



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. 00003/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU**

**NUP:** 25000.213392/2018-33

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

**ASSUNTOS:** Pregão. Aquisição de medicamento e insumos de saúde para o cumprimento de decisão judicial.

**EMENTA:** DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. PARECER REFERENCIAL. LICITAÇÕES. PREGÃO NA FORMA ELETRÔNICA COM OU SEM REGISTRO DE PREÇOS PARA A AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS DE SAÚDE PARA O CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. Legislação Aplicável: Lei nº 10.520, de 2002. Decreto nº 10.024, de 2019, Decreto nº 7.892, de 2013 (caso seja registro de preços), e Lei nº 8.666, de 1993. Regularidade Formal do Processo. Limites impostos pelo Decreto nº 7.689, de 2012. Considerações acerca do Parcelamento do Objeto. Adequação da Modalidade Licitatória Adotada. Licitação exclusiva e cotas reservadas às Microempresas, Empresas de Pequeno Porte. Observação dos Critérios de Sustentabilidade. Pesquisa de mercado com base na IN 05, de 2014 - SLTI/MPOG. Análise das Minutas. Ressalvas e Recomendações.

*Senhor Consultor Jurídico do Ministério da Saúde,*

**RELATÓRIO**

1. Trata-se de processo anteriormente encaminhado à Consultoria Jurídica por intermédio do Despacho DIVAN (doc. SEI nº 0013041133). Os autos foram encaminhados a este Consultivo para a atualização da "minuta de Edital, com Sistema de Registro de Preços e participação de empresas estrangeiras, para subsidiar as aquisições de insumo para a saúde mediante Demanda Judicial." O despacho de encaminhamento tem o seguinte conteúdo:

Trata-se da Minuta de Edital, com Sistema de Registro de Preços e participação de empresas estrangeiras, para subsidiar as aquisições de insumo para a saúde mediante Demanda Judicial.

Cumpra esclarecer que a minuta ora elaborada tomou por base o Parecer Referencial nº 37/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU ([7494688](#)), que foi emitido para regular especificamente os casos de compras para atender as decisões judiciais. Vale apontar que referido parecer não previu a hipótese de licitação SEM o sistema de registro de preços.

Informamos que ao modelo ora apresentado acrescentamos as atualizações do modelo do Site da AGU, bem como do Parecer Referencial nº 41/2019 que validou as alterações trazidas pelo Decreto nº 10.024/2019 ([0013040680](#)).

As adequações realizadas no bojo da referida minuta, que divergem do modelo aprovado pelo Parecer Referencial 37/2018, foram destacadas em azul claro.

Em conformidade com o parágrafo único, artigo 38, da Lei n.º 8.666/93, encaminhamos os autos a essa Consultoria para exame da Minuta proposta e pronunciamento acerca da sua regularidade.

2. Percebe-se que as alterações em questão tem como finalidade a adequação da minuta aprovada pelo PARECER REFERENCIAL n. 00037/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU em razão da publicação do Decreto nº 10.024/2019, que "Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal." e revogou o Decreto nº 5.450/2005.

3. O presente processo encontra-se autuado no sistema SEI, sob o NUP 25000.213392/2018-33, razão pela qual a menção aos documentos observa essa peculiaridade, conforme a formatação empreendida no sistema atualmente.

4. Consta nos autos os seguintes documentos principais:

↓  
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  
Parecer REFERENCIAL n. 00037/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU (7494688)  
Despacho n. 00031/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU (7494715)  
Despacho n. 00078/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU (7494753)  
Despacho 00050/2019/DEINF/CGU/AGU (7529061)

Termo de Referência - pós CONJUR (7545028)  
Despacho CGJUD 7545040  
Despacho CGIES 7548822  
Despacho DIVIP 7583415  
Termo de Referência Ajustado (7588194)  
Despacho DIVIP 7593666  
Despacho CGIES 7596733  
Cota n. 00626/2019 (7671804)  
Minuta de Edital - Demanda Judicial - Ajustada (8146597)  
Despacho DIVEL 8255329  
II  
Termo de Referência - Pregão SRP - CGJUD (0013022816)  
**Despacho DIVIP 0013022908**  
Minuta de Edital - Demanda Judicial (0013040680)  
Despacho DIVAN 0013041133

5. Vale mencionar que as minutas consideradas na análise deste órgão consultivo são as que constam nos seguintes documentos: Minuta de Edital - Demanda Judicial (doc. SEI nº 0013040680), minuta de Ata de Registro de Preços (a partir da página 53 do doc. SEI nº 0013040680), minuta de Contrato (a partir da página 62 do doc. SEI nº 0013040680) e minuta de Termo de Referência - Pregão SRP - CGJUD (doc. SEI nº 0013022816).
6. É o relatório.

### **DA FIGURA DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL**

7. O procedimento ordinário para a publicação de editais de licitação envolve a análise prévia desta consultoria de todas as minutas e procedimentos que visem a publicação dos editais (no presente caso de pregões eletrônicos) 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. 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 218/2014. 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, alegara 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 de Pregão Eletrônico, com a utilização do Sistema de Registro de Preços, cujo objetivo seja a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para saúde a serem demandas pela CGJUD/SE para atender as decisões judiciais. Corroborando o exposto com o fato de que o presente parecer configura-se como atualização de Parecer Referencial já existente (*PARECER REFERENCIAL n. 00037/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU*), para validar as alterações feitas em razão do Decreto nº 10.024/2019.

19. 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.

20. 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.

21. 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**

22. 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.

23. 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.

24. 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.

25. 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.

26. 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.

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

28. 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.

29. 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**.

30. 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.

31. 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.

32. **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**

## **REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO**

33. 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.

34. 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:

35. Neste sentido a Orientação Normativa AGU nº 2, de 1º de abril de 2009 dispõe:

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.

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

37. 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**

38. No âmbito do Poder Executivo Federal, o DECRETO Nº 10.193, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2019, que revogou o Decreto nº 7.689, de 2 de março de 2012, 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 3º:

### **Atividades de custeio**

Art. 3º A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação de contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas em ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.

§ 1º Para os contratos de qualquer valor, a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada às seguintes autoridades, permitida a subdelegação na forma do § 2º:

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 ou subdelegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, permitida a subdelegação nos termos do disposto no § 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, vedada a subdelegação.

39. A Portaria nº 249, de 13 de junho de 2012 estabeleceu normas complementares para o cumprimento do mencionado Decreto (apesar de tal portaria referir-se ao revogado Decreto nº 7.689, de 2012, tendo em vista que não foi encontrada portaria regulamentando o novo Decreto, entendendo que permanecem válidas as disposições não conflitantes como o novo regramento), 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.

40. 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.

41. Recomendamos à área técnica do Órgão assessorado verificar a eventual existência de Decretos ou outro normativos relativos a "limites", "contingenciamento orçamentário" ou a "restrição ao empenho de verbas".

42. Diante do exposto, deverá a área observar tais preceitos normativos no momento de cada contratação de medicamentos e insumos estratégicos para saúde, observando o caso concreto.

### **AValiação DE CONFORMIDADE LEGAL**

43. Embora a IN 05, de 25 de maio de 2017 - MPDG verse sobre regras e procedimento de contratação de serviços, é importante mencionar que o seu art. 36 traz disposição importante para a análise. Consta que antes do envio do processo para análise jurídica, deve ser realizada uma avaliação de conformidade legal do procedimento de contratação, preferencialmente com base nas disposições previstas no Anexo I da ON SEGES nº 02, de 2016.

44. A referida ON, por sua vez, 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***" (Grifo nosso).

45. A Advocacia-Geral da União também dispõe de *Check-Lists* previamente elaborados para os diversos tipos de contratações, encontrando-se dispostos 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 adoção da ON SEGES nº 02, de 2016, o que se recomenda.**

46. **Deve, portanto, os autos relativos às contratações abrangidas por esse Parecer, serem instruídos com o check-list mencionado, ainda que prescindida de análise jurídica individualizada.**

### **AUDIÊNCIA PÚBLICA**

47. 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, o procedimento de licitação será precedido, obrigatoriamente, de audiência pública.

48. 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.*

49. 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)*

50. 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.

51. Além disso, deve-se observar o que restou decidido no Acórdão nº 248/2017 - PLENÁRIO: ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária

reservada do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 234 e 235, do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer da presente denúncia, para, no mérito, considerá-la procedente;

[...]

9.9. determinar à Secretaria de Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão que, no prazo de trinta dias, oriente os órgãos e entidades sob sua supervisão que:

[...]

**9.9.2. em licitações pelo Sistema de Registro de Preços deve ser computado o valor previsto das adesões de órgãos e entidades não participantes (adesões tardias) para aferição do limite que torna obrigatória a realização de audiência pública, disposta na Lei 8.666/1993, art. 39, caput;**

(grifos nossos)

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

52. 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.*

53. Segundo o art. 3º da Instrução Normativa, cada Unidade Administrativa 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.

54. 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)**

55. Além disso, convém mencionar, que 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 ano de 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.

56. 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.

57. Apesar da 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.

58. 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.

59. Todavia, o caso é eminente técnico, cabendo ao órgão competente fazer a avaliação dos impactos da referida Instrução nesses Pregões de medicamento com vistas à aquisição para atender ordens judiciais.

60. 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.*

## **DO PARCELAMENTO DO OBJETO**

61. 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.

62. De modo similar, o art. 15, IV da mesma lei prevê que "*as compras, sempre que possível, deverão: IV ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade.*

63. O método utilizado na avaliação da divisibilidade será documentado nos estudos preliminares, e 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 (por analogia: item 3.8, "b" do Anexo III da IN MPDG nº 05, de 2017).

64. 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.

65. 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.

66. 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, chassi, 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.

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

**SÚMULA TCU 247:** 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.

68. Vale ainda mencionar o que dispõe o Manual com Orientações para Aquisições Públicas de Medicamentos também do Tribunal de Contas da União:

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).

(Tribunal de Contas da União. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/orientacoes-para-aquisicoes-publicas-de-medicamentos.htm> > Acesso em 26 de novembro de 2019.)

69. 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.

70. Por outro lado, por zelo, registre-se que não é admitido o fracionamento ilícito, na tentativa de evitar a utilização dos procedimentos licitatórios mais complexos e com maior competitividade. Ronny Charles ao tratar do assunto leciona:

#### **1.18.1 FRACIONAMENTO ILÍCITO**

Trata-se aqui da vedação ao fracionamento indevido, que consiste na atitude do gestor de, na tentativa de evitar a utilização dos procedimentos licitatórios mais complexos e com maior competitividade, dividir o objeto contratual de forma a permitir a utilização de procedimentos de seleção mais simplificados ou até a dispensa do certame (tendo em vista a possibilidade de dispensa em razão do valor, prevista nos incisos I e II do artigo 24).

(...)

O Tribunal de Contas da União entendeu que deveria, ao dividir-se o objeto de licitações em parcelas, nos casos em que fosse técnica e economicamente viável, nos termos do §1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, ser observado o disposto nos §§2º e 5º do mesmo artigo, que vedam o fracionamento do objeto com fuga à modalidade licitatória pertinente. No mesmo sentido, o TCU também já determinou a um município que evitasse o fracionamento de despesas, para aplicação de dispensa licitatória, observando o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, de modo a aproveitar as potencialidades de dinâmica do mercado.

(Leis de licitações públicas comentadas / Ronny Charles Lopes de Torres. - revista, amp. e atualiz. 10. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.)

71. No mesmo sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira aduz que "*a divisibilidade do objeto do futuro contrato, não pode acarretar, no entanto, a dispensa ou inexigibilidade de licitação, vedação que se aplica para as compras, obras e serviços (art. 23, §2, da Lei)*". Afirma que "*segundo o TCU, a divisibilidade do objeto não deve alterar a modalidade de licitação inicialmente exigida para a execução de todo o objeto da contratação. A escolha da modalidade de licitação depende da soma dos valores correspondentes aos itens parcelados*" (Licitações e contratos administrativos / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.) (Grifo acrescido).

72. Vale destacar que o Acórdão nº 2.037/2019-TCU-Plenário, de 28 de agosto de 2019, recomendou que as áreas sempre avaliem o seguinte nas minutas de editais de pregões para registro de preço:

[...]

9.6.3. obrigatoriedade da adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas, sendo a adjudicação por preço global medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de incompatível com a aquisição futura por itens - arts. 3º, § 1º, inciso I, 15, inciso IV, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, e Acórdãos 529, 1.592, 1.913, 2.695 e 2.796/2013, todos do Plenário.

73. Diante do exposto, fica claro que a regra é o parcelamento do objeto e que caso a área opte por uma contratação conjunta, esta só estaria autorizada se a Administração demonstrar que tem por fundamento a inviabilidade técnica ou econômica do parcelamento.

## **LICITAÇÕES EXCLUSIVAS E COTAS PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

74. Com a alteração da Lei Complementar nº 123/2006 no ano de 2014, houve novas situações possíveis de tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, quais sejam: 1) A participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte e demais beneficiados; 2) Da aplicação de reserva de cota de até 25% do objeto licitado; 3) Da não aplicação, caso demonstrada alguma das situações descritas no art. 49, da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 10, do Decreto nº 8.538/2015; 4) Possibilidade de subcontratação de microempresa e empresa de pequeno porte; 5) Possibilidade de aplicação da margem de preferência; 6) e da preferência de microempresa e empresa de pequeno porte em dispensa de licitação com base no art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993.

75. No caso do presente tópico, será tratado sobre a participação exclusiva, cotas reservadas e da não aplicação dos institutos nos termos do art. 49, da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 10, do Decreto nº 8.538/2015 de modo geral e, após, serão externadas orientações específicas sobre os benefícios na compra de medicamentos e insumos estratégicos para saúde.

#### **A) LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

76. Em relação à participação exclusiva, nos termos do inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014, 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 (oitenta mil reais).

77. Da mesma forma, o art. 6º do Decreto 8.538/2015, estabelece que "*os órgãos e as entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens ou lotes de licitação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)*", o que se aplica também às cooperativas com receita bruta equivalente a das empresas de pequeno porte, por força do art. 34 da Lei nº 11.488/2007.

78. 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 123/2006 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).

79. 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.

80. Assim, em regra, caso haja itens cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 reais, em regra, esses itens serão destinados à participação exclusiva de ME's e EPP'S.

#### **B) COTAS RESERVADAS À MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

81. Já em relação à cota reservada, em decorrência da redação do art. 48, III, da Lei Complementar nº 123/2006 (prevista na Lei Complementar nº 147/2014), 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:

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 de microempresas e empresas de pequeno porte.

82. Por seu turno, o Decreto nº 8.538/2015, 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.

83. 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 analisada a escolha dessa porcentagem.

84. Entende-se 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.

85. Outrossim, é preciso fazer menção ao **limite sistemático** do percentual a ser reservado. 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 trazido por Ronny Charles:

Assim em um item de R\$ 800.000.000,00 (oitocentos mil reais), em que se abriu a cota reservada, esta deve ser de, no máximo, 10% (dez por cento), sob pena de permitirmos um certame exclusivo, acima do limite disposto pelo inciso I do mesmo art. 48, da Lei Complementar.

86. O limite sistemático busca, justamente, conferir coerência ao sistema, de modo a evitar que se crie uma licitação exclusiva em valor superior ao definido pelo inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, dentro de um certame maior (Isso porque, entende-se que cada item num certame é considerado uma licitação independente).

