



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

NOTA n. 00057/2022/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.031190/2015-22

INTERESSADOS: MINISTÉRIO DA SAÚDE

ASSUNTOS: DEMAIS HIPÓTESES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

1. Busca a presente Nota revisitar o Parecer n. 00150/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU, constante do documento SEI 0218055 (a partir da página 17) e que tem por objeto as contratações diretas por dispensa de licitação fundadas no art. 24, XXXII da Lei nº 8.666/93, feitas a partir das chamadas Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo - PDP.

2. A manifestação em questão serve como parecer referencial, dispensando, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 55/2014^[1], a análise individualizada de cada processo de aquisição de insumos estratégicos fundamentada no aludido dispositivo. Cabe salientar que não consta nos autos registro de qualquer atualização desde a sua emissão em 2015.

3. Esta revisão é motivada por dois fatores. Inicialmente, o parecer acima epigrafado é antigo, foi emitido há quase 7 (sete) anos, correndo-se o risco de já ter se tornado obsoleto. Ademais, a temática das PDP é bastante específica, seja em seu tratamento jurídico, seja em sua importância, considerando, inclusive, que há um índice relevante de judicialização em contratações envolvendo PDP, além de que estas não raramente representam o modo de fornecimento de medicamentos de alta relevância para o SUS.

4. No que concerne ao tempo decorrido, este não configura, por si, uma causa para revogação ou revisão de manifestações jurídicas. Por exemplo, o Parecer nº 207/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU aborda acréscimos e supressões de contratos de compras de insumos estratégicos desde a mesma época que o 150/2015. No entanto, nos últimos 7 (sete) anos houve praticamente nenhuma modificação no tratamento dado pela legislação ou pela jurisprudência quanto aos aditamentos contratuais - eventual revisão de tal manifestação, citada como exemplo, poderia ocorrer por razões estéticas, por exemplo, mas não em razão de um risco de obsolescência.

5. Esse não é o caso do Parecer nº 150/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU, ao menos não totalmente. Tal manifestação aborda a realização de novas contratações e sobre esse assunto houve sim regulamentação ulterior a março de 2015. A guisa de exemplo, a IN SEGES/ME nº 1/2019 previu a obrigação de prever em plano anual de contratações, enquanto que a IN SEGES/ME nº 40/2020 previu a exigência de Estudos Técnicos Preliminares antes de qualquer contratação, sem excepcionar o art. 24, XXXII. Tem-se também a IN SEGES/ME nº 73/2020, que modificou a forma de pesquisa de preços em relação à 5/2014 (esta própria mudada substancialmente em 2017 pela IN 3/2017); a IN SEGES/MP nº 2/2016, que previu regras sobre prazo de pagamento em relação ao recebimento da fatura, bem como de inserção na ordem de pagamentos; o Decreto nº 10.193/19, o qual, ainda que similar ao Decreto nº 7.689/12, possui distinções dignas de nota. Todos esses regulamentos tratam de novos contratos, incidindo, portanto, na situação que rege o parecer epigrafado.

6. Essas atualizações "pendentes" por si só não geram automaticamente a conclusão de imprestabilidade de um parecer - o tornam apenas potencialmente incompleto (o que não é desejável). Ademais, sendo medidas de rotina dos órgãos de contratação, a sua obediência a despeito da omissão do parecer poderia vir a suprir esta ou a dar-lhe menor importância, **a depender do caso**. Não se está a dizer que eventual incompletude deve ser sempre desconsiderada, e sim que a obsolescência de um parecer antigo não é decretada por estar desatualizado quanto a um aspecto de menor impacto - mas somente quando isso ocorrer em medida tamanha que gere potencial inutilidade de parte significativa das orientações lá constantes.

7. Cabe registrar que, no caso específico de PDP, a questão se amplia quando se considera que a regulamentação atual de tal instituto se dá pela Portaria de Consolidação nº 5, de 2017. Mesmo tendo em vista que, na parte relacionada ao regimento das parcerias em si, importou-se a regulação de norma de 2014, as disposições sobre o conselho deliberativo, por exemplo, remontam a 2015, após o parecer. Em outras palavras - há questões normativas quanto à PDP que são posteriores ao parecer emitido.

8. Ainda quanto a uma potencial obsolescência do parecer quanto às PDPs em matéria jurídica, cabe salientar que houve o advento de entendimentos desta CONJUR (mais especificamente da Coordenação-Geral de Assuntos de Saúde e Atos Normativos - CGSAN) que afetam as contratações do art. 24, XXXII, ainda que não previstos na norma. Dentre eles cite-se o **PARECER n. 00070/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP: 25000.122101/2020-13)**, o qual aborda limitações de quantitativos da seguinte forma:

I - RELATÓRIO

Vem a esta Consultoria Jurídica o processo em epígrafe, referente à solicitação do Secretário de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde, cujo despacho (doc. SEI nº 0016482281) pugna pela análise jurídica *"quanto à regra geral de manutenção do quantitativo máximo das cotas estabelecidas para cada PDP, objetivando subsidiar procedimentos aplicáveis, à luz da legislação e marcos legais que regem a matéria"*.

