



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. 00007/2022/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.068672/2022-67

INTERESSADOS: Coordenação-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres (CGLICI) e Outros

ASSUNTOS: Consulta e orientação de Atuação (Outros Assuntos)

VALOR: Inestimável

I. Direito Administrativo. Licitações e contratos. Parecer referencial para realização, pelo Departamento de Logística em Saúde, de pregões, na forma eletrônica, com ou sem registro de preços, para a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para a saúde.

II. Fundamento jurídico: Lei nº 10.520, de 2002; Lei nº 8.666, de 1993; Decreto nº 10.024, de 2019; Decreto nº 7.892, de 2013 (caso seja registro de preços); Decreto nº 10.193, de 2019; LC nº 123, de 2006; Decreto nº 8.538, de 2015; PN AGU/CGU nº 05, de 2022; e ON/AGU nº 55, 2014

III. Prazo de validade: um ano, observado o artigo 191 da Lei nº 14.133, de 2021.

IV. Parecer condicionado, com recomendações e ressalvas.

1. RELATÓRIO

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

1. Trata-se de expediente instaurado pelo Coordenador-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, com fulcro na Portaria Normativa AGU/CGU nº 05, de 31 de março de 2022, nos autos nº 25000.068672/2022-67, objetivando a revisão do Parecer Referencial nº 41/2019.

2. O Parecer Referencial nº 41/2019 tem por objeto fornecer as orientações jurídicas necessárias à realização, pelo Departamento de Logística em Saúde, de licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, com ou sem registro de preços para a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para saúde.

3. O presente expediente encontra-se instruído, dentre outros, com os seguintes documentos:

- o Termo CGLICI/CONJUR (0026963422);
- o Minuta de termo de referência (0027463947);
- o Despacho DIVIP/COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (0027464400);
- o Minuta de edital (0027623529);
- o Despacho DIVAN/COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (0027623618);
- o Despacho DLOG/SE/MS (0027688692); e
- o Parecer Referencial nº 41/2019 (0027848866).

4. É o relatório.

2. PRELIMINAR: A MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

2.1 Da figura da manifestação jurídica referencial

5. 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 nº 8.666, de 1993.

6. No entanto, o elevado número de consultas repetitivas versando sobre assuntos semelhantes pode ter como o efeito reflexo indesejado tumultuar a atuação do órgão de assessoramento jurídico da Administração, embaraçando o desempenho de sua atribuição institucional.

7. 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 2014

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

8. 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.

9. 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.

10. Trata-se, portanto, de ato enunciativo perfeitamente afinado com o *princípio da eficiência* (artigo 37, *caput*, da Constituição), 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. É prática recomendada pela Advocacia-Geral da União (**Enunciado BPC nº 34**) e aprovada pelo Tribunal de Contas da União (**Acórdão 2674/2014 - Plenário TCU**).

11. Dado seu alinhamento às melhores práticas administrativas, recentemente foi editada a Portaria Normativa CGU/AGU nº 05, de 31 de março de 2022, com o objetivo de melhor disciplinar a utilização da Manifestação Jurídica Referencial estabelecida na Orientação Normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014.

12. Do acima exposto, pode-se concluir que: **(a)** manifestação jurídica referencial uniformiza a atuação do órgão jurídico relativamente às consultas repetitivas; **(b)** 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; **(c)** 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 **(d)** 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.

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

2.2 Do cabimento da Manifestação Jurídica Referencial no caso

14. 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 *sindezeza 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.

15. Semelhantes condicionantes estão previstas no artigo 3º, §2º, da Portaria Normativa AGU/CGU nº 05, de 2022:

PN AGU/CGU nº 05, de 2022

Art. 3º. (...)

§2º. A emissão de uma MJR depende do preenchimento dos seguintes requisitos:

I - comprovação de elevado volume de processos sobre a matéria; e

II - demonstração de que a análise individualizada dos processos impacta de forma negativa na celeridade das atividades desenvolvidas pelo órgão consultivo ou pelo órgão assessorado.