87. O citado Ronny Charles esclarece que há precedentes de utilização deste entendimento, em manifestação de membros da Advocacia-Geral da União:

Nesse sentido, a Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa emitiu o Parecer n. 00573/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU, de autoria da Advogada da União Tânia Vaz e aprovado pelo Consultor Jurídico do Ministério da Defesa, Idervânio Costa:

Pois bem, Como se verifica nos retrotranscritos artigo 48, III da LC 123/2006 e art. 8º, caput do Decreto 8.538/2015, foi estabelecida, a par das outras formas de tratamento diferenciado, a obrigatoriedade de a Administração reservar, nas licitações de bens de natureza divisível, uma cota de até 25%, a ser destinada exclusivamente às ME/EPP e equiparados, ressalvados (i) os casos em que o estabelecimento de tal cota acarrete prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto; (ii) as hipóteses do art. 49 da LC 123/2006. [...]

A melhor exegese, todavia, em nosso ver, é que a cota reservada, em sendo prevista no edital convocatório, seja limitada a R\$ 80.000,00, teto definido para a exclusividade da participação de ME e EPP.

Com efeito, a interpretação sistemática da LC nº 123/2006 sinaliza, em nosso ver, que a expressão "até" (inciso III do art. 48 da LC) tem exatamente esta finalidade, qual seja, de modular o percentual da cota reservada, visando adequá-lo ao teto definido para exclusividade de participação na licitação - R\$ 80.000,00 (art. 48, inciso I da LC), sob pena de subversão do equilíbrio de interesses e princípios, contemplado na LC citada.

Nesse ponto, observo que a cota reservada nada mais é do que uma subdivisão do item (item ou lote = cota reservada + cota principal), que passa a ser dividido em dois - um para ampla participação e outro para ME/EPP/equiparados. Nessa ótica, interpretando-se o inciso III do artigo 48 da LC 123 e o artigo 8º, caput do Decreto 8.538, combinada e sistematicamente, com o inciso I do artigo 48 da Lei Complementar e com o artigo 6º, caput do Decreto, parece pertinente a conclusão de que a parcela correspondente à cota reservada não pode ultrapassar o limite de R\$ 80.000,00.

Não é razoável, afinal, o entendimento de que o órgão não possa destinar exclusivamente às ME/EP/equiparados um item ou lote com valor superior a R\$ 80.000,00, mas possa lhes destinar, com exclusividade, uma cota reservada com valor superior a esse limite, na medida em que a cota nada mais é do que um "item" apartado do item composto por bens de natureza divisível, ao qual se concede exclusividade de participação.

No mesmo sentido, defendem o limite sistemático manifestações dos Advogados da União Adriano Dutra Carrijo e Cássio Cavalcante, membros da Consultoria Jurídica da União, em São Paulo. Vale transcrever trecho de Parecer do Primeiro:

[...] identificamos um problema na destinação das cotas reservadas, pois algumas delas têm valor superior a R\$80.000,00, que é justamente o patamar estabelecido pelo Legislador Complementar para o tratamento favorecido de exclusividade.

Essa questão é polêmica, mas a CJU/SP inclina-se por não admitir cotas reservadas acima de R\$80.000,00 como se vê da Nota 113/2015 do eminente Dr. Cassio Cavalcante Andrade, Coordenador-Geral Substituto, ou do parecer 132/2016, de minha autoria.

A fundamentação de tal posição lastreia-se na lógica do sistema de favorecimento às ME/EPP, que lhes destina os itens de menor valor de forma exclusiva. Romperia essa lógica a existência de itens de grande valor com tal característica, e até mesmo por essa razão a Lei Complementar 123, no seu artigo 48, III estabelece a cota reservada de até 25%, justamente para que esta não ultrapasse o patamar de R\$80.000,00 independentemente do valor da cota principal. Essa interpretação mantém a coerência do sistema de favorecimento, e é a que vem sendo aplicada pela CJU/SP.

Ainda nesse prumo, pode ser identificada a doutrina de Joel de Meneses Niebuhr, segundo o qual o "único critério que se consegue colher da legislação para definir o percentual, que pode ir até 25%, em exercício de interpretação sistemática, é o estabelecido no inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 para as licitações exclusivas.

**Comungamos com este posicionamento, por ele representar interpretação**

**sistemática plenamente adequada a evitar abusos. Como já dito, materialmente, a cota exclusiva equivale a um item exclusivo, devendo respeitar o limite de valor definido pelo legislador para certames exclusivos às microempresas e empresas de pequeno porte, em detrimento dos demais licitantes.**

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Lei de Licitações Públicas Comentadas. 10.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

88. Conforme se extrai do Parecer n. 00573/2016/CONJUR-MD/CGU/AGU, esta é a interpretação defendida por Joel de Menezes Niebuhr:

**A COTA RESERVADA DE ATÉ 25% DEVE SER LIMITADA A R\$ 80.000,00**

[...]

A questão é a seguinte: o inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 prescreve que se promova licitação, para aquisição de bens de natureza divisível, com “cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte”. Fica claro que a cota reservada não é, necessariamente, de 25%. O texto prescreve que é “de até 25%”. Logo, em princípio, pode ser, por exemplo, 20%, 10%, 1% ou 0,5%. O limite máximo é 25%, o mínimo quem define é a Administração. A dúvida, então, é como definir esse percentual.

[...]

(i) A licitação com cota reservada é uma espécie de licitação exclusiva. A palavra licitação significa competição, disputa. Na cota reservada, existe uma competição (licitação) exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte. Pode-se dizer que é uma licitação exclusiva dentro de uma licitação maior, que, no seu conjunto, ultrapassa o limite da licitação exclusiva do inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06. Então, a lógica é que se reserve uma parte da licitação maior para competição (licitação) exclusiva entre microempresas e empresas de pequeno porte. Por consequência, a parte reservada deve guardar coerência com os limites da licitação exclusiva, que é de R\$ 80.000,00.

(ii) Nas duas figuras, licitação exclusiva e com cota reservada, o legislador admite que a Administração pague mais caro para beneficiar as microempresas e empresas de pequeno porte. No entanto, com foco no princípio da proporcionalidade, o legislador estabeleceu limites para os impactos à economicidade. A Administração paga mais caro, porém dentro de um espaço limitado. O espaço é o definido pelo inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 para as licitações exclusivas, de R\$ 80.000,00.

(iii) Se não fosse assim, haveria uma espécie de conflito de valores entre os critérios do legislador para a licitação exclusiva e para as com cota reservada. Seria contraditório estabelecer limite de R\$ 80.000,00 para a licitação exclusiva e permitir que a cota reservada, que é uma espécie de licitação exclusiva, drague milhões, dezenas ou centenas de milhões de reais.

(iv) A parte da licitação maior, reservada para a microempresa e empresa de pequeno porte, precisa ser limitada, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. Seria desproporcional que valores vultosos, milhões, dezenas ou centenas de milhões, fossem reservados às microempresas e empresas de pequeno porte, que outras empresas não pudessem disputar. Os 25% previstos no inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 devem ser limitados, por imperativo de proporcionalidade. Suponha uma licitação de R\$ 100 milhões. Não faria sentido, seria desproporcional, que R\$ 25 milhões fossem reservados às microempresas e empresas de pequeno porte, sem que outras empresas pudessem participar. Os efeitos disso seriam impactantes, sobretudo pensando-se nos valores mais elevados que são praticados nas cotas reservadas. Para além disso, a própria competição da cota reservada seria prejudicada, porque é razoável supor que licitantes cujos faturamentos não ultrapassam R\$ 3.600.000,00 por ano, que é o caso das empresas de pequeno porte, não teriam condições ou teriam muitas dificuldades para disputar cota reservada, conforme exemplo acima, de R\$ 25 milhões.

(v) Considerando que 25% não é o percentual da cota reservada, porém seu limite, como é claro no inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, é necessário que se construa algum parâmetro para estabelecer, nos casos concretos, o percentual. Se a definição fosse discricionária, a margem concedida aos agentes administrativos seria exorbitante, de qualquer fração acima de zero a 25%. E pior, não haveria critério para definir o percentual. Não haveria critério para estabelecer, por exemplo, 0,1% ou 25%, nem, por conseguinte, parâmetros para questioná-lo ou obstá-lo. A maioria dos casos concretos não trariam também nada que servisse como justificativa para a definição dos percentuais. Seria uma competência discricionária solta, dada às cegas. O único critério que se consegue colher da legislação para definir o percentual, que pode ir até 25%, em exercício de interpretação sistemática, é o estabelecido no inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 para as licitações exclusivas. Ou seja, que o percentual dedicado à cota reservada, nos casos concretos, não ultrapasse R\$ 80.000,00, que serve como critério definidor.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação com cota reservada para microempresas e empresas de pequeno porte. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 264, p. 142-152, fev. 2016.

89. Quanto à aplicação do limite de R\$ 80.000,00 às cotas reservadas, entendimento este que parece mais consentâneo com uma interpretação sistemática da norma, recente julgado do TCU afastou o mesmo, conforme segue:

***“A aplicação da cota de 25% destinada à contratação de microempresas e***

**empresas de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível (art. 48, inciso III, da LC 123/2006) não está limitada à importância de oitenta mil reais, prevista no inciso I do mencionado artigo.**

Auditoria realizada pelo TCU na Secretaria de Educação do Estado do Paraná com o objetivo de verificar a gestão dos recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar, identificou, entre outras irregularidades, a “restrição indevida à competitividade, nos pregões eletrônicos 1.528/2016, 1.548/2016, 1.628/2016, 1.629/2016 e 198/2017, tendo em vista a destinação de 25% do quantitativo total de cada produto a ser adquirido para contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, em desconformidade com as disposições da Lei Complementar 123/2006, em especial o inciso III do art. 49, c/c os arts. 6º, 8º e os incisos II, IV e parágrafo único do art. 10 do Decreto 8.538/2015”. Tais certames tinham por objeto o registro de preços para aquisição de diversos produtos alimentícios, nos quais, com base nos arts. 47 e 48, inciso III, da LC 123/2006, foram definidos dois lotes para cada item de produto a ser adquirido: um destinado à ampla concorrência, equivalente a 75% do total; e os outros 25% destinados à contratação de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP). Da análise dos oitenta e um lotes licitados, constatou-se que trinta e nove teriam sido destinados exclusivamente a ME e EPP, perfazendo um total de R\$ 24.635.390,00, cujos objetos foram adjudicados por valores superiores aos obtidos nos lotes abertos à ampla concorrência, dando margem a um sobrepreço, estimado pela equipe de auditoria, de R\$ 4.083.150,00. Ao apreciar a matéria, o relator, inicialmente, teceu algumas considerações acerca do entendimento firmado pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná, no sentido de que os incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar Federal 123/2006 deveriam ser interpretados de forma cumulativa. Após transcrever os dispositivos da LC 123/2006 concernentes ao assunto e observar que o Decreto 8.538/2015 regulamentou o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da Administração Federal, o relator destacou que, na sua visão, “não há na legislação que regulamenta a matéria determinação expressa no sentido de que a aplicação da cota de 25%, de que trata o inciso III do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, estaria limitada à importância de R\$ 80.000,00, prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual reputo que não procede o entendimento de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa”. Do mesmo modo, destacou que “não se verifica na referida Lei a impossibilidade de que sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência definido pela administração”. Não obstante isso, e com foco no art. 49, inciso III, da LC 123/2006, deixou assente que “não é admissível que, a pretexto de estimular o empreendedorismo, propiciando melhores condições para as sociedades empresárias de menor porte, a administração contrate ME e EPP a preços muito superiores aos ofertados pelas empresas que disputam as demais cotas”. Ao analisar as possíveis causas das elevadas diferenças de preços identificadas na auditoria, a mais provável, segundo o relator, teria sido o “deficiente estabelecimento dos preços de referência pela Secretaria de Educação, resultado de pesquisa que não teria refletido os valores efetivamente praticados no mercado”. Considerando que a unidade técnica não demonstrou o efetivo prejuízo causado ao erário por causa desse achado, o relator sugeriu a adoção de providências nesse sentido, inclusive quanto à conveniência de instauração de tomada de contas especial. Assim, acolhendo o voto apresentado, o Plenário decidiu, além de expedir determinação à unidade técnica a respeito do levantamento do possível débito, e de outras providências, dar ciência ao órgão estadual que: I) “não há, na Complementar Lei 123/2006, e no decreto que a regulamenta, determinação no sentido de que a aplicação da cota de 25%, de que trata o inciso III do art. 48 da referida lei, estaria limitada à importância de R\$ 80.000,00, prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual não procede o entendimento de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa”; II) “não se verifica, na Lei Complementar 123/2006, a impossibilidade de que sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência definido pela administração, observados, nessa situação, os princípios e vedações previstos no art. 3º da Lei 8.666/1993, bem como o poder dever de a administração, com fulcro no art. 49 da Lei 8.666/1993, revogar os procedimentos licitatórios por razões de interesse público, com vistas a impedir a contratação por preços superiores aos praticados no mercado”.

[Acórdão 1819/2018 Plenário](#), Auditoria, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues.

(Informativo de Licitações e Contratos - Número 352)

90. No entanto, como bem abordado por Victor Aguiar Jardim de Amorim, a aplicação dos julgados do TCU – ressalta-se que salvo os casos de consulta, cuja resposta do TCU possui caráter normativo, olvida-se que as decisões da corte em sede de representações, prestação de contas e tomada de contas especial são respostas a situações concretas, diante das peculiaridades e circunstâncias do caso analisado. E, em assim sendo, **não constituem, por si só, um precedente ou um entendimento a ser inexoravelmente aplicado em outros casos**. Ainda complementa o citado autor:

Tal problema torna-se ainda mais complexo diante da singularidade de determinados casos concretos nos quais a corte de contas faz, a partir das circunstâncias fáticas, uma avaliação meritória de controle e conformação acerca do caminho excepcional adotado por um administrador. Da conclusão do TCU quanto ao acerto ou desacerto da decisão administrativa não se pode extrair, em caráter abstrato, uma norma de aplicação apriorística e atemporal para casos futuros sem o devido cotejo de todas as circunstâncias

incidentes sobre a nova situação.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. "Julgados do TCU em matéria de licitações e contratos não são jurisprudência". Consultor Jurídico. Acesso em 31 de maio de 2019.