O referido despacho faz referência à NOTA TÉCNICA Nº 388/2020-CGCIS/SCTIE/MS (doc. SEI nº 0016472261), que sugeriu as seguintes diretrizes às áreas do Ministério da Saúde responsáveis pela aquisição de produtos objeto de PDP:

- o No âmbito das aquisições feitas por meio de PDP, **recomenda-se adquirir exatamente o quantitativo que represente o percentual de mercado previsto na divisão de responsabilidades para aquela PDP**, exceto se algum fator externo ou de mercado indique a economicidade ou a vantajosidade de se adquirir cota superior de uma parceria, ou a impossibilidade de se adquirir de outro fornecedor (preço, quantitativo, prazo de entrega etc.). Isso, contudo, deve ser a exceção, devidamente justificado;
- o No intuito de fomentar a concorrência de mercado como estratégia para acelerar a redução dos preços de aquisição, **recomenda-se, nas situações em que não for possível adquirir produto objeto de PDP por meio da PDP, que a parcela de mercado correspondente seja licitada, preferencialmente por pregão**, devendo a aquisição por inexigibilidade (aquisição do medicamento de referência) ser a exceção, devidamente justificada e atualizada em virtude da evolução das discussões científicas acerca da intercambialidade, quando envolver medicamentos biológicos e biossimilares.

É o breve relatório.

[...]

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, após a análise jurídica das diretrizes propostas pela SCTIE/MS, entendemos que:

- o **a)** a SCTIE/MS possui competência para estabelecer essas diretrizes, uma vez que estão inseridas dentro das atribuições de "apoio técnico" previstas no § 2º do art. 55 do Anexo XCV à Portaria de Consolidação nº 5/2017, relativas à análise de preços a serem praticados no âmbito das aquisições de produtos para os quais existem PDPs;
- o **b)** as diretrizes propostas pela SCTIE/MS nada mais fazem do que buscar dar concretude às cautelas necessárias para manutenção da concorrência no mercado e observância de preços vantajosos à Administração, ao prever, como regras gerais, que (i) seja adquirido exatamente o quantitativo que represente o percentual de mercado previsto na divisão de responsabilidades para aquela PDP; e, (ii) nas situações em que não for possível adquirir produto objeto de PDP por meio da PDP, que a parcela de mercado correspondente seja licitada, preferencialmente por pregão;
- o **c)** tais regras gerais, na visão da própria SCTIE/MS, comportam **exceções**, que devem ser **justificadas no processo**, sendo possível a compra acima do percentual de mercado da PDP, nos termos do § 1º do art. 52 do Anexo XCV à PRC nº 5/2017, *"se algum fator externo ou de mercado indique a economicidade ou a vantajosidade de se adquirir cota superior de uma parceria, ou a impossibilidade de se adquirir de outro fornecedor (preço, quantitativo, prazo de entrega etc.)"*. No mesmo sentido, quando não for possível adquirir produto objeto de PDP por meio da PDP, a aquisição pode, excepcionalmente, ser feita por inexigibilidade, *"devidamente justificada e atualizada em virtude da evolução das discussões científicas acerca da intercambialidade, quando envolver medicamentos biológicos e biossimilares"*;

- o **d)** as diretrizes em tela estão em consonância com o inciso XXI do art. 37 da Constituição e com o inciso XXXII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, porquanto estabelecem que a licitação é a regra e que a contratação direta deve ser a exceção, devidamente justificada no processo;
- o **e)** por uma questão de compromisso assumido, uma vez estabelecida a PDP e cumpridos os seus requisitos, o Ministério da Saúde assume a obrigação de adquirir os produtos nos exatos termos do percentual de mercado previsto na divisão de responsabilidades para a PDP pactuada, não havendo qualquer direito dos parceiros públicos ou privados à venda acima desse percentual. Nesse sentido, o disposto no § 1º do art. 52 do Anexo XCV à PRC nº 5/2017 consiste apenas numa possibilidade - numa ferramenta - de que pode dispor o Ministério da Saúde para atender às demandas do SUS, sempre observando o estímulo à concorrência no mercado; e
- o **f)** as diretrizes propostas pela SCTIE/MS estão em conformidade com as recomendações da CGU e visam resolver problemas apontados pelo TCU.

9. Nenhuma dessas inovações supervenientes ao Parecer 150/2015 (com exceção talvez desta última) seriam suficientes para demanda uma revisão de tal manifestação. Entretanto, todas em conjunto, somadas as mudanças naturais de entendimento jurídico na gestão da CONJUR e desta Coordenação-Geral, trazem um quadro em que a revisitação de tal opinativo mostra-se medida bastante recomendável, na visão deste subscritor.

