafo 3º do seu art. 195 que “a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.

40 Nesse sentido, vejamos a orientação do TCU, exposta no Acórdão n.º 524/2005 Primeira Câmara:

Observe o art. 195,§3º, da Constituição Federal c/c o art. 47, inc. I, alínea *a* da Lei 8.212/91 e com o art. 27, alínea *a* da Lei 8.036/90, no que tange à obrigatoriedade de exigir-se das pessoas jurídicas a serem contratadas, **assim como durante a manutenção do contrato**, a comprovação de sua regularidade com a seguridade social (INSS e FGTS).

41 Desta forma, **previamente à celebração do contrato há que se verificar se as certidões e comprovações quanto à regularidade da empresa perduram como válidas e sem restrições.**

REGULARIDADE SANITÁRIA

42 Tratando-se de aquisição de medicamentos, 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.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

DA NECESSIDADE DE DESIGNAÇÃO DE SERVIDOR RESPONSÁVEL PELA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO

43 O acompanhamento e fiscalização do contrato é instrumento poderoso que o gestor dispõe para a defesa do interesse público. É dever da Administração acompanhar e fiscalizar o contrato para verificar o cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas, em todos os seus atos.

44 A fim de evitar problemas advindos de uma má fiscalização da execução dos contratos firmados pela Administração, se torna de suma importância que no processo de contratação seja indicado, pela autoridade competente, servidor ou equipe de fiscalização habilitada, de preferência do setor que solicitou o bem ou serviço, com experiência técnica necessária ao acompanhamento e controle do contrato, tudo em conformidade com o prescrito nos inciso II do art. 58 e § 1º do art.67, ambos da Lei n.º 8.666/93.

45 **No presente caso, NÃO CONSTA a designação dos servidores responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização da execução do contrato.**

DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO

46 Sugere-se a seguinte redação para a cláusula décima segunda:

DO PRAZO DA VIGÊNCIA E DO PRAZO DE EXECUÇÃO

- a) **O prazo de vigência deste Termo de Contrato se inicia na data de sua assinatura e vigorará até 31/12/2013** (ano em que se encerra o prazo de execução contratual), nos termos do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993.
- b) PARÁGRAFO PRIMEIRO - A vigência 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 nº 39, de 13/12/2011.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

- c) PARÁGRAFO SEGUNDO – O prazo de execução deste Termo de Contrato se inicia na data de sua assinatura encerrando-se quando do recebimento definitivo da última parcela.

DA ANÁLISE DAS MINUTAS ACOSTADAS AOS AUTOS

47 A minuta do contrato a ser celebrado foi anexada em 21/11/2012, verificando-se, em sua análise, presentes as cláusulas essenciais, a teor do que determina o artigo 55 da Lei 8.666/93, não havendo, em princípio, nenhuma irregularidade formal que possa obstar sua assinatura.

48 É importante ressaltar que a minuta contratual deve estar em conformidade com os termos de referência.

49 Sugere-se, no entanto, que:

1. Percebe-se, em várias das condutas especificadas e passíveis de sanção, que não há previsão de faixas de penalidade para a multa, tendo a área técnica tão somente previsto a multa em valor fixo para a conduta em espécie, devendo ser contemplado um limite sancionatório mínimo e máximo para a conduta especificada.
2. O item VIII.5 encontra-se confuso, não se compreendendo se a multa será de 10% sobre o valor da parcela ou se será calculada à razão de 0.033% por dia de atraso.
3. O item VIII.6 dispõe sobre multa em razão de reincidência. Ocorre que a estipulação de multa neste caso parece estipular valor menor do que a multa inicial que pode ser imposta, sugerindo-se que seja reavaliado este *quantum* em nome da proporcionalidade.

50 Ademais, sem se descuidar das orientações traçadas no bojo deste Parecer, cabe destacar que:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

1. De acordo com o que determina a Orientação Normativa nº 16, da AGU, e a Súmula nº 255/2010, do TCU, deve ser aferida pela área competente a veracidade da declaração de exclusividade acostada aos autos, sendo de responsabilidade da área técnica e da autoridade que ratificar a inexigibilidade o reconhecimento da exclusividade. Recomenda-se a anexação de documento da ANVISA atestando a exclusividade;
2. Na cláusula décima segunda da minuta do contrato (Da vigência) recomenda-se a correção do ano de “3013” para “2013”;
3. Anexar a designação dos servidores responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização da execução do contrato;
4. Anexar o ciente da Secretaria Executiva e autorização do dirigente máximo, nos termos do art. 4º da Portaria nº 1.338, de 28 de junho de 2012;
5. Ressalte-se que qualquer alteração do prazo de execução do contrato somente pode ocorrer por meio de termo aditivo, previamente justificado, tendo por fundamento um dos dispositivos legais autorizadores dispostos no artigo 57, § 1º da Lei 8.666/93;
6. Orienta esta Consultoria que além do acompanhamento rigoroso da entrega nos prazos definidos, a verificação do cumprimento de todas as exigências e normas da ANVISA, especialmente àquelas relativas à validade do produto, qualidade, condições técnicas etc, lembrando que qualquer alteração ou modificação das condições previamente definidas no contrato, nos aspectos técnicos ocorra tão somente se precedido de parecer técnico devidamente aprovado e acompanhado de comprovação inequívoca de fatores supervenientes e imprevisíveis que possam levar a Administração, por meio de instrumento próprio, a adotar medidas que alterem o já pactuado e definido;
7. Previamente à celebração do contrato, todos os documentos exigidos, inclusive proposta válida e vigente, regularidade fiscal da empresa, certidões e documentos de regularidade emitidos pela ANVISA, devem estar devidamente atualizados;
8. Que seja juntada aos autos, como condição de eficácia do ato, a ratificação da inexigibilidade de licitação pela autoridade superior e a respectiva publicação na imprensa oficial, bem como deve ser comprovada nos autos a publicação do instrumento contratual, conforme preceitua o Art. 26 da Lei 8.666/93, o qual deve ser rigorosamente observado;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

CONCLUSÃO

51 Em face das considerações tecidas, restritas ao exame do aspecto jurídico-formal do processo, abstraídas as questões técnicas, as quais fogem à competência da análise desta área Jurídica, inclusive as de oportunidade, conveniência e preço na formalização do instrumento, entende essa Consultoria Jurídica pela possibilidade da contratação pretendida, com base no inciso I, do art. 25, da Lei n.º 8.666/93, estando a minuta de Contrato, ora analisada e rubricada pela signatária deste parecer, apta a materializar os interesses das partes, **DESDE QUE** atendidas todas as orientações acima expostas, cuja inobservância implicará na não chancela deste órgão jurídico

À consideração superior.

Brasília, 06 de dezembro de 2012.

Alessandra Vanessa Alves
Advogada da União
Coordenadora-Geral de Assuntos Jurídicos
COGEAJUR/CONJUR/MS