91. **Todavia, em razão do julgado do TCU houve alteração no Parecer Parametrizado para compras da AGU, que passou a contar com a seguinte Nota Explicativa. *In verbis*:**

Nota Explicativa 1: em razão do recente julgado seguinte, do TCU, foi suprimida a observação "limitado em R\$ 80.000,00":

***"A aplicação da cota de 25% destinada à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível (art. 48, inciso III, da LC 123/2006) não está limitada à importância de oitenta mil reais, prevista no inciso I do mencionado artigo.***

*Auditoria realizada pelo TCU na Secretaria de Educação do Estado do Paraná com o objetivo de verificar a gestão dos recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar, identificou, entre outras irregularidades, a "restrição indevida à competitividade, nos pregões eletrônicos 1.528/2016, 1.548/2016, 1.628/2016, 1.629/2016 e 198/2017, tendo em vista a destinação de 25% do quantitativo total de cada produto a ser adquirido para contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, em desconformidade com as disposições da Lei Complementar 123/2006, em especial o inciso III do art. 49, c/c os arts. 6º, 8º e os incisos II, IV e parágrafo único do art. 10 do Decreto 8.538/2015". Tais certames tinham por objeto o registro de preços para aquisição de diversos produtos alimentícios, nos quais, com base nos arts. 47 e 48, inciso III, da LC 123/2006, foram definidos dois lotes para cada item de produto a ser adquirido: um destinado à ampla concorrência, equivalente a 75% do total; e os outros 25% destinados à contratação de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP). Da análise dos oitenta e um lotes licitados, constatou-se que trinta e nove teriam sido destinados exclusivamente a ME e EPP, perfazendo um total de R\$ 24.635.390,00, cujos objetos foram adjudicados por valores superiores aos obtidos nos lotes abertos à ampla concorrência, dando margem a um sobrepreço, estimado pela equipe de auditoria, de R\$ 4.083.150,00. Ao apreciar a matéria, o relator, inicialmente, teceu algumas considerações acerca do entendimento firmado pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná, no sentido de que os incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar Federal 123/2006 deveriam ser interpretados de forma cumulativa. Após transcrever os dispositivos da LC 123/2006 concernentes ao assunto e observar que o Decreto 8.538/2015 regulamentou o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da Administração Federal, o relator destacou que, na sua visão, "não há na legislação que regulamenta a matéria determinação expressa no sentido de que a aplicação da cota de 25%, de que trata o inciso III do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, estaria limitada à importância de R\$ 80.000,00, prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual reputo que não procede o entendimento de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa". Do mesmo modo, destacou que "não se verifica na referida Lei a impossibilidade de que sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência definido pela administração". Não obstante isso, e com foco no art. 49, inciso III, da LC 123/2006, deixou assente que "não é admissível que, a pretexto de estimular o empreendedorismo, propiciando melhores condições para as sociedades empresárias de menor porte, a administração contrate ME e EPP a preços muito superiores aos ofertados pelas empresas que disputam as demais cotas". Ao analisar as possíveis causas das elevadas diferenças de preços identificadas na auditoria, a mais provável, segundo o relator, teria sido o "deficiente estabelecimento dos preços de referência pela Secretaria de Educação, resultado de pesquisa que não teria refletido os valores efetivamente praticados no mercado". Considerando que a unidade técnica não demonstrou o efetivo prejuízo causado ao erário por causa desse achado, o relator sugeriu a adoção de providências nesse sentido, inclusive quanto à conveniência de instauração de tomada de contas especial. Assim, acolhendo o voto apresentado, o Plenário decidiu, além de expedir determinação à unidade técnica a respeito do levantamento do possível débito, e de outras providências, dar ciência ao órgão estadual que: I) "não há, na Complementar Lei 123/2006, e no decreto que a regulamenta, determinação no sentido de que a aplicação da cota de 25%, de que trata o inciso III do art. 48 da referida lei, estaria limitada à importância de R\$ 80.000,00, prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual não procede o entendimento de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa"; II) "não se verifica, na Lei Complementar 123/2006, a impossibilidade de que sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência definido pela administração, observados, nessa situação, os princípios e vedações previstos no art. 3º da Lei 8.666/1993, bem como o poder dever de a administração, com fulcro no art. 49 da Lei 8.666/1993, revogar os procedimentos licitatórios por razões de interesse público, com vistas a impedir a contratação por preços superiores aos praticados no mercado".*

*Acórdão 1819/2018 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues.*

*(Informativo de Licitações e Contratos - Número 352)*

92. **Outrossim, é importante citar que não obstante a alteração supramencionada, não houve alteração, no Parecer Parametrizado de compras, da Nota Explicativa 2 que faz alusão ao limite**



sistemático. Vejamos:

Nota Explicativa 2: Com a edição da LC nº 147, de 2014, foram alterados dispositivos da LC nº 123, de 2006 (que cuida do tratamento diferenciado e favorecido às EPP's e ME's, nas contratações públicas), observando-se que, no que se refere às aquisições públicas, foram modificados os artigos 43 a 49 da citada LC 123/2006, destacando-se, ainda, para o caso das aquisições de bens divisíveis, de valor superior a R\$ 80.000,00, a criação de cotas de até 25% do valor daquele item (limitado em R\$ 80.000,00), a ser destinado exclusivamente às ME's, EPP's e Cooperativas Equiparadas:

[...]

(Grifo no original e acrescido)

93. Ronny Charles, por sua vez, tece os seguintes comentários sobre a referida decisão da Corte de Contas:

[...]

Em sentido contrário, o TCU já entendeu que "a aplicação da cota de 25% destinada à contratação de microempresa e empresas de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível (art. 48, inciso III, da LC 123/2006) não está limitada à importância de oitenta mil reais, prevista no inciso I do mencionado artigo". Seguindo este raciocínio, em uma licitação cujo valor do item original fosse de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), poderíamos ter a adoção de cota exclusiva, gerando um item exclusivo para ME/EPP no valor de até R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais)!

Respeitamos o entendimento externado pelo TCU, contudo, admitir que o percentual incidente na cota principal gere uma cota exclusiva superior a R\$ 80.000,00 pode deturpar a decisão do legislador, quando definiu este valor limite para a restrição à competitividade.

Se esse patamar limitante foi estabelecido pelo inciso I do art. 48, não cabe ao administrador, no uso de sua discricionariedade para definição do percentual a ser aplicado (de até 25%), estabelecer certames exclusivos em patamares superiores.

Em suma, o limite sistemático impõe que o gestor, respeitando a lógica do sistema de favorecimento às ME/EPP, ao definir o percentual que gere um valor igual ou inferior a R\$ 80.000,00.

Da mesma forma, entendemos que nas hipóteses em que o valor da cota principal é de R\$ 100.000,00, não pode ser adotado um percentual igual ou superior a 20%, gerando dois itens idênticos e exclusivos, pela redução ao patamar limitante do inciso I do artigo 48, cujo somatório o ultrapassa.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Lei de Licitações Públicas Comentadas. 10.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

94. Como visto, embora respeite o entendimento externado pelo TCU, o doutrinador entende que admitir que o percentual incidente na cota principal gere uma cota exclusiva superior a R\$ 80.000,00 pode deturpar a decisão do legislador, quando definiu este valor limite para a restrição à competitividade.

95. Desse modo, considerando os entendimentos expostos em relação ao **limite sistemático** do percentual a ser reservado (de modo a não ultrapassar o valor de R\$ 80.000,00 reais), especialmente o precedente da corte de contas, o entendimento do doutrinador Ronny Charles e manifestações proferidas no âmbito da AGU, **verifica-se que a questão não é pacífica**, havendo argumentos a sustentar soluções jurídicas diversas, o que enseja, *salvo melhor juízo* a aplicação da BPC nº 19:

BPC nº 19

Se a consulta possibilitar mais de uma solução jurídica igualmente plausível e sustentável, convém que a manifestação consultiva leve ao conhecimento do consulente também o entendimento jurídico alternativo e sua respectiva fundamentação.

Fonte

Visto que a orientação do Órgão Consultivo se destina ao controle de legalidade dos atos da Administração, e não à substituição da deliberação do gestor, a manifestação jurídica que descortine eventuais alternativas legais contribuirá para demonstrar a diversidade de opções jurídicas disponíveis e propiciará ao administrador todos os elementos necessários à eficiente fundamentação de sua decisão, consoante o art. 50 da Lei nº 9.784, de 1999.

96. Dessa forma, fica claro que a legislação trouxe a possibilidade de aplicação das cotas reservadas, no entanto, não há uniformidade em relação ao limite sistemático. Vale mencionar que esta Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde por meio do Parecer n. 00427/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP 25000.193248/2018-73) sugeriu a manifestação do DECOR, no entanto, não houve resposta até o presente momento.

### **C) DO TRATAMENTO DIFERENCIADO (LICITAÇÕES EXCLUSIVAS E COTAS RESERVADAS) ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS ESTRATÉGICOS PARA SAÚDE**

97. Apesar da previsão do tratamento diferenciado na legislação, em relação as aquisições de medicamentos e insumo estratégicos para saúde, no âmbito do Departamento de Logística em Saúde, foi proferida a Nota Técnica nº 221/2018, SEI nº 8959940, conclusiva no sentido de que não há produtores de medicamentos e insumos estratégicos no Brasil que possam ser enquadrados com ME/EPP, aptos a receber o tratamento diferenciado, existindo apenas meros

representantes/distribuidores e, ainda, que a aplicação do instituto no âmbito do Ministério da Saúde não se revelou vantajosa, ao contrário, gerou um prejuízo econômico de R\$ 15.302.422,88 no ano de 2017.

98. Registra-se que **não se aplica o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, previsto nos arts. 6º a 8º do Decreto nº 8.538/15 e no art. 47 e 48 da LC nº 123/06**, 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.

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.

[\(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014\)](#)

99. Desse modo, na época da elaboração da Nota Técnica nº 221/2018, este consultivo recomendou **que o órgão se certificasse quanto a 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.**

100. **Na situação narrada, a área competente deste Ministério da Saúde, sob sua integral responsabilidade, afirmou que no caso envolvendo medicamentos e insumos estratégicos para saúde, não há o preenchimento de nenhum objetivo exposto no art. 1º do Decreto nº 8.538/2015, ou seja, a política pública não é capaz de promover o desenvolvimento** econômico e social no âmbito local e regional, nem de ampliar a eficiência das políticas públicas e muito menos de incentivar a inovação tecnológica. Isso porque, conforme já exposto, não há produtores de medicamentos e insumos estratégicos no Brasil que possam ser enquadrados com ME/EPP, mas apenas meros representantes/distribuidores.

101. Na época da elaboração da referida Nota Técnica, a mesma foi submetida a esta Consultoria Jurídica para análise da não aplicação do instituto nas compras de insumos estratégicos para saúde. Este órgão consultivo, por meio do Parecer n. 01223/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, aprovado parcialmente pelos Despachos n. 04239/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU e n. 04244/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, concluiu no sentido de que "a própria Lei Complementar 123/2006 e o Decreto 8.538/2015 preveem hipóteses nas quais se pode afastar a reserva de cotas para as microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente quando a adoção desse mecanismo "não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado", como aparenta justificar, abstratamente, os fundamentos contidos na Nota Técnica nº 217/2018- DIMEC/CGIES/DLOG/SE/MS (6508796), o que deverá ser devidamente demonstrado em cada caso concreto".

102. Ocorre que, no ano de 2019, a questão foi novamente submetida a esta especializada para reanálise da aplicação do instituto, sem qualquer documento técnico novo proferido pela área demandante, oportunidade em que foi exarado o PARECER n. 00427/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU e DESPACHO n. 02156/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU, com várias observações sobre o caso concreto:

[...]

Conforme já mencionado no presente parecer, para os pregões de Insumos Estratégicos para a Saúde, a análise da aplicação da reserva do mercado, vai além da vantajosidade. **O legislador elenca que caberá ao gestor demonstrar que para os casos de tratamento diferenciado e simplificado, faz-se necessário alcançar os objetivos do referido Decreto.** Caso contrário, poderá o gestor, devidamente justificado, não

aplicar a cota às microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedades cooperativas de consumo:

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

[...]

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

O primeiro objetivo do Decreto, inciso I do art. 1º, é promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional. **Em se tratando de medicamento, importante o gestor analisar se a prática de concessão de cotas exclusivas está atingindo o encimado objetivo, ou seja, se o montante destinado a estas aquisições estão sendo aplicados em empresa que participam de alguma fase da cadeia produtiva, ou estaria contrariando o objetivo da lei, ou seja, estaríamos incentivando as empresas comprarem dos produtores e revenderem ao Ministério da Saúde.**

Como forma de demonstrar, cita-se como exemplo as Atas de Registros de Preço, vigentes em fevereiro de 2019, para a aquisição dos seguintes medicamento: Alfaepoetina (ARP 124/20018), Cinacalcete (ARP 77/2018), Tacrolimo (ARP 62/2018). Nestes casos, as atas de registros de preços ultrapassam o valor de R\$ 1.000.000,00 sendo a primeira no valor de R\$ 58.167.883,44, todas destinadas exclusivamente à ME e EPP.

Para os referidos casos não se observou, nos registros junto a ANVISA, a existência de pequeno produtor ou da participação de empresa de pequeno porte na cadeia produtiva dos insumos.

O que se observa no caso concreto são grandes empresas produtoras no Brasil ou, na sua maioria, produção em outros países, conforme verifica-se no site da Anvisa (<https://consultas.anvisa.gov.br/#/medicamentos/>) :

[...]

**Conforme mencionado, pode-se extrair no site da ANVISA que grande parte das fabricantes de medicamentos não se encontram no Brasil. Não existindo, por óbvio, empresas de pequeno porte ou microempresas que sejam igualmente produtores de medicamentos para a saúde.**

A Nota Técnica 221/2018 é precisa quando afirma que "*para esta categoria de produtos, o processo de inovação demanda um tempo maior do que o que ocorre em outros mercados, assim é quase que impossível que uma empresa inicie um processo produtivo ou insira um produto no mercado em virtude de divulgação de edital desta pasta. Informa-se ainda que são produtos pré-qualificados, para os quais devem haver uma aprovação prévia da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.*"

E ainda dispõe que "*quando este MS divulga um edital prevendo que 25% das aquisições serão destinadas à ME/EPP não ocorre um processo de inovação, ocorre tão somente uma triangulação: uma distribuidora de pequeno porte adquire o produto do fabricante e revende a este MS a preço superior. Quando da realização do pregão, é comum que este distribuidor concorra com o fabricante do produto, e por óbvio, dificilmente terá condições de propor preços no mesmo patamar do produtor.*"

Dessa forma, deve-se atentar aos dispositivos 4.30 e 4.31 da Nota Técnica:

4.30 No pregão n.º 003/2018 (Levonorgestrel), observa-se que a empresa da cota reservada alcançou apenas o preço de referência, em contrapartida, a ampla concorrência verificou preço 20,13% inferior ao inicialmente estimado. Esta diferença entre preços propostos implicará em um prejuízo de R\$ 319.986,53 a esta pasta. Importante destacar que o produto ofertado pela cota reservada, é da mesma fabricante da cota principal. Configurando mais um caso em que a empresa beneficiada com o instituto das cotas atua como mero distribuidor, pouco contribuindo para a inovação tecnológica, geração de emprego ou distribuição de renda. 4.31. Para a aquisição de Linezolida 600 mg (Pregão n.º 27/2018), tanto a ampla concorrência quanto a cota reservada alcançaram preços inferiores ao estimado. Porém, o deságio da cota foi de apenas 21,47%, enquanto que na ampla concorrência foi de 38,88%. Trata-se de mais um caso em que ambos os itens homologaram insumos da mesma marca. Como já dito anteriormente, não parece adequado que produtos que estejam inseridos no mesmo processo produtivo pratiquem preços tão divergentes entre si.

O Despacho 04239/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, de minha autoria, já havia se posicionado neste sentido. Vejamos:

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.