16. Em relação ao *primeiro requisito*, **a experiência indica a existência de um volume consideravelmente alto de processos** administrativos voltados à análise das minutas dos Editais de Pregão Eletrônico, com ou sem a utilização do Sistema de Registro de Preços, cujo objetivo é a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para saúde. Com efeito, a Divisão de Análise da Instrução Processual das Aquisições de Insumos Estratégicos para Saúde, no Despacho nº 0026383960/DIVIP/COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (NUP 25000.047212/2022-03) informa a realização, em 2021, de **229** (duzentos e vinte e nove) e, até agora, neste 2022, **65** (sessenta e cinco) procedimentos dessa natureza.

17. Com a obrigatoriedade de se analisar todos os processos administrativos, haveria inegável impacto negativo na atuação da Coordenação-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneros (**CGLICI**), responsável pela consultoria e assessoramento jurídico do Ministério da Saúde.

18. Quanto ao *segundo requisito*, tem-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.

19. Este parecer, portanto, constituirá em orientação jurídica completa e necessária à realização, pelo Departamento de Logística em Saúde, de licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, com ou sem registro de preços para a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para saúde.

20. Dessa forma, **deverá a área técnica atestar formalmente a adequação do caso aos termos desta manifestação, fazendo constar o número deste parecer e do processo no qual foi proferido, conforme modelo constante no Anexo I.**

21. Eventual **dúvida jurídica** que acometa o gestor antes da realização do pregão eletrônico que ultrapasse os limites deste parecer referencial, deverá ser objeto de encaminhamento a esta Consultoria Jurídica, com sua devida delimitação.

22. Também deverá haver remessa a esta Consultoria Jurídica, para avaliação *final* da instrução processual e da aplicação desta manifestação jurídica referencial pela unidade requisitante as aquisições cujo valor ultrapasse **R\$ 330.000.000,00** (trezentos e trinta milhões de reais) e demandem, por força da aplicação subsidiária do artigo 39 da Lei nº 8.666, de 1993, ao pregão, a realização de prévia **audiência pública**.

23. Essa diligência justifica-se, não só pelo porte dessas contratações, mas também pela possibilidade de esta Consultoria Jurídica realizar o *controle periódico* da aplicação deste parecer referencial pelo órgão assessorado e, se necessário, proceder as orientações e ou adequações necessárias, visando a otimização das contratações deste Ministério da Saúde.

24. Feitas tais considerações, passa-se à efetiva análise jurídico-formal do procedimento e da minuta.

3. ANÁLISE JURÍDICA

3.1 Observações iniciais

25. Preliminarmente, cumpre salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. Destarte, à luz do artigo 131 da Constituição Federal e do artigo 11 da Lei Complementar nº 73, de 1993, incumbe a este órgão de execução da Advocacia-Geral da União prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito deste Ministério, nem analisar os aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa, conforme procedimento recomendado pela Consultoria-Geral da União, mediante o Enunciado BPC nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas.

Enunciado BPC nº 07

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

26. A função de um órgão de consultoria é 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. Importante salientar que, como o exame dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica, parte-se da premissa de que, em relação a estes, a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.

27. Considera-se, ainda, importante salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção.

3.2 Regularidade da formação do processo

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

29. 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:

30. Nesse sentido a Orientação Normativa AGU nº 02, de 1º de abril de 2009:

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

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

32. 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 nº 02, de 2009.

33. **Não é correta, por conseguinte, 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.**

34. Sabe-se, porém, que, por vezes e por variados motivos, a utilização de um mesmo processo pode não ser viável. Nesses casos *excepcionais*, o processo que se iniciar deve, além de vinculado ao principal, vir acompanhado de **justificativa para o desmembramento e cópia das principais peças do processo licitatório**, tais como a cópia da minuta do edital, do parecer, do edital publicado e depois a juntada dos documentos da empresa e sua proposta apresentada no certame, além de outros pertinentes.