10. Tal revisão poderia ensejar a edição de um novo parecer referencial ou a simples revogação. Opta-se, neste momento, pela **revogação**, com efeitos *ex nunc* (apenas prospectivos) em razão do segundo ponto trazido no item 3 desta manifestação: Parcerias de Desenvolvimento Produtivo podem ser contratações complexas, muitas vezes gerando judicialização por fornecedores de mercado alegando questões patentárias ou alguma "reserva de mercado" indevida.

11. Em termos bastantes gerais, processos judiciais ou notificações extrajudiciais discutindo a validade de contratações por PDP tramitaram, em 2021, nesta Coordenação-Geral por pelo menos 12 oportunidades, enquanto que menos (provavelmente bem menos) de 50 provocações foram impugnando aquisições de insumos estratégicos de outra natureza. No entanto, segundo informações obtidas junto ao DLOG, o número de TRs analisados para o art. 24, XXXII em 2021 não ultrapassou 10, enquanto que o número de TRs para os demais tipos de contratações supera 700. A diferença na proporção é bastante considerável.

12. Considerando que esta Coordenação-Geral que irá elaborar eventuais subsídios jurídicos nas ações relacionadas à contratações de PDPs (subsídios esses que exigem bem mais dos que os relacionados com contratações "comuns") e tendo em vista o número já relatado de menos de 10 contratações desse inciso do ano de 2021, entende-se ser mais oportuno, seja em caráter preventivo, seja como preparação para eventual judicialização, que os processos de contratação relativos às PDPs sejam submetidos à análise jurídica individualizada **sem prejuízo de, em havendo razão para tanto, decidir-se pela emissão de um novo parecer referencial, em um segundo momento, potencialmente já no novo regime da Lei nº 14.133/21.**

13. Por todas essas questões, conclui-se pela proposta de **revogação** do Parecer nº 150/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU, de modo que as contratações fundadas no art. 24, XXXII da Lei nº 8.666/93 devam passar por análise individualizada desta Consultoria Jurídica, ao menos até ulterior edição de nova manifestação referencial se for o caso.

14. Esta revogação se dá com efeitos *ex nunc* e não afeta eventuais utilizações na manifestação em questão para contratações anteriores à edição desta nota.

15. Em havendo aprovação, dê-se ciência desta nota ao DLOG.

16. À consideração superior do Sr. Consultor Jurídico.

Brasília, 20 de janeiro de 2022.

HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES

Coordenador-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000031190201522 e da chave de acesso bd050682

Notas

1. [^] *ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014O 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 56377.000011/2009-12, 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.*

Documento assinado eletronicamente por HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 803137037 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES. Data e Hora: 20-01-2022 18:48. Número de Série: 26113175607471164680340473837. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



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. 00172/2022/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.031190/2015-22

INTERESSADOS: MINISTÉRIO DA SAÚDE

ASSUNTOS: Revisão de manifestação jurídica referencial.

1. **Aprovo** a NOTA n. 00057/2022/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 20/01/2022, subscrita pelo Coordenador-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, o Advogado da União Hugo Teixeira Montezuma Sales, adotando seus fundamentos e conclusões.
2. Em síntese, esta Consultoria Jurídica **revoga** o Parecer nº 150/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU, de modo que as contratações fundadas no art. 24, XXXII da Lei nº 8.666/93 devam passar por análise individualizada desta Consultoria Jurídica, ao menos até ulterior edição de nova manifestação referencial se for o caso.
3. Esta revogação se dá com efeitos *ex nunc* e **não** afeta eventuais utilizações na manifestação em questão para contratações anteriores à edição desta nota.

Ao Apoio Administrativo desta Consultoria Jurídica, para que:

- **a)** junte as presentes manifestações ao sistema SEI e encaminhe os autos virtuais ao **Departamento de Logística em Saúde - DLOG/SE/MS e à Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos (SCTIE)**, para ciência;
- **b)** ciência, via SAPIENS:
 - **b.i)** ao **DEINF/CGU/AGU**, para os devidos registros quanto à revogação ex nunc do Parecer nº 150/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU;
 - **b.ii)** à Chefe do Serviço de Apoio aos Sistemas de Tramitação de Documentos - **SEASI/CONJUR-MS**, para alimentação da página da Consultoria Jurídica;
 - **b.iii)** à Chefe da Coordenação de Organização Administrativa - **COAD/CONJUR-MS**, para inserção na página do Ministério da Saúde;
 - **b.iv)** ciência aos Advogados em exercício na **CGLICI**;
- **c)** posteriormente, archive o processo em epígrafe no sistema SAPIENS.

Brasília, 21 de janeiro de 2022.

RAFAEL SCHAEFER COMPARIN

Advogado da União

Consultor Jurídico junto ao Ministério da Saúde Substituto

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000031190201522 e da chave de acesso bd050682

Documento assinado eletronicamente por RAFAEL SCHAEFER COMPARIN, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 803966155 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL SCHAEFER COMPARIN. Data e Hora: 21-01-2022 10:04. Número de Série: 35381708372650570778997074793. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidência da República v5.