**Vale ressaltar que, s.m.j., objetivo da Nota Técnica não é "proibir" ou excluir as ME/EPP de todos os procedimentos licitatórios, mas de demonstrar a**

**desvantajosidade em compras de medicamentos. Trata-se de uma área muito sensível, um mercado com características próprias, depreendendo-se da Nota Técnica que o histórico de pregões realizados no âmbito deste Ministério induz à conclusão de que o tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas não se coadunam com o espírito da legislação vigente, enquadrando-se nas exceções ali dispostas.**

**Portanto, para as aquisições de insumos estratégicos para a saúde em que o gestor conhece toda a cadeia produtiva, uma vez que os medicamento adquiridos por pregão no âmbito do Ministério da Saúde exigem seu registro junto à Anvisa, não há o que se falar de desconhecimento do mercado. Nos casos acima ficou claro que não houve incentivo ao pequeno produtor. Sendo assim, não foi atingido um dos objetivos do decreto 8.538/15. Deveria, o gestor, ter realizado uma análise prévia à destinação do referido montante. Mesmo que o preço da cota seja igual ao da principal, ficou claro que esta prática beneficiava empresas que não estão no arcabouço do objetivo do legislador.**

**Por todo o exposto, fica claro que são raríssimos os casos em que é possível a empresa de cota reservada praticar preços no nível do praticado pela empresa de ampla concorrência. Além do mais, o prejuízo somado dos anos de 2017 e 2018 totalizam R\$ 15.302.422,88, valor significativo que poderia ser usado para outras políticas no campo da saúde.**

#### **VI- DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE SEGUNDO O POSICIONAMENTO DO TCU**

Outro ponto a ser verificado, que chamou atenção deste órgão consultivo devido ao documento enviado pela empresa, é que existem grandes chances de ME/EPP participantes de licitações nestas condições, sejam coligadas ou integrantes de fato de grupo econômico de empresa de maior porte, ainda que não haja coincidência de sócios, proporcionando a esta o usufruto indireto dos benefícios previstos na LC 123/2006.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, sujeita-se à declaração de inidoneidade (art. 46 da Lei 8.443/1992) a empresa que participa de licitação na condição de empresa de pequeno porte, embora seja coligada ou integrante de fato de grupo econômico de empresa de maior porte, ainda que não haja coincidência de sócios, proporcionando a esta o usufruto indireto dos benefícios previstos na LC 123/2006.

É o que dispõe o Acórdão 2992/2016 - Plenário de 23/11/2016 da Relatoria do Min. Walter Alencar Rodrigues:

Representação relativa a licitação conduzida pela Advocacia-Geral da União apontara, entre outras irregularidades, a utilização indevida, pela vencedora do certame, dos benefícios decorrentes da Lei Complementar 123/2006. Considerando os indícios de que a vencedora da licitação seria coligada com uma sociedade de maior porte, sendo aquela indevidamente qualificada como microempresa, o relator determinou a suspensão cautelar da adesão à ata de registro de preços decorrente do certame. Realizadas as oitivas regimentais, apresentou o relator uma análise do panorama jurídico acerca da matéria, concluindo que *“não se justifica conferir tratamento diferenciado e mais benéfico a uma empresa, ainda que se declare de pequeno porte, se o benefício não é necessário, pois, nesse caso, ofende-se a isonomia entre os licitantes (art. 37, inciso XXI, da CF/1988)”*. Ao tratar especificamente da Lei Complementar 123/2006, destacou *“a nítida intenção do legislador de vedar a concessão do benefício a sociedade empresária que dele não necessite”*. No caso concreto analisado, concluiu o relator pela existência de um conjunto de indícios bastantes para a caracterização de formação de grupo econômico ou coligação entre a empresa vencedora da licitação e outra de maior porte, acarretando o usufruto ilegítimo dos benefícios conferidos pela Lei Complementar 123/2006. Tal conjunto de indícios, reforçou, *“permite concluir pela utilização indevida de uma EPP na licitação, ainda que não haja coincidência formal de sócios”*. Conforme destacado pela unidade técnica, acrescentou, *“a caracterização de coligação entre empresas é, antes de mais nada, uma questão fática”*, verificando-se, essencialmente, *“na influência que uma sociedade pode ter nas decisões de políticas financeiras ou operacionais de outra, sem controlá-la”*. Nessa esteira, arrematou, *“mais importante do que o pleno enquadramento da situação ora apurada nos conceitos de coligação ou de grupo econômico é perceber a existência de uma gestão em comum com a nítida intenção do casal de utilizar uma de suas EPP visando à obtenção de benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006, de forma ilegítima, por contrariar o princípio da isonomia e o espírito da lei”*. Assim, embora deixando de aplicar declaração de inidoneidade no caso por se distinguir do precedente mencionado no voto, propugnou o relator pela parcial procedência da Representação e, entre outras medidas, por encaminhar cópia da deliberação à empresa vencedora da licitação, alertando-a de que, *“caso mantidas as mesmas condições atuais do grupo econômico de fato, seu enquadramento como empresa de pequeno porte deve ser desconsiderado, em futuras licitações, sob pena de se sujeitar à sanção prevista no artigo 46, da Lei 8.443/1992”*, tendo sido acompanhado pelo Colegiado.

Nota-se que a jurisprudência administrativa vem se firmando no sentido de não admitir que empresas ligadas por vínculos familiares ou não, e interdependentes entre si em suas atividades, possam ser consideradas de forma individuada e autônoma para fins de enquadramento no regime tributário favorecido.

Segundo Nelson Eizirik no livro Lei das S/A comentada (São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 3. p. 515-516), *“grupo de fato é aquele integrado por sociedades relacionadas tão somente por meio de participação acionária, sem que haja entre elas uma organização formal ou*

obrigacional". As relações jurídicas mantidas entre as sociedades que integram o grupo devem ser fundamentadas nos princípios e nas regras que regem as relações entre as companhias isoladas.

A constituição de uma pessoa jurídica, com o único objetivo de alcançar benefício ou economia tributária, será considerada ato sem propósito negocial e, como tal, um ato jurídico viciado nos termos do art. 50 do Código Civil. Consuma-se também a fraude à Lei quando certa norma jurídica considerada cogente deixa de ser cumprida porque os particulares adotam passos e formas instrumentais diversas das típicas, para driblar a Lei cogente. Na fraude à Lei todos os atos são válidos de per si, mas o conjunto considerado é inválido.

[...]

103. **Portanto, para as aquisições de insumos estratégicos para a saúde em que o gestor conhece toda a cadeia produtiva, uma vez que os medicamentos adquiridos por pregão no âmbito do Ministério da Saúde exigem seu registro junto à Anvisa, não há o que se falar de desconhecimento do mercado. Desse modo, reitera-se a orientação deste órgão consultivo de que, quando não houver o atingimento dos objetivos previsto no Decreto, não há que se falar em aplicação de tratamento diferenciado nas aquisições de medicamento e insumos estratégicos para saúde, nos termos do artigo 10 do Decreto nº 5.838/2015.**

104. **Ressalta-se que em cada pregão realizado a área técnica deverá providenciar a justificativa específica para a não adoção das cotas e a não utilização da licitação exclusiva, conforme determina a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto 5.838/2015.**

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

105. 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.

106. 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).

107. **O recente Decreto nº 10.024/2019 traz a seguinte disposição acerca de bem e serviço comum:**

Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

[...]

II - bens e serviços comuns - bens cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado;

[...]

§ 1º A classificação de bens e serviços como comuns depende de exame predominantemente fático e de natureza técnica.

§ 2º Os bens e serviços que envolverem o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica, caso possam ser definidos nos termos do disposto no inciso II do **caput**, serão licitados por pregão, na forma eletrônica.

108. De acordo com o citado Decreto nº 10.024/2019 a utilização da modalidade pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais, como regra, **é obrigatória**. Vejamos:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a licitação, na modalidade de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

§ 1º A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória.

§ 2º As empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, nos termos do regulamento interno de que trata o [art. 40 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016](#), poderão adotar, no que couber, as disposições deste Decreto, inclusive o disposto no Capítulo XVII, observados os limites de que trata o art. 29 da referida Lei.

§ 3º Para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, a utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, ou da dispensa eletrônica será obrigatória, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa as contratações com os recursos do repasse.

§ 4º Será admitida, excepcionalmente, mediante prévia justificativa da autoridade competente, a utilização da forma de pregão presencial nas licitações de que trata o **caput** ou a não adoção do sistema de dispensa eletrônica, desde que fique comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração na realização da forma

eletrônica.

109. Registre-se que o mencionado Decreto nº 10.024/2019 traz ainda rol de vedações. Vejamos:  
Art. 4º O pregão, na forma eletrônica, não se aplica a:  
I - contratações de obras;  
II - locações imobiliárias e alienações; e  
III - bens e serviços especiais, incluídos os serviços de engenharia enquadrados no disposto no inciso III do **caput** do art. 3º.

110. **Assim, deve o setor competente do Órgão assessorado verificar a natureza do bem e atestar a sua natureza comum, expressamente nos autos, atentando-se, ainda, para inexistência no caso concreto de vedação à utilização da modalidade licitatória pregão, na forma eletrônica.**

111. Considere-se, no que concerne especificamente ao Sistema de Registro de Preços - SRP, não obstante a modalidade concorrência esteja 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.

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no [art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

112. 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.

Art. 7º A licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência, do tipo menor preço, nos termos da [Lei nº 8.666, de 1993](#), ou na modalidade de pregão, nos termos da [Lei nº 10.520, de 2002](#), e será precedida de ampla pesquisa de mercado.

§ 1º O julgamento por técnica e preço, na modalidade concorrência, poderá ser excepcionalmente adotado, a critério do órgão gerenciador e mediante despacho fundamentado da autoridade máxima do órgão ou entidade. ([Redação dada pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))

§ 2º Na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil.

113. Por sua vez, o artigo 3º, do Decreto nº 7.892, de 2013, enumera nos incisos I a IV as situações nas quais poderá ser adotado 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.

114. Embora tenha sido utilizado o vocábulo "poderá", registre-se, conforme consta na ementa do Parecer nº 109/2013/DECOR/CGU/AGU, que "*a utilização do SRP nas hipóteses previstas no art. 3º do Decreto nº 7.892/13 é dever da Administração, sendo possível a não adoção do referido sistema em situações excepcionais, mediante a devida fundamentação da autoridade competente. Inteligência do art. 15 da Lei nº 8.666/93*".

115. 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.

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

117. Vale destacar que o Acórdão nº 2.037/2019-TCU-Plenário, de 28 de agosto de 2019, recomendou que as áreas sempre avaliem o seguinte nas minutas de editais de pregões para registro de preço:

[...]

9.6. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo desta Corte que, em reforço ao constante do item 9.3 do Acórdão 757/2015-Plenário, oriente suas unidades sobre a necessidade de sempre avaliar os seguintes aspectos em processos envolvendo pregões para registro de preços:

9.6.1. a existência e o teor da justificativa para eventual previsão no edital da possibilidade de adesão à ata de registro de preços por órgãos ou entidades não participantes - art. 9º, inciso III, *in fine*, do Decreto 7.892/2013;

9.6.2. a hipótese autorizadora para adoção do sistema de registro de preços, indicando se seria o caso de contratações frequentes e entregas parceladas (e não de contratação e

entrega únicas), ou de atendimento a vários órgãos (e não apenas um), ou de impossibilidade de definição prévia do quantitativo a ser demandado (e não de serviços mensurados com antecedência) - art. 3º do Decreto 7.892/2013 e Acórdãos 113 e 1.737/2012, ambos do Plenário;

118. 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, §3º, § 4º, § 4º-A , § 9º-A , § 10, § 11). Destaco a adoção de novo limite previsto no art. 22 §4º, que deve ser observado.

### **DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS**

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

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

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.

(Grifo nosso)

### **DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL**

121. 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.

122. 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 critérios e práticas de sustentabilidade. (artigos 2º a 5º).

123. **Os critérios e práticas de sustentabilidade devem constar como "especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial, de acordo com o disposto no [inciso IV do caput do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993](#)."** (artigo 3º). 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)*

124. Registro que deverão ser tomados três cuidados gerais à luz dos arts. 2º e 3º do Decreto nº 7.746/2012:

a) definir os critérios e práticas sustentáveis objetivamente como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial combinado com o art.28, V, segunda parte, ou art. 30, IV, ambos da Lei nº 8.666, de 1993);

b) justificar a exigência desses critérios e práticas sustentáveis em relação à adequação de sua especificação;

c) verificar se os critérios e práticas sustentáveis especificados preservam o caráter competitivo do certame.

125. Não foi por outra razão que os arts 1º e 2º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 01/2010 dispuseram que as especificações para aquisição de bens devem conter critérios de sustentabilidade ambiental, devendo a Administração Pública formular as exigências de forma a não frustrar a competitividade.

126. Uma licitação é sustentável nas diversas fases da contratação. Por exemplo:

- 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.

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

127. 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).

128. 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).

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

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

130. 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.

131. **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**

132. 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.

133. 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.

134. Para tanto, atente-se para a Lei nº 12.305, de 2010, registrando-se que a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, têm regulamentação prevista no Decreto nº 5.940, de 2006, com destinação a cooperativas e associações de catadores de materiais recicláveis, em procedimento que deve ser observado pelo órgão assessorado independentemente da contratação ora em exame.

135. Pertinente explicitar que a responsabilidade por eventual dano ambiental decorrente da inadequada destinação dos resíduos da contratação é objetiva.

136. **Por fim, registre-se que o recente Decreto nº 10.024/2019 traz a seguinte disposição acerca do princípio do desenvolvimento sustentável:**

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, **do desenvolvimento sustentável**, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.

**§ 1º O princípio do desenvolvimento sustentável será observado nas etapas do processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, com base nos planos de gestão de logística sustentável dos órgãos e das entidades. (...)**

(Grifo nosso)

137. Destaco a parte final do §1º do art. 2º do mencionado decreto, segundo o qual o princípio do



desenvolvimento sustentável será observado nas etapas do processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, **no mínimo, com base nos planos de gestão de logística sustentável dos órgãos e das entidades.** Tal preceito normativo deve ser observado.

138. Importante mencionar que caso essas exigências não sejam possíveis de aplicação em medicamentos e insumos estratégicos para saúde, deverá ser devidamente motivado nos autos de cada contratação a ser realizada com base na aplicação da presente manifestação jurídica referencial.

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

139. A seguir, passa-se à análise com fulcro no Decreto nº 10.024, de 2019, 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.

140. Sugere-se a consulta à Lista de Verificação SRP Pregão, 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>.

141. 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

142. Quanto à justificativa da contratação (conforme determinação do art. 3º, I, da Lei nº 10.520, de 2002), 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.

143. 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.

144. 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.

145. 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.

146. 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;

147. A princípio, a Lei nº 8.666/93 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;

Art. 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.

148. Conforme 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.

149. 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)

150. Rafael Carvalho Rezende Oliveira também trata sobre o assunto em seu Curso de Direito Administrativo, notadamente no Capítulo 17 que versa sobre Licitação. Vejamos:

17.6 OBJETO DA LICITAÇÃO (...)

17.6.3 Compras (...)

17.6.3.1 Indicação de marcas, amostras e o princípio da padronização

Em regra, é vedada a indicação de marcas nas compras efetuadas pelo Poder Público (art. 15, §7º, I, da Lei 8.666/1993). Trata-se de vedação que possui caráter relativo, pois a indicação da marca será legítima quando acompanhada de justificativas técnico-científicas. (...)

O que não é permitido é a padronização ou a indicação de marcas por critérios subjetivos ou desarrazoados.

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

152. 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.

153. 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*".

154. 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](#)

155. 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:

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 justificativa.

156. 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".

157. 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 estimação;

158. 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.

159. 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.

160. 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).

161. **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 e, no caso do lote mínimo, a justificativa para sua adoção, ou não.**

#### Autorização para abertura da Licitação

162. A autorização para abertura da licitação devidamente assinada pela autoridade competente decorre da exigência do art. 8º, inc. V do Decreto nº 10.024, de 2019, devendo constar nos autos do processo.

#### Estudo técnico preliminar

163. De acordo com o art. 8º, I do Decreto nº 10.024/2019 o processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com estudo técnico preliminar, quando necessário.