3.3 Limites de governança

35. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 10.193, de 27 de dezembro de 2019, estabeleceu limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens no âmbito do Poder Executivo Federal, destacando-se a previsão contida em seu artigo 3º:

Decreto nº 10.193, de 2019

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.

36. A Portaria MS nº 402, de 8 de março de 2021, estabeleceu normas complementares para o cumprimento do mencionado Decreto, prevendo no parágrafo único de seu artigo 1º 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, a exemplo:

Portaria MS nº 402, de 2021

Art. 1º Esta Portaria dispõe sobre a autorização de celebração e a prorrogação de contratos administrativos de bens e serviços, no âmbito do Ministério da Saúde e das entidades a ele vinculadas.

Parágrafo único. O disposto nesta Portaria aplica-se às contratações diretamente relacionadas a bens e serviços, tais como:

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

II - atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, manutenção de prédios, equipamentos e instalações;

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

IV - aquisição, locação e reformas de imóveis;

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

VI - serviços de Tecnologia da Informação (TI);

VII - aquisição de insumos estratégicos para saúde (IES); e

VIII - procedimentos de contratação, para quaisquer objetos, mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação.

37. Desse modo, **recomenda-se à autoridade assistida que certifique-se sobre a natureza da atividade a ser contratada – se constitui ou não atividade de custeio - e adote as providências necessárias**, o que poderá ser feito em qualquer fase do processo de contratação até antes da assinatura do contrato ou do termo aditivo de prorrogação, por meio de qualquer meio idôneo que registre a autorização expressa da autoridade competente.

38. Ademais, **orienta-se à área técnica verificar a eventual existência de outros Decretos ou outros normativos relativos a “limites”, “contingenciamento orçamentário” ou a “restrição ao empenho de verbas”.**

39. Lembramos, a esse propósito, que a Portaria ME nº 179, de 22 de abril de 2019 (com redação dada pela Portaria ME nº 5.168, de 2021), determinou a suspensão de novas contratações relacionadas incisos que elenca, a partir da publicação daquele ato normativo. **Sugere-se, pois, cautela quanto eventual incidência do objeto da contratação à Portaria ME nº 179, de 2019.**

40. Diante do exposto, cabe à unidade requisitante observar tais preceitos normativos no momento de cada contratação de medicamentos e insumos estratégicos para saúde.

3.4 Avaliação da conformidade legal

41. Embora a IN SEGES/MP nº 05, de 25 de maio de 2017 verse sobre regras e procedimento de contratação de serviços, é importante mencionar que o seu artigo 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.

42. 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".

43. A Advocacia-Geral da União também dispõe de *listas de verificação* previamente elaboradas para os diversos tipos de contratações, encontrando-se dispostos no *site* <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoesecontratos/listas-de-verificacao>>. Esses documentos constituem excelente instrumento de apoio para que seja aferida a correção e completude da instrução, **sem prejuízo da adoção da ON SEGES nº 02, de 2016, o que se recomenda.**

44. **Orienta-se, assim, que os autos relativos às contratações abrangidas por este Parecer sejam instruídos com as listas de verificação mencionadas**, com vistas a garantir a suficiência da instrução do expediente.

3.5 Parcelamento do objeto

45. 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 os artigos 15, inciso IV, e 23, §1º, ambos da Lei nº 8.666, de 1993.

46. Sobre o tema, vale destacar a **Súmula 247 do TCU**:

Súmula 247 do TCU

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.

47. Ainda, colhe-se do Manual com Orientações para Aquisições Públicas de Medicamentos^[1], também do Tribunal de Contas da União (TCU):

Manual com Orientações para Aquisições Públicas de Medicamentos

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).

48. 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.

49. 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 SEGES/MP nº 05, de 2017).

50. 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. **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.

51. Por fim, é pertinente destacar que, **nas licitações destinadas ao registro de preços, a adjudicação por preço global é excepcional**, sendo incompatível, a princípio, com a futura aquisição individual dos bens componentes do grupo.