164. Cumpre citar as disposições do Decreto nº 10.024/2019 acerca de tal documento, que devem ser observadas:

Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: (...)

IV - estudo técnico preliminar - documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusão pela viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência;

(...)

Art. 8º O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo: (...)

I - estudo técnico preliminar, quando necessário;

(...)

Art. 14. No planejamento do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração do estudo técnico preliminar e do termo de referência;

II - aprovação do estudo técnico preliminar e do termo de referência pela autoridade competente ou por quem esta delegar;

(...)

#### Termo de referência com a aprovação da autoridade competente

165. O inc. XI do art. 3º do Decreto nº 10.024, de 2019 trazem as seguintes definições acerca do **termo de referência**:

#### **Decreto nº 10.024/2019**

Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

[...]

XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:

a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:

1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;

2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e

3. o cronograma físico-financeiro, se necessário;

b) o critério de aceitação do objeto;

c) os deveres do contratado e do contratante;

d) a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, se necessária;

e) os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços;

f) o prazo para execução do contrato; e

g) as sanções previstas de forma objetiva, suficiente e clara.

166. **Tal documento deverá ser aprovado motivadamente pela autoridade competente** (Conforme art. 14, II do Decreto nº 10.024/2019).

#### Pesquisa de preço

167. 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.

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

Art. 43. 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)

169. 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)

170. 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.

171. 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.

172. 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.

173. 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://paineldeprescos.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)

174. 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.**

175. 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.

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

177. 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 - inexequibilidade 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).

178. 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;

179. 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.

180. Vale ainda mencionar o que dispõe o Manual com Orientações para Aquisições Públicas de Medicamentos do Tribunal de Contas da União:

Nesse sentido, há, no âmbito das compras públicas de medicamentos, um importante banco de informações para a pesquisa de preço, o Banco de Preços em Saúde – BPS, criado pelo Ministério da Saúde e disponível em: <<http://bps.saude.gov.br/login.jsf>>

Conforme o portal eletrônico do BPS, o sistema foi desenvolvido a partir de quatro objetivos prioritários (Disponível em: . Acesso em: 20 jun. 2018):

- atuar como ferramenta de acompanhamento do comportamento dos preços no mercado de medicamentos e produtos para a saúde;
- fornecer subsídios ao gestor público para a tomada de decisão;
- aumentar a transparência e visibilidade, no que se refere à utilização dos recursos do SUS para a aquisição de medicamentos e produtos para a saúde;
- disponibilizar dados que possam subsidiar o controle social quanto aos gastos públicos em saúde. Anteriormente, a alimentação do BPS pela Administração Pública era voluntária. No entanto, em junho de 2017, foi publicada a Resolução 18 da Comissão Intergestores Tripartite – CIT, que tornou obrigatória a alimentação do BPS pelos estados, pelos municípios e pelo Distrito Federal, quando da realização de licitação para a aquisição de medicamentos.

A obrigatoriedade de alimentação do BPS tende a tornar a pesquisa de preço realizada nesse sistema cada vez mais expressiva e fidedigna. O BPS já disponibiliza as informações das compras realizadas por toda Administração Pública Direta federal, autárquica e fundacional, registradas, obrigatoriamente, por meio do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – Siasg.

Destaque-se que, mesmo antes dessa obrigatoriedade, o BPS, para a maior parte dos medicamentos, já possuía um elevado número de registros, o que corrobora a representatividade dos preços de mercado nos valores registrados nesse sistema. Outro ponto reforçador da representatividade do BPS é a possibilidade de registro por empresas privadas, apesar de a grande maioria dos registros ser feita pelo setor público. Essa possibilidade, consoante dispôs o Ministro Redator Benjamin Zymler, no Acórdão 2.901/2016-Plenário, não compromete o uso do BPS como referência de preços:

Ao contrário, torna os dados cadastrados no sistema uma fonte referencial de preços mais conservadora e favorável aos responsáveis, pois há um viés, denominado “efeito Administração Pública”, que faz os preços das compras efetuadas por órgãos públicos em geral serem mais elevados do que os praticados pela iniciativa privada. Tal efeito é explicado pelos maiores custos de transação com o setor público, consubstanciados nos gastos dos licitantes para participarem de certames licitatórios. Também é de se ressaltar que a Administração Pública exige maiores requisitos técnicos e econômico-financeiros dos seus fornecedores, em relação ao exigido pelo setor privado, bem como realiza pagamentos posteriormente ao fornecimento dos bens e serviços, o que acaba elevando os preços pagos.

A jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que a pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação não deve se restringir a cotações realizadas com potenciais fornecedores, uma vez que, para atender o disposto na Lei 8.666/1993, as compras públicas devem balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e das entidades da Administração Pública (Acórdão 247/2017-TCU-Plenário, voto do Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues).

Outro ponto importante é a impossibilidade de utilização das tabelas da CMED como parâmetro para a elaboração do orçamento de referência. A jurisprudência do TCU é categórica quanto à sua precariedade (Acórdãos 2.150/2015-TCU-Plenário, Ministro Relator Bruno Dantas, e 3.016/2012-TCU-Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues).

Os preços referenciais apresentados nas tabelas da CMED não são elaborados para refletir os valores de mercado, mas, sim, com o objetivo de regular os preços de medicamentos no Brasil. Vale destacar que a Auditoria Operacional realizada pelo TCU constatou, à época, preços da tabela CMED significativamente superiores aos praticados em compras públicas, havendo casos em que ultrapassavam 10.000% (Acórdão 3.016/2012-Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues). Para detalhes a respeito da CMED e dos seus referenciais de preço, consultar capítulo específico sobre a CMED nesta cartilha.

Do mesmo modo, as tabelas elaboradas por representantes do mercado farmacêutico, como, por exemplo, as tabelas da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico – Abcfarma e Brasíndice, não são fontes adequadas para uma pesquisa de preços no âmbito das compras públicas. Essas tabelas consignam valores máximos para aquisição, no varejo, por consumidor final. Essa situação não se adequa às grandes aquisições do setor público, haja vista o efeito da economia de escala sobre os preços (Acórdãos 2.901/2016-Plenário, Ministro Redator Benjamin Zymler; 5.810/2017-2ª Câmara, Ministra Relatora Ana Arraes; 1.049/2004-Primeira Câmara).

Considerando as informações presentes no BPS, os relatórios de pesquisa de preços gerados nesse sistema informam outros dados, além do preço, que podem ser considerados na pesquisa, como a quantidade adquirida e o local. Importante ressaltar a relevância de se considerar a quantidade a ser adquirida para a realização de uma pesquisa de preços. Assim, deve-se, sempre que possível, buscar compras em quantidades semelhantes e/ou considerar a possível economia de escala em aquisições pesquisadas no BPS.

Ainda quanto ao BPS, é possível especificar o período a ser consultado, que não se limita aos 12 meses anteriores. O sistema utiliza os códigos, as descrições e as unidades de fornecimento dos itens padronizados pela Unidade Catalogadora de Materiais do Catálogo de Materiais do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais do Governo Federal – Catmat/Siasg.

Além disso, as compras registradas no BPS são compiladas anualmente e disponibilizadas no portal do Ministério da Saúde: <http://portalms.saude.gov.br/gestao-do-sus/economia-da-saude/banco-de-precos-em-saude/bases-anuais-compiladas>.

No sítio eletrônico do BPS, está disponível o Manual de Consulta e Análise de Preços Utilizando o Banco de Preços em Saúde (BPS): <http://portalms.saude.gov.br/gestao-do-sus/economia-da-saude/banco-de-precos-em-saude>. Há, ainda, uma seção de perguntas frequentes: <http://portalms.saude.gov.br/gestao-do-sus/economia-da-saude/banco-de-precos-em-saude/perguntas-frequentes>. É possível, também, realizar treinamentos on line: <http://portalms.saude.gov.br/gestao-do-sus/economia-da-saude/banco-de-precos-em-saude/treinamentos>.

Qualquer cidadão pode realizar consulta de preços no BPS. Ao acesso público não é exigida uma senha; o usuário apenas precisa indicar um e-mail válido. Assim, além de sua importância e essencialidade quando da realização de pesquisa de preços por gestores, as informações presentes no BPS auxiliam o controle social e a fiscalização. Conselhos de saúde, órgãos de controle, bem como qualquer cidadão, podem valer-se das informações do BPS.

No caso de registro de preços, é importante destacar que, conforme dispõe o art. 9º, inciso XI, do Decreto 7.892/2013, o edital de licitação deve contemplar a realização periódica de pesquisa de mercado para comprovação da vantajosidade. Ademais, na ocasião em que o preço registrado se tornar superior ao de mercado, o órgão gerenciador deve convocar os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado (art. 18, caput). Diante do exposto, conclui-se que, “se empregado da forma adequada, a utilização do BPS como referência de preços é plenamente válida e desejável, seja pelo gestor público, para balizar o preço de suas contratações, seja pelo TCU ou por outros órgãos de controle, para avaliar a economicidade dos contratos” (voto do Ministro Redator Benjamin Zymler, no Acórdão 2.901/2016-TCU-Plenário). Por fim, asseverou-se que a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de responsabilizar as empresas contratadas, quando constatado que receberam valores superiores àqueles de mercado, considerando o princípio da economicidade, a atribuição do TCU em apreciar as contas daqueles que causarem prejuízos ao erário (art. 71, inciso II, da CF) e o disposto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, segundo o qual as propostas apresentadas devem ser compatíveis com os preços de mercado. Consoante disposto no voto do Ministro Benjamin Zymler, relator do Acórdão 9.296/2017-Primeira Câmara: “a responsabilidade da empresa contratante subsiste pelo simples fato de ter auferido valores a maior, mesmo que tenha havido falha por parte dos gestores públicos ao estimar os preços a serem praticados”.

181. Dessa forma, nas aquisições de medicamentos e insumos estratégicos para saúde deverá ser levado em consideração todas as peculiaridades, promovendo uma pesquisa de preço que efetivamente demonstre sua vantajosidade.

#### Previsão de recursos orçamentários

182. 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.

183. 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.

184. 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.

185. 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

186. O art. 8º, VI do Decreto nº 10.024, de 2019 exige a comprovação da legitimidade do pregoeiro e dos membros da equipe de apoio e demais agentes que atuam no feito.

187. Cabe ao órgão observar as condições inerentes à designação do pregoeiro e membros da equipe de apoio, conforme prevê o art. 16 do Decreto nº 10.024, de 2019 (pregão eletrônico). 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.

188. **Observe-se que de acordo com o Decreto nº 10.024/2019 caberá ao pregoeiro, em especial, e à equipe de apoio o que segue:**

### **Do pregoeiro**

Art. 17. Caberá ao pregoeiro, em especial:

I - conduzir a sessão pública;

II - receber, examinar e decidir as impugnações e os pedidos de esclarecimentos ao edital e aos anexos, além de poder requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração desses documentos;

III - verificar a conformidade da proposta em relação aos requisitos estabelecidos no edital;

IV - coordenar a sessão pública e o envio de lances;

V - verificar e julgar as condições de habilitação;

VI - sanear erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos de habilitação e sua validade jurídica;

VII - receber, examinar e decidir os recursos e encaminhá-los à autoridade competente quando mantiver sua decisão;

VIII - indicar o vencedor do certame;

IX - adjudicar o objeto, quando não houver recurso;

X - conduzir os trabalhos da equipe de apoio; e

XI - encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade competente e propor a sua homologação.

Parágrafo único. O pregoeiro poderá solicitar manifestação técnica da assessoria jurídica ou de outros setores do órgão ou da entidade, a fim de subsidiar sua decisão.

### **Da equipe de apoio**

Art. 18. Caberá à equipe de apoio auxiliar o pregoeiro nas etapas do processo licitatório.

### Intenção de Registro de Preços

189. 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.

190. 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

191. 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*".

192. 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; ([Redação dada pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))

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. ([Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))

§ 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**.

193. Nesse sentido, além daquelas já apontadas em outros tópicos, destaco, ainda, as seguintes



## competências:

- 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 do 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.

194. 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.

§ 1º Cabe ao órgão participante 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, informando as ocorrências ao órgão gerenciador. [\(Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014\)](#)

§ 2º No caso de compra nacional, o órgão gerenciador promoverá a divulgação da ação, a pesquisa de mercado e a consolidação da demanda dos órgãos e entidades da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. [\(Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014\)](#)

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º, comprovada a vantajosidade, fica facultado aos órgãos ou entidades participantes de compra nacional a execução da ata de registro de preços vinculada ao programa ou projeto federal. [\(Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014\)](#)

§ 4º Os entes federados participantes de compra nacional poderão utilizar recursos de transferências legais ou voluntárias da União, vinculados aos processos ou projetos objeto de descentralização e de recursos próprios para suas demandas de aquisição no âmbito da ata de registro de preços de compra nacional. [\(Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014\)](#)

§ 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. [\(Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014\)](#)

§ 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. [\(Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014\)](#)

195. 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.

## **ORIENTAÇÕES IMPORTANTES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NAS AQUISIÇÕES DE MEDICAMENTOS**

196. Nesse tópico, serão transcritas as Orientações do Tribunal de Contas da União para as aquisições públicas de medicamentos. o documento poderá ser consultado no endereço eletrônico: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/orientacoes-para-aquisicoes-publicas-de-medicamentos.htm>.

## **CRITÉRIOS DE HABILITAÇÃO TÉCNICA ESPECÍFICOS PARA OS MEDICAMENTOS**

A Lei 8.666/1993, em seu art. 30, dispõe sobre o tipo de documentação relativa à qualificação técnica que pode ser exigida, a fim de não serem impostas exigências desnecessárias ou excessivas, garantindo, ao mesmo tempo, a isonomia dos participantes, bem como que o vencedor do certame tenha condições técnicas de atender ao contrato.

Entre os documentos de qualificação técnica passíveis de exigência, estão o registro ou a inscrição na entidade profissional competente e a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente. Ademais, devem ser atendidos requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

No caso de medicamentos, há legislação específica que regulamenta as empresas que armazenam, vendem ou distribuem medicamentos.

A Lei 6.360/1976 dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos e outros produtos.

Nesse sentido, somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir esses produtos as empresas autorizadas pela Anvisa e cujos estabelecimentos tenham sido licenciados pelo órgão sanitário das unidades federativas em que se localizam (art. 2º da Lei 6.360/1976 e art. 2º do Decreto 8.077). O licenciamento, pela autoridade local, desses estabelecimentos industriais ou comerciais depende de o funcionamento da empresa ter sido autorizado pela Anvisa (art. 3º, inciso I, do Decreto 8.077/2013).

Além disso, nenhum desses produtos, inclusive os importados, pode ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado na Anvisa.

É vedada, também, a importação de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e de mais produtos de que trata a Lei 6.360/1976, para fins industriais e comerciais, sem prévia e expressa manifestação favorável dessa Agência.

Assim, compete à Anvisa, autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos, anuir com a importação e exportação e conceder registro desses produtos (art. 7º, incisos VII a IX, da Lei 9.782/1999).

Denomina-se Autorização de Funcionamento – AFE o ato de competência da Anvisa que permite o funcionamento de empresas ou estabelecimentos, instituições e órgãos, mediante o cumprimento dos requisitos técnicos e administrativos constantes da Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) 16/2014.

Por sua vez, a Autorização Especial – AE é o ato em que a Anvisa permite o exercício de atividades que envolvam insumos farmacêuticos, medicamentos e substâncias sujeitas a controle especial, bem como o plantio, o cultivo e a colheita de plantas das quais possam ser extraídas substâncias sujeitas a controle especial, mediante comprovação de requisitos técnicos e administrativos específicos, constantes na RDC 16/2014.

A AFE é exigida de empresas que realizem atividades de armazenamento, distribuição, embalagem, expedição, exportação, extração, fabricação, fracionamento, importação, produção, purificação, reembalagem, síntese, transformação e transporte de medicamentos e insumos farmacêuticos destinados ao uso humano, produtos para saúde, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes, saneantes e envase ou enchimento de gases medicinais. Já a AE é exigida para essas atividades ou qualquer outra, para qualquer fim, com substâncias sujeitas a controle especial ou com medicamentos que as contenham (arts. 27 e 30, § 5º, da RDC 16/2014).

Deste modo, por meio da AFE, a Anvisa atesta que verificou e assegurou o cumprimento, pela empresa, de requisitos técnicos essenciais que garantem a qualidade dos serviços prestados.

A empresa que não tem a autorização de funcionamento do órgão sanitário competente comete infração sanitária e esta sujeita a pena de advertência, interdição, cancelamento de autorização e de licença e/ou multa, de acordo com o art. 10, inciso IV, da Lei 6.437/1977. É possível realizar consulta à situação da AFE ou AE das empresas no portal eletrônico da Anvisa: <https://consultas.anvisa.gov.br/#/>.

Caso a importação de medicamento seja feita por um terceiro e, não, pelo detentor do registro do medicamento na Anvisa, além da exigência do AFE, é necessária a Declaração do Detentor de Registro – DDR. Por meio dessa declaração, a empresa detentora da regularização do produto autoriza uma outra empresa a realizar a atividade exclusiva de importação terceirizada (RDC 81/2008).

Consoante a RDC 81/2008, detentor do documento de regularização do produto é a designação dada ao titular do registro, do cadastro, da autorização de modelo, do comunicado, da notificação ou do protocolo pertinente do bem ou produto perante a Anvisa. A “DDR é um documento de extrema relevância no fluxo de análise do processo de importação, pois garante a ciência do detentor da regularização de que toda obrigação sobre o produto em território nacional é de sua responsabilidade, não sendo possível tal transferência para outra empresa” (Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/rss/-/asset\\_publisher/Zk4q6UQCj9Pn/content/id/4563448](http://portal.anvisa.gov.br/rss/-/asset_publisher/Zk4q6UQCj9Pn/content/id/4563448). Acesso em 5 set. 2018). A DDR garante a legitimidade e procedência de medicamentos importados por um terceiro.

[...]

## **CRITÉRIOS DE HABILITAÇÃO INDEVIDOS**

A Lei 8.666/1993 veda a adoção, nos atos de convocação, de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Nesse sentido, as exigências de habilitação do edital devem se limitar ao disposto na Lei de Licitações, não

sendo permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e/ou restritivas ao caráter competitivo.

No caso específico da aquisição de medicamentos, muitos editais incluem, inadequadamente, a apresentação do Certificado de Boas Práticas de Fabricação (CBPF) como critério de habilitação. A errônea inclusão desse tipo de cláusula pode ter decorrido do disposto na Portaria GM/MS 2.814/1998, alterada pela Portaria GM/MS 3.765/1998, segundo a qual:

Art. 5º Nas compras e licitações públicas de medicamentos, realizadas pelos serviços próprios, conveniados e contratados do SUS, devem ser observadas as seguintes exigências: (...)

III - Certificado de Boas Práticas de Fabricação por linha de produção/produtos, emitido pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde; (...).

Essa exigência já foi objeto de representação no TCU, a fim de que fosse dado tratamento sistêmico e uniforme ao tema, considerando outras representações que questionaram sua legalidade, bem como a presença desse tipo de requisição em editais analisados em auditorias realizadas pelo TCU.

No âmbito do Acórdão 4.788/2016-TCU-Primeira Câmara, o Ministro Relator Bruno Dantas asseverou, no voto condutor do julgado, que o Ministério da Saúde, ao ser diligenciado, esclareceu que:

4.1. O CBPF é exigido para fins de aceitação, pela Administração, dos produtos adquiridos (obrigação contratual da empresa fornecedora) e, não mais, como requisito de habilitação nos procedimentos licitatórios, em consonância com o disposto no art. 30 da Lei 8.666/1993, o qual não incluiu os certificados de qualidade entre a documentação passível de ser exigida para efeitos de qualificação técnica nas licitações públicas;

4.2. O CBPF é indispensável para o registro de medicamentos. Desta forma, ainda que não seja exigido o CBPF no momento de habilitação dos licitantes, os fabricantes dos medicamentos devem observar os requisitos para a certificação previstos na RDC/ANVISA 39/2013, haja vista ser expressamente proibida a industrialização, a exposição à venda ou a entrega ao consumo de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos, sem o devido registro perante o Ministério da Saúde, de acordo com o definido no art. 12 da Lei 6.360/1976. (grifo nosso)

Além da ausência de previsão legal, a exigência do CBPF, na fase de habilitação, não garante a qualidade do medicamento. Também não significa que os produtos fornecidos serão fabricados na vigência do certificado. Ainda segundo o voto do Ministro Relator, no mencionado acórdão:

9. Na verdade, conforme parecer do órgão jurídico do Ministério da Saúde, transcrito na instrução que compõe o Relatório precedente em seu § 15, compreende-se que a previsão do CBPF no rol dos requisitos de qualificação técnica se mostra inservível para os fins que a justifica, uma vez que os padrões de qualidade dos medicamentos e demais insumos aplicados nos serviços de saúde não são assegurados com a exigência de apresentação do CBPF quando da habilitação dos licitantes. Vale destacar os seguintes excertos: ‘

25. Ademais, além da inexistência de previsão legal para a exigência do CBPF como requisito de habilitação, esta Consultoria Jurídica, em diversas oportunidades, já se posicionou no sentido de que a simples exigência de Certificado de Boas Práticas de Fabricação, s.m.j., não garante, por si, a qualidade do medicamento. Aliás, nem mesmo significa que os produtos fornecidos serão fabricados na vigência do certificado, ou que o certificado permanecerá vigente durante toda a fase de execução.’

Em decisão, esta Corte de Contas determinou ao Ministério da Saúde que adequasse seus normativos infralegais, visando a excluir os dispositivos que instituíam o CBPF como requisito de qualificação ou habilitação técnica dos licitantes nos procedimentos licitatórios para compra de insumos empregados nos serviços públicos de saúde (Acórdão 4.788/2016-TCU-Primeira Câmara, de Relatoria do Ministro Bruno Dantas).

Recentemente, o Ministério da Saúde, considerando o referido Acórdão, revogou o inciso III do art. 5º da Portaria GM/MS 2.814/1998, excluindo, assim, o CBPF como requisito de qualificação ou habilitação técnica (Portaria GM/MS 2.894/2018).

No mesmo sentido do CBPF, outro tipo de documento que não pode ser exigido como critério de habilitação é o Certificado de Boas Práticas de Distribuição e/ou Armazenagem (CBPDA). O CBPDA é o documento emitido pela Anvisa atestando que determinado estabelecimento cumpre com as boas práticas de distribuição e armazenagem ou boas práticas de armazenagem dispostas na legislação.

“As empresas produtoras de produtos sujeitos à vigilância sanitária devem, obrigatoriamente, cumprir com as Boas Práticas, seguindo os procedimentos e práticas estabelecidos em normas específicas da Anvisa. Entretanto, não é obrigatório que as empresas tenham Certificado de Boas Práticas para seu regular funcionamento” (Disponível em: . Acesso em: 6 set. 2018).

Outro documento que afronta os critérios de habilitação técnica previstos na Lei 8.666/1993 é a Declaração de Credenciamento Junto às Empresas Detentoras do Registro do Produto, que não se confunde com a DDR, tratada no capítulo anterior.

A jurisprudência deste Tribunal é assente quanto à ilegalidade em se exigir, como critério de habilitação das empresas distribuidoras, a Declaração de Credenciamento Junto às Empresas Detentoras do Registro dos Produtos (Acórdão 1.350/2010-TCU-Primeira Câmara, de Relatoria do Ministro Weder de Oliveira; Acórdão 140/2012-TCU-Plenário, de Relatoria do Ministro Walton Alencar; e Acórdão 718/2014-TCU-Plenário, de Relatoria do Ministro José Jorge). Esse requisito estava disposto no art. 5º, § 3º, da Portaria GM/MS 2.814/1998, que foi revogado pela Portaria GM/MS 1.167/2012, após recomendação deste Tribunal ao

Ministério da Saúde (Acórdão 140/2012-TCU-Plenário, Relator Ministro Walton Alencar).

Apesar da ilegalidade em se exigir o cadastramento do distribuidor no fabricante como critério de habilitação, o art. 2º da Portaria GM/ MS 2.814/1998 estabelece que as empresas titulares de registro no Ministério da Saúde deverão elaborar e manter atualizado cadastro dos distribuidores, atacadistas e varejistas credenciados para a comercialização dos seus produtos, compreendendo o controle da movimentação de seus produtos no mercado. O art. 3º consigna que os distribuidores, as farmácias e as drogarias somente poderão adquirir medicamentos do titular do registro, ou daquele que detiver a autorização legal específica desse mesmo titular, para comercialização de determinados lotes do produto.

Assim também dispõe o art. 13, inciso II, da Portaria da Secretaria de Vigilância Sanitária – SVS do Ministério da Saúde 802/1998, ao prever que as empresas autorizadas como distribuidoras têm o dever de se abastecer, exclusivamente, em empresas titulares do registro dos produtos.

[...]

## **RASTREABILIDADE DAS NOTAS FISCAIS**

A Portaria SVS/MS 802/1998, que dispôs sobre o controle e a fiscalização em toda a cadeia dos produtos farmacêuticos, assevera que as empresas detentoras de registro de produtos deverão informar, em suas notas fiscais de venda, os números dos lotes dos produtos nelas constantes (art. 9º).

Além disso, elas devem manter arquivo informatizado com o registro de todas as transações comerciais, especificando, entre outros: designação da nota fiscal, data, designação dos produtos farmacêuticos, número de lote, quantidade fornecida, nome e endereço do destinatário (art. 8º)

Por sua vez, a RDC Anvisa 320/2002 dispõe que as empresas distribuidoras de produtos farmacêuticos só devem realizar transações comerciais e operações de circulação a qualquer título, de produtos farmacêuticos, por meio de notas fiscais que contenham obrigatoriamente os números dos lotes dos produtos nelas constantes (art. 1º, inciso I).

Essas normas garantem a rastreabilidade das transações e operações de entrada e saída de produtos farmacêuticos, desde a empresa detentora de registro, passando, se for o caso, pela distribuidora do medicamento. No âmbito das compras públicas, essas normas auxiliam na verificação dos medicamentos em estoque e/ou entregues comprados com recursos públicos, conforme as notas fiscais. De tal modo, a obrigatoriedade de constar nas notas fiscais os números dos lotes auxilia na verificação do nexo de causalidade do gasto público.

Ressalte-se que a jurisprudência do TCU é no sentido de que a ausência dos números dos lotes nas notas fiscais de medicamentos adquiridos com recursos públicos, somada a outros indícios, impossibilita atestar que os medicamentos foram efetivamente entregues, mesmo havendo medicamentos com especificações semelhantes no estoque (Acórdãos 9.301/2017-TCU-1ª Câmara e 1.890/2017-TCU-1ª Câmara, ambos de Relatoria do Ministro Benjamin Zymler).

Deste modo, diante da impossibilidade de se comprovar que os medicamentos em estoque e/ou entregues aos usuários foram adquiridos com recursos públicos, como os recursos federais transferidos a estados e municípios, o gestor e a empresa (produtora ou distribuidora) podem responder solidariamente pelo débito referente ao valor dos medicamentos cujas notas fiscais foram emitidas sem a identificação dos lotes.

## **COMENTÁRIOS ADICIONAIS CONSIDERANDO O RECENTE DECRETO Nº 10.024/2019**

197. Tem sido bastante citado neste opinativo o *nove*/Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

198. **Uma vez que se trata de regulamento bastante recente, considera-se de extrema pertinência abrir espaço específico a fim de ênfatar alguns aspectos da disciplina trazida pelo decreto em questão.**

199. **Serão reiterados alguns pontos já abordados e feitas considerações complementares, inclusive sendo destacadas algumas das inovações trazidas pela norma, sem prejuízo do dever de integral observância do regulamento por parte dos setores competentes e sem prejuízo da análise das minutas a ser realizada por esta CONJUR/MS em tópico específico deste parecer.**

### ***Documentação e Orientações Gerais (art. 8º e 14)***

200. Pois bem. O art. 8º do Decreto nº 10.024/2019 informa que o processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo:

Art. 8º O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo:

I - estudo técnico preliminar, quando necessário;

II - termo de referência;

III - planilha estimativa de despesa;

- IV - previsão dos recursos orçamentários necessários, com a indicação das rubricas, exceto na hipótese de pregão para registro de preços;
  - V - autorização de abertura da licitação;
  - VI - designação do pregoeiro e da equipe de apoio;
  - VII - edital e respectivos anexos;
  - VIII - minuta do termo do contrato, ou instrumento equivalente, ou minuta da ata de registro de preços, conforme o caso;
  - IX - parecer jurídico;
  - X - documentação exigida e apresentada para a habilitação;
  - XI- proposta de preços do licitante;
  - XII - ata da sessão pública, que conterá os seguintes registros, entre outros:
    - a) os licitantes participantes;
    - b) as propostas apresentadas;
    - c) os avisos, os esclarecimentos e as impugnações;
    - d) os lances ofertados, na ordem de classificação;
    - e) a suspensão e o reinício da sessão, se for o caso;
    - f) a aceitabilidade da proposta de preço;
    - g) a habilitação;
    - h) a decisão sobre o saneamento de erros ou falhas na proposta ou na documentação;
    - i) os recursos interpostos, as respectivas análises e as decisões; e
    - j) o resultado da licitação;
  - XIII - comprovantes das publicações:
    - a) do aviso do edital;
    - b) do extrato do contrato; e
    - c) dos demais atos cuja publicidade seja exigida; e
  - XIV - ato de homologação.
- § 1º A instrução do processo licitatório poderá ser realizada por meio de sistema eletrônico, de modo que os atos e os documentos de que trata este artigo, constantes dos arquivos e registros digitais, serão válidos para todos os efeitos legais, inclusive para comprovação e prestação de contas.
- § 2º A ata da sessão pública será disponibilizada na internet imediatamente após o seu encerramento, para acesso livre.

201. É de bom alvitre mencionar, quanto ao estudo técnico preliminar citado no art. 8º, I, que sua definição consta do art. 3º, IV do mesmo Decreto: "*IV - estudo técnico preliminar - documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusão pela viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência*".

202. **Assim, todos os processos deverão ser instruídos, no mínimo, com os documentos referidos no art. 8º supratranscrito.**

203. **Outrossim, ainda de modo relacionado à instrução, deve ser observado que o art. 14 do mesmo decreto dispõe acerca do planejamento do pregão, aduzindo conforme segue:**

Art. 14. No planejamento do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração do estudo técnico preliminar e do termo de referência;

II - aprovação do estudo técnico preliminar e do termo de referência pela autoridade competente ou por quem esta delegar;

III - elaboração do edital, que estabelecerá os critérios de julgamento e a aceitação das propostas, o modo de disputa e, quando necessário, o intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta;

IV - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, dos prazos e das condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e a execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração pública; e

V - designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

204. **Embora haja pontos de similitude com o disposto, por exemplo, no art. 9º do antigo Decreto nº 5.450/2005, há também previsões novas, o que deve ser observado pelo setor competente.**

#### ***Modos de disputa (arts. 31 a 33)***

205. Cabe destacar que o novo regulamento prevê modos de disputa: I - aberto; ou II - aberto e fechado. No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com prorrogações, conforme o critério de julgamento adotado no edital. Já no modo de disputa aberto e fechado, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado, conforme o critério de julgamento adotado no edital.