52. De fato, conforme a orientação da SEGES/MP, constitui irregularidade a aquisição de item de grupo adjudicado por preço global, de forma isolada, quando o preço unitário adjudicado ao vencedor do lote não for o menor lance válido ofertado na disputa relativo ao item, salvo quando, justificadamente, ficar demonstrado que é inexecutável ou inviável, dentro do modelo de execução do contrato, a demanda proporcional ou total de todos os itens do respectivo grupo.

53. No mesmo sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU):

Acórdão nº 1347/2018 - Plenário TCU

Nas licitações para registro de preços, a modelagem de aquisição por preço global de grupo de itens é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, a ser utilizada apenas nos casos em que a Administração pretende contratar a totalidade dos itens do grupo, respeitadas as proporções de quantitativos definidos no certame. Apesar de essa modelagem ser, em regra, incompatível com a aquisição futura de itens isoladamente, admite-se tal hipótese quando o preço unitário ofertado pelo vencedor do grupo for o menor lance válido na disputa relativa ao item.

Acórdão nº 1893/2017 - Plenário TCU

É indevida a utilização da ata de registro de preços por quaisquer interessados - incluindo o próprio gerenciador, os órgãos participantes e eventuais caronas, caso tenha sido prevista a adesão para órgãos não participantes - para aquisição separada de itens de objeto adjudicado por preço global de lote ou grupo para os quais o fornecedor convocado para assinar a ata não tenha apresentado o menor preço na licitação.

54. De mais a mais, nas licitações em que prevista o *registro de preço* e a entrega de bens ou a prestação de serviços com *fornecimento em locais diferentes*, **é recomendável, ainda, que a unidade assessorada observe o que dispõe o § 2º do artigo 9º do Decreto nº 7.892, de 2013:**

Decreto nº 7.892, de 2013

Art. 9º. (...)

§2º Quando o edital previr o fornecimento de bens ou prestação de serviços em locais diferentes, é facultada a exigência de apresentação de proposta diferenciada por região, de modo que aos preços sejam acrescidos custos variáveis por região.

55. Em resumo, 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, observadas, ainda, as peculiaridades das licitações para registro de preços.

3.6 Licitações exclusivas e cotas para microempresas e empresas de pequeno porte

56. Com a alteração da Lei Complementar nº 123, de 2006 no ano de 2014, houve novas situações possíveis de tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte: **(a)** a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte e demais beneficiados; **(b)** aplicação de reserva de cota de até 25% do objeto licitado; **(c)** não aplicação, caso demonstrada alguma das situações descritas no artigo 49, da Lei Complementar nº 123, de 2006 e no artigo 10 do Decreto nº 8.538, de 2015; **(d)** possibilidade de subcontratação de microempresa e empresa de pequeno porte; **(e)** possibilidade de aplicação da margem de preferência; **(f)** preferência de microempresa e empresa de pequeno porte em dispensa de licitação com base no artigo 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666, de 1993.

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

a) Das licitações exclusivas para micro e pequenas empresas

58. Nos termos do inciso I do artigo 48 da LC nº 123, de 2006, 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*).

59. Da mesma forma, o artigo 6º do Decreto nº 8.538, de 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 artigo 34 da Lei nº 11.488, de 2007.

60. A incidência do valor limite da licitação exclusiva dá-se **por item** de contratação, independentemente do valor global do certame. É dizer, a licitação exclusiva deverá ser realizada nos *itens* de contratação cujo valor seja de até **R\$ 80.000,00** (*oitenta mil reais*).

61. Nessa linha é a Orientação Normativa AGU nº 47, de 2014:

ON/AGU nº 47, de 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.

62. 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 para microempresas e empresas de pequeno porte

63. Em decorrência da redação do artigo 48, inciso III, da LC nº 123, de 2006, a licitação com itens divisíveis de *valor superior* a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), **deverá ter até 25% de seu respectivo objeto destinado à licitação exclusiva para as citadas EPP's, ME's:**

LC nº 123, de 2006

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.

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

Decreto nº 8.538, de 2015

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.

65. 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.