206. Para melhor entendimento, cabe transcrever os arts. 31 a 33 do Decreto nº 10.024/2019, que devem ser observados:

#### **Modos de disputa**

Art. 31. Serão adotados para o envio de lances no pregão eletrônico os seguintes modos

de disputa:

I - aberto - os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com prorrogações, conforme o critério de julgamento adotado no edital; ou

II - aberto e fechado - os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado, conforme o critério de julgamento adotado no edital.

Parágrafo único. No modo de disputa aberto, o edital preverá intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta.

#### **Modo de disputa aberto**

Art. 32. No modo de disputa aberto, de que trata o inciso I do **caput** do art. 31, a etapa de envio de lances na sessão pública durará dez minutos e, após isso, será prorrogada automaticamente pelo sistema quando houver lance ofertado nos últimos dois minutos do período de duração da sessão pública.

§ 1º A prorrogação automática da etapa de envio de lances, de que trata o **caput**, será de dois minutos e ocorrerá sucessivamente sempre que houver lances enviados nesse período de prorrogação, inclusive quando se tratar de lances intermediários.

§ 2º Na hipótese de não haver novos lances na forma estabelecida no **caput** e no § 1º, a sessão pública será encerrada automaticamente.

§ 3º Encerrada a sessão pública sem prorrogação automática pelo sistema, nos termos do disposto no § 1º, o pregoeiro poderá, assessorado pela equipe de apoio, admitir o reinício da etapa de envio de lances, em prol da consecução do melhor preço disposto no parágrafo único do art. 7º, mediante justificativa.

#### **Modo de disputa aberto e fechado**

Art. 33. No modo de disputa aberto e fechado, de que trata o inciso II do **caput** do art. 31, a etapa de envio de lances da sessão pública terá duração de quinze minutos.

§ 1º Encerrado o prazo previsto no **caput**, o sistema encaminhará o aviso de fechamento iminente dos lances e, transcorrido o período de até dez minutos, aleatoriamente determinado, a recepção de lances será automaticamente encerrada.

§ 2º Encerrado o prazo de que trata o § 1º, o sistema abrirá a oportunidade para que o autor da oferta de valor mais baixo e os autores das ofertas com valores até dez por cento superiores àquela possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo.

§ 3º Na ausência de, no mínimo, três ofertas nas condições de que trata o § 2º, os autores dos melhores lances subsequentes, na ordem de classificação, até o máximo de três, poderão oferecer um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento do prazo.

§ 4º Encerrados os prazos estabelecidos nos § 2º e § 3º, o sistema ordenará os lances em ordem crescente de vantajosidade.

§ 5º Na ausência de lance final e fechado classificado nos termos dos § 2º e § 3º, haverá o reinício da etapa fechada para que os demais licitantes, até o máximo de três, na ordem de classificação, possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo, observado, após esta etapa, o disposto no § 4º.

§ 6º Na hipótese de não haver licitante classificado na etapa de lance fechado que atenda às exigências para habilitação, o pregoeiro poderá, auxiliado pela equipe de apoio, mediante justificativa, admitir o reinício da etapa fechada, nos termos do disposto no § 5º.

### ***Critérios de julgamento das propostas (art. 7º)***

207. Cabe enfatizar que o Decreto nº 10.024/2019 prevê, em seu art. 7º, que os critérios de julgamento empregados na seleção da proposta mais vantajosa para a administração serão os de menor preço **ou maior desconto**, conforme dispuser o edital. Observe-se:

Art. 7º Os critérios de julgamento empregados na seleção da proposta mais vantajosa para a administração serão os de menor preço ou maior desconto, conforme dispuser o edital.

Parágrafo único. Serão fixados critérios objetivos para definição do melhor preço, considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade, as diretrizes do plano de gestão de logística sustentável e as demais condições estabelecidas no edital.

### ***Licitante***

208. De acordo com o art. 10 do novo decreto, na hipótese de pregão promovido por órgão ou entidade integrante do Sisg, o credenciamento do licitante e sua manutenção dependerão de registro **prévio** e atualizado no Sicaf.

209. **A norma inova ao prever expressamente que o registro deve ser prévio.**

210. É explicitado no art. 11 que o credenciamento no Sicaf permite a participação dos interessados em qualquer pregão, na forma eletrônica, exceto quando o seu cadastro no Sicaf tenha sido inativado ou excluído por solicitação do credenciado ou por determinação legal.

Art. 10. Na hipótese de pregão promovido por órgão ou entidade integrante do Sisg, o credenciamento do licitante e sua manutenção dependerão de registro prévio e atualizado no Sicaf.

Art. 11. O credenciamento no Sicaf permite a participação dos interessados em qualquer pregão, na forma eletrônica, exceto quando o seu cadastro no Sicaf tenha sido inativado ou excluído por solicitação do credenciado ou por determinação legal.

### **Autoridade competente (art. 13)**

211. O regulamento, no art. 13, prevê que caberá à autoridade competente, de acordo com as atribuições previstas no regimento ou no estatuto do órgão ou da entidade promotora da licitação:

- I - designar o pregoeiro e os membros da equipe de apoio;
  - II - indicar o provedor do sistema;
  - III - determinar a abertura do processo licitatório;
  - IV - decidir os recursos contra os atos do pregoeiro, quando este mantiver sua decisão;
  - V - adjudicar o objeto da licitação, quando houver recurso;
  - VI - homologar o resultado da licitação; e
  - VII - celebrar o contrato **ou assinar a ata de registro de preços.**
- (Grifo nosso)

### **Valor estimado ou valor máximo aceitável (art. 15)**

212. Em consonância com o art. 15 do Decreto nº 10.024/2019, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

213. Consta no §1º que o caráter sigiloso do valor estimado ou do valor máximo aceitável para a contratação será fundamentado no § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e no art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.

214. Já de acordo com o §2º, para fins do disposto no **caput** do art. 15, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do envio de lances, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas.

215. Por fim, tem-se no §3º que nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, o valor estimado, o valor máximo aceitável ou o valor de referência para aplicação do desconto constará obrigatoriamente do instrumento convocatório.

Art. 15. O valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

§ 1º O caráter sigiloso do valor estimado ou do valor máximo aceitável para a contratação será fundamentado no [§ 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011](#), e no [art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012](#).

§ 2º Para fins do disposto no **caput**, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do envio de lances, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas.

§ 3º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, o valor estimado, o valor máximo aceitável ou o valor de referência para aplicação do desconto constará obrigatoriamente do instrumento convocatório.

### **CrITÉRIOS de desempate (art. 36 e 37)**

216. Importa mencionar que o Decreto nº 10.024/2019 estabeleceu quais são os critérios de desempate a serem observados, devendo a regulamentação ser seguida. *In verbis*:

Art. 36. Após a etapa de envio de lances, haverá a aplicação dos critérios de desempate previstos nos [art. 44](#) e [art. 45 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006](#), seguido da aplicação do critério estabelecido no [§ 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993](#), se não houver licitante que atenda à primeira hipótese.

Art. 37. Os critérios de desempate serão aplicados nos termos do art. 36, caso não haja envio de lances após o início da fase competitiva.

Parágrafo único. Na hipótese de persistir o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico dentre as propostas empatadas.

### **Documentação obrigatória de habilitação**

217. No que concerne à documentação obrigatória para habilitação dos licitantes, o Decreto nº 10.024/2019 traz algumas inovações. Apenas como exemplo, cite-se que agora há menção expressa à regularidade fiscal perante a fazenda **distrital** (Art. 40, V), tornando o texto mais completo.

218. Desse modo, por zelo, recomenda-se atenção às disposições da norma:

Art. 40. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:

I - à habilitação jurídica;

II - à qualificação técnica;

III - à qualificação econômico-financeira;

IV - à regularidade fiscal e trabalhista;

V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas estaduais, distrital e municipais, quando necessário; e

VI - ao cumprimento do disposto no [inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição](#) e no [inciso XVIII do caput do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993](#).

Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V d o **caput** poderá ser substituída pelo registro cadastral no Sicafe e em sistemas semelhantes mantidos pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, quando a licitação for realizada por esses entes federativos.

Art. 41. Quando permitida a participação de empresas estrangeiras na licitação, as exigências de habilitação serão atendidas mediante documentos equivalentes, inicialmente apresentados com tradução livre.

Parágrafo único. Na hipótese de o licitante vencedor ser estrangeiro, para fins de assinatura do contrato ou da ata de registro de preços, os documentos de que trata o **caput** serão traduzidos por tradutor juramentado no País e apostilados nos termos do disposto no [Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016](#), ou de outro que venha a substituí-lo, ou consularizados pelos respectivos consulados ou embaixadas.

Art. 42. Quando permitida a participação de consórcio de empresas, serão exigidas:

I - a comprovação da existência de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, com indicação da empresa líder, que atenderá às condições de liderança estabelecidas no edital e representará as consorciadas perante a União;

II - a apresentação da documentação de habilitação especificada no edital por empresa consorciada;

III - a comprovação da capacidade técnica do consórcio pelo somatório dos quantitativos de cada empresa consorciada, na forma estabelecida no edital;

IV - a demonstração, por cada empresa consorciada, do atendimento aos índices contábeis definidos no edital, para fins de qualificação econômico-financeira;

V - a responsabilidade solidária das empresas consorciadas pelas obrigações do consórcio, nas etapas da licitação e durante a vigência do contrato;

VI - a obrigatoriedade de liderança por empresa brasileira no consórcio formado por empresas brasileiras e estrangeiras, observado o disposto no inciso I; e

VII - a constituição e o registro do consórcio antes da celebração do contrato.

Parágrafo único. Fica vedada a participação de empresa consorciada, na mesma licitação, por meio de mais de um consórcio ou isoladamente.

### ***Procedimentos de verificação***

219. Ainda considerando as regras concernentes à habilitação, quanto aos procedimentos de verificação, tem-se que deve ser observada a nova disciplina estabelecida no art. 43 do Decreto nº 10.024/93.

220. Referido artigo tem o seguinte conteúdo:

Art. 43. A habilitação dos licitantes será verificada por meio do Sicafe, nos documentos por ele abrangidos, quando os procedimentos licitatórios forem realizados por órgãos ou entidades integrantes do Sisg ou por aqueles que aderirem ao Sicafe.

§ 1º Os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no Sicafe serão enviados nos termos do disposto no art. 26.

§ 2º Na hipótese de necessidade de envio de documentos complementares após o julgamento da proposta, os documentos deverão ser apresentados em formato digital, via sistema, no prazo definido no edital, após solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico, observado o prazo disposto no § 2º do art. 38.

§ 3º A verificação pelo órgão ou entidade promotora do certame nos sítios eletrônicos oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova, para fins de habilitação.

§ 4º Na hipótese de a proposta vencedora não for aceitável ou o licitante não atender às exigências para habilitação, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital.

§ 5º Na hipótese de contratação de serviços comuns em que a legislação ou o edital exija apresentação de planilha de composição de preços, esta deverá ser encaminhada exclusivamente via sistema, no prazo fixado no edital, com os respectivos valores readequados ao lance vencedor.

§ 6º No pregão, na forma eletrônica, realizado para o sistema de registro de preços, quando a proposta do licitante vencedor não atender ao quantitativo total estimado para a contratação, poderá ser convocada a quantidade de licitantes necessária para alcançar o total estimado, respeitada a ordem de classificação, observado o preço da proposta vencedora, precedida de posterior habilitação, nos termos do disposto no Capítulo X.

§ 7º A comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte será exigida nos termos do disposto no [art. 4º do Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015](#).

§ 8º Constatado o atendimento às exigências estabelecidas no edital, o licitante será declarado vencedor.

### ***Adjudicação e homologação***

221. Outro ponto que merece ênfase especial é o referente à adjudicação e à homologação. Consta no Decreto nº 10.024/93 que decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, **a autoridade competente** adjudicará o objeto e homologará o procedimento licitatório,



nos termos do disposto no inciso V do **caput** do art. 13.

222. Já na ausência de recurso, caberá **ao pregoeiro** adjudicar o objeto e encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade superior e propor a homologação, nos termos do disposto no inciso IX do **caput** do art. 17.

#### **Autoridade competente**

Art. 45. Decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente adjudicará o objeto e homologará o procedimento licitatório, nos termos do disposto no inciso V do **caput** do art. 13.

#### **Pregoeiro**

Art. 46. Na ausência de recurso, caberá ao pregoeiro adjudicar o objeto e encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade superior e propor a homologação, nos termos do disposto no inciso IX do **caput** do art. 17.

223. **Como visto, foram reiterados alguns pontos já abordados e feitas considerações complementares, sendo destacadas algumas das inovações trazidas pela norma. Enfatiza-se, por outro lado, que deve haver a integral observância do novo regulamento por parte dos setores competentes.**

### **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.º 8.666/1993**

224. Prevê o **caput do art. 57 da Lei n. 8.666, de 1993**, como regra, que a duração dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários.

225. Conforme a Orientação Normativa AGU nº 39, contudo, tem-se que a vigência dos contratos regidos pelo art. 57, **caput**, da Lei nº 8.666/93 poderá 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.

#### **REGULARIDADE SANITÁRIA**

226. 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**

#### **TERMO DE REFERÊNCIA**

227. O Termo de Referência constitui documento inaugural da contratação, na medida em que se presta à orientação do futuro contratado, com relação aquilo que deverá fornecer, assim como da própria Administração, que com ele define exatamente as necessidades a serem atendidas mediante a celebração do ajuste. Em sua elaboração, o órgão deve atentar para os requisitos descritos nas normas, inclusive decretos, vigentes.

228. Considerando a entrada em vigor do Decreto nº 10.024/2019, primeiramente, será analisada a minuta submetida (Minuta Termo de Referência - PREGÃO SRP - CGJUD - 0013022816) tendo como parâmetro o modelo de TR de Pregão Presencial Eletrônico (Compras) da AGU disponível na *internet*<sup>[1]</sup>. Posteriormente, serão feitas eventuais recomendações que forem cabíveis. Assim, recomenda-se a observância do que se segue.

229. O item 1.3. deverá ser devidamente preenchido para cada contratação, nos termos da presente MJR.

230. Deve-se justificar a impossibilidade de cotação parcial, caso a caso.

231. Caso seja aplicada a cota reservada, deve-se incluir os seguintes itens ao item 1 do TR (conforme modelo da AGU):

*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.*

*Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço.*

*Será dada a prioridade de aquisição aos produtos das cotas reservadas quando forem adjudicados aos licitantes qualificados como microempresas ou empresas de pequeno porte, ressalvados os casos em que a cota reservada for inadequada para atender as quantidades ou as condições do pedido, conforme vier a ser decidido pela Administração, nos termos do art. 8º, §4º do Decreto n. 8.538, de 2015.*

232. Deve-se incluir e preencher, caso a caso, o seguinte item ao item 1 do TR:

O prazo de vigência da contratação é de..... contados do(a) ..... prorrogável na forma do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

233. No item 3. deve-se indicar expressamente o fundamento legal para a adoção do SRP, dentre as hipóteses de cabimento listadas no artigo 3º do Decreto nº 7.892/2013.

234. Quanto aos subitens 6.4.1 e 6.4.2 deverão ser substituídos pelos seguintes, em conformidade com a redação do modelo da AGU:

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.

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.

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.

235. Recomenda-se que o item 7, que trata "DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA", seja incorporado no Edital, em conformidade com o modelo da AGU, que traz todos os requisitos de habilitação no Edital, devendo-se adotar a redação básica do modelo mencionado. Em relação ao item 7.5., deve haver a adequação do mesmo ao disposto no artigo 41 do Decreto nº 10.024/2019.

236. Deve-se incluir, conforme previsão no modelo da AGU os seguintes itens: "10. DO PAGAMENTO", "11. DO REAJUSTE", "12. DA GARANTIA DE EXECUÇÃO" (ou justificar a não exigência), "13. A GARANTIA CONTRATUAL DOS BENS." (ou justificar a não exigência) e "15. ESTIMATIVA DE PREÇOS E PREÇOS REFERENCIAIS."

237. Deve-se adequar o item 13. das sanções Administrativas, à redação prevista no modelo da AGU.

238. No item "14. OBSERVAÇÕES GERAIS", registra-se a necessidade, com fulcro no princípio da motivação, de justificativa acerca da impossibilidade de participação de empresas reunidas em consórcio.

## EDITAL

239. Passa-se a analisar, a seguir, a minuta de acordo com o modelo disponibilizado pela Advocacia-Geral da União, quando da utilização do SRP.

240. Quanto ao item 5.5, entendo que o mesmo é redundante com o 5.4 e, portanto, o item 5.5 pode ser suprimido (tendo em vista que o item 5.4 está de acordo com a minuta da AGU).

241. Quanto ao item 6.5.5., entendo que deverá ser justificada a impossibilidade de participação de empresa sob falência, nesse sentido, transcrevo o teor da Nota Explicativa constante no modelo da AGU:

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.

242. Deve-se sanar a incompatibilidade entre o item 8.1.2. (que possibilita a cotação parcial) do Edital e o item 1.4. do TR que veda a cotação parcial.

243. Deve-se adequar a redação do subitem 9.17 ao modelo da AGU:

Quando a desconexão do sistema eletrônico para o pregoeiro persistir por tempo superior a dez minutos, a sessão pública será suspensa e reiniciada somente após decorridas vinte e quatro horas da comunicação do fato pelo Pregoeiro aos participantes, no sítio eletrônico utilizado para divulgação

244. Sugere-se a supressão do item 9.19 que parece conflitar com os novos modelos de disputa ("aberta" e "aberta e fechada") e as cláusulas específicas, previstas nos item 9.8./9.12.. Já em relação ao item 9.20, sugere-se a redação do modelo da AGU:

Caso o licitante não apresente lances, concorrerá com o valor de sua proposta.

245. No item 11, da minuta de edital, que trata **Da aceitabilidade da proposta vencedora**, observa-se que a área não seguiu o modelo da AGU. É necessário que a área siga estritamente os seus termos, de forma a evitar problemas futuros.

246. Deve-se adequar o item 13.1 e seus subitens ao subitem 9.1. previsto no modelo da AGU.

247. O subitem 13.1.3.1. não tem relação com o subitem 13.1.3, portanto deverá ser reenumerado e reposicionado.

248. Deve-se justificar a inclusão do subitem 13.2.4., tendo em vista que o mesmo não está previsto no modelo da AGU e implica em nova oportunidade para o licitante sanar vício em seus documentos habilitatórios.

249. Quanto ao item 13, da minuta de edital, que versa sobre a Habilitação, faltou o subitem 9.8.2, do modelo da AGU, que diz: "Em se tratando de microempreendedor individual - MEI: Certificado da Condição de Microempreendedor Individual - CCMEI, cuja aceitação ficará condicionada à verificação da autenticidade no sítio [www.portaldoempreendedor.gov.br](http://www.portaldoempreendedor.gov.br)", devendo ser verificada a sua pertinência.

250. Quanto ao item 13.7.2., deve-se avaliar sua compatibilidade com o decidido pelo TCU no acórdão 1819/2018 Plenário:

Acórdão 1819/2018 Plenário (Auditoria, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues )  
Licitação. Direito de preferência. Pequena empresa. Microempresa. Adjudicação. Limite. Receita bruta. Tratamento diferenciado. Não há óbice a que sejam adjudicados às microempresas e às empresas de pequeno porte valores superiores aos limites de receita bruta estabelecidos no art. 3º, incisos I e II, da LC 123/2006, respectivamente, desde que comprovado que tais empresas, à época da licitação, atendiam às exigências previstas nos

arts. 3º, 3º-A e 3º-B da referida lei.

251. Quanto ao item 13.11.2. sugere-se a adoção da redação constante na minuta da AGU:

A comprovação da situação financeira da empresa será constatada mediante obtenção de índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), **superiores a 1 (um)** resultantes da aplicação das fórmulas:

(grifos nossos, para ilustrar a omissão na minuta submetida)

252. Quanto ao item 13.22, deve haver a adequação do mesmo ao disposto no artigo 41 do Decreto nº 10.024/2019.

253. Deve-se incluir o seguinte subitem como último subitem do item 13 (conforme o modelo da AGU):

Constatado o atendimento às exigências de habilitação fixadas no Edital, o licitante será declarado vencedor.

254. Ademais, quanto à minuta de edital, percebeu-se a ausência do subitem 17.4, do modelo da AGU, que versa sobre o prazo de vigência, da seguinte forma: "O prazo de vigência da contratação é de ..... prorrogável conforme previsão no instrumento contratual ou no termo de referência". Ainda que esta vigência conste na minuta de contrato, faz-se importante que também conste no edital a fim de que siga os termos do modelo.

255. **No item 12 da minuta de edital, que versa sobre a Apresentação de Amostra ou Protótipo, ou Catálogo, são feitas as seguintes considerações:** 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.

256. Além do mais, não basta a simples remissão ao texto do Termo de Referência, o Edital deverá prever 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, contêm 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).

257. **Ademais, o item 13.12 do edital, referente à qualificação técnica, vale frisar que há apenas a remissão ao Termo de Referência, o que não se mostra adequado.** As exigências de qualificação técnica devem ser previstas de maneira expressa no Edital, não sendo suficiente a simples remissão aos anexos. Ademais, nesse quesito, tem-se a acrescentar que é fundamental que a administração observe se as exigências demasiadas poderão prejudicar a competitividade da licitação e ofender o disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, o qual preceitua que "o processo de licitação pública... somente sendo permitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

258. Quanto ao item 17, que trata da garantia de execução, sugere-se a adoção do padrão do modelo da AGU:

*Será exigida garantia contratual dos bens fornecidos na presente contratação, complementar à legal, conforme prazos mínimos e demais regras constantes do Termo de Referência.*

259. Neste caso, o regramento aplicável à garantia da execução deverá ser previsto no TR.

260. Deve-se suprimir o item 20 do Edital que trata do "preço", devendo-se incluir, conforme já afirmado neste parecer, o item que trata do reajuste (observando o modelo da AGU) no TR.

261. O item 21 que trata da "entrega e do recebimento do objeto e da fiscalização" deverá ser suprimido e suas disposições devem constar no TR, especificamente nos itens 6 (que trata da "entrega e critérios de aceitação do objeto") e no item 12 (que trata do controle da execução), de acordo com o enquadramento temático.

262. O item 22 que trata das obrigações da contratante e da contratada deverão estar dispostas, apenas, no TR, nos itens 8 e 9 do mesmo, que tratam "das obrigações da contratante" e "das obrigações da contratada".

263. O item 23 que trata do pagamento deverá constar, apenas, do Termo de Referências, além de ter que ser adequada ao modelo da AGU, o que demanda providências.

264. Em razão das alterações indicadas no últimos 4 parágrafos, os itens mencionados deverão ser substituídos pelos seguintes, conforme redação da minuta da AGU:

#### DO REAJUSTAMENTO EM SENTIDO GERAL

As regras acerca do reajustamento em sentido geral do valor contratual são as estabelecidas no Termo de Referência, anexo a este Edital.

#### DO RECEBIMENTO DO OBJETO E DA FISCALIZAÇÃO

Os critérios de recebimento e aceitação do objeto e de fiscalização estão previstos no Termo de Referência.

#### DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATANTE E DA CONTRATADA

As obrigações da Contratante e da Contratada são as estabelecidas no Termo de Referência.

#### DO PAGAMENTO

As regras acerca do pagamento são as estabelecidas no Termo de Referência, anexo a este Edital.

265. O item 24, que trata do pagamento para empresas estrangeiras, deverá constar, apenas, no TR, como subitem do item que trata sobre pagamento.

266. Deve-se adequar o disposto no item 27.8 à minuta da AGU, que dispõe da seguinte forma:

As respostas aos pedidos de esclarecimentos serão divulgadas pelo sistema e vincularão os participantes e a administração.

267. Deve-se incluir no item 29 o seguinte subitem:

Da sessão pública do Pregão divulgar-se-á Ata no sistema eletrônico.

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

Quanto à ata de registro de preços, deve-se incluir o item 2.2:

A listagem do cadastro de reserva referente ao presente registro de preços consta como anexo a esta Ata.

268. Deve-se incluir o item 7.1.1, com a seguinte redação:

As sanções do item acima também se aplicam aos integrantes do cadastro de reserva, em pregão para registro de preços que, convocados, não honrarem o compromisso assumido injustificadamente, nos termos do art. 49, §1º do Decreto nº 10.024/19.

269. Quanto ao Contrato, deve-se incluir à cláusula quinta, do pagamento, tendo em vista as recomendações supra, deverá fazer menção as disposições do Termo de Referência.

270. Quanto à cláusula sexta, deve-se adotar a redação da minuta da AGU:

As regras acerca do reajuste do valor contratual são as estabelecidas no Termo de Referência, anexo a este Contrato.

271. Quanto à cláusula sétima, deve-se adotar a redação do modelo da AGU:  
**Será exigida a prestação de garantia na presente contratação, conforme regras constantes do Termo de Referência.**
272. Deve-se suprimir a cláusula décima terceira, tendo em vista que a mesma já está prevista no TR, item 11.
273. Deve-se adequar a redação da cláusula décima segunda, que trata da rescisão, ao modelo da AGU.
274. Deve-se incluir uma cláusula disciplinando as alterações contratuais, conforme o modelo da AGU:

**14. CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA - ALTERAÇÕES**

14.1. Eventuais alterações contratuais rege-se-ão pela disciplina do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

14.2. A CONTRATADA é obrigada a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem necessários, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato.

14.3. As supressões resultantes de acordo celebrado entre as partes contratantes poderão exceder o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato.

**CONCLUSÃO**

275. 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.

276. 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.

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

278. 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.

279. Ressalta-se que com a emissão do presente parecer, o Parecer Referencial nº 037/2018 será imediatamente revogado, constituindo irregularidade por parte das áreas deste Ministério da Saúde a sua utilização para embasar aquisições de medicamentos e insumos estratégicos para saúde, para as futuras licitações sob o regime de Registro de Preços a serem demandadas pela CGJUD/SE por força de decisão judicial.

280. 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.

281. Além disso, recomenda-se o envio dos autos à Chefe do Serviço de Apoio aos Sistemas de Tramitação de Documentos, para alimentação da página da Consultoria Jurídica e também à Chefe de Gabinete da Consultoria Jurídica, para inserção na página do Ministério da Saúde.

282. Sugere-se o envio dos autos ao Departamento de Logística em Saúde, para ciência e providências.

À consideração superior.

Brasília, 20 de janeiro de 2020.

RAFAEL CARRAZZONI MANSUR  
Advogado da União  
Coordenador de Suporte Jurídico em Processos Licitatórios  
COJUPLI/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

Notas

1. <sup>^</sup> Disponível no endereço eletrônico: [https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/373175](https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/373175)

---

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 365027515 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL CARRAZZONI MANSUR. Data e Hora: 22-01-2020 12:43. Número de Série: 69078594150646269433788375683. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

---



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. 00174/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU**

**NUP:** 25000.213392/2018-33

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

**ASSUNTOS:** Pregão. Aquisição de medicamento e insumos de saúde para o cumprimento de decisão judicial.

1. Aprovo o Parecer Referencial n. 00003/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, da lavra do Advogado da União Rafael Carrazzoni Mansur, por seus fundamentos e conclusões.
2. Ressalte-se a necessidade da área técnica atestar, de forma expressa, que cada caso concreto se amolda aos termos da presente manifestação referencial, bem como o dever de juntar cópias da presente manifestação e acostá-la a cada um dos autos em que se pretende a sua utilização, para fins de controle.

À consideração superior.

Brasília, 22 de janeiro de 2020.

JAMILLE COUTINHO COSTA  
Advogada da União  
Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres  
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 368928664 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JAMILLE COUTINHO COSTA. Data e Hora: 22-01-2020 14:10. 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. 00186/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU**

**NUP: 25000.213392/2018-33**

**INTERESSADOS:** Coordenação de Licitações e Análise de Mercado de Insumos Estratégicos para Saúde - CGIES/DLOG/SE/MS.

**ASSUNTO:** Parecer Referencial. Pregão. Aquisição de medicamento e insumos de saúde para o cumprimento de decisão judicial.

1. Aprovo o PARECER REFERENCIAL n. 00003/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 20/01/2020, da lavra do Coordenador de Suporte Jurídico em Processos Licitatórios, Advogado da União Rafael Carrazoni Mansur, e o DESPACHO n. 00174/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, subscrito em 22/01/2020, pela Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, Advogada da União Rafael Jamille Coutinho Costa, adotando seus fundamentos e conclusões, e na forma de manifestação jurídica referencial referente à aquisição de medicamento e insumos de saúde, para o cumprimento de decisão judicial, mediante Pregão Eletrônico, com a utilização do Sistema de Registro de Preços.
2. Reitera-se que, com a presente aprovação, o Parecer Referencial nº 037/2018 encontra-se revogado.
3. Ademais, 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 às referidas manifestações; e
  - ii)* extraia cópia da manifestação referencial, com respectivos despachos de aprovação, e acoste aos autos em que se pretende a aprovação.
4. Nestes termos, ao Apoio Administrativo desta Consultoria Jurídica, para que:
  - o **a)** junte as presentes manifestações ao Sistema SEI e encaminhe os autos virtuais à Coordenação de Licitações e Análise de Mercado de Insumos Estratégicos para Saúde - CGIES/DLOG/SE/MS, para ciência;
  - o **b)** atra tarefa, via sistema SAPIENS:
    - i)* à Consultoria-Geral da União, aos cuidados do Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas - DEINF/CGU/AGU, para ciência e registro;
    - ii)* à Chefe do Serviço de Apoio aos Sistemas de Tramitação de Documentos, para alimentação da página da Consultoria Jurídica; e
    - iii)* à Chefe de Gabinete da Consultoria Jurídica, para inserção na página do Ministério da Saúde.



- o **e)** archive o processo em epígrafe no sistema SAPIENS.

Brasília, 23 de janeiro de 2020.

**JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO**

Advogado da União

Consultor Jurídico Adjunto do Ministério da Saúde

Portaria CONJUR/MS n. 2, de 11/12/2019, publicada no boletim de serviço n. 50 de 16/12/2019

---

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 4bf0ccfl

---

Documento assinado eletronicamente por JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 368991948 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO. Data e Hora: 23-01-2020 15:50. Número de Série: 17344994. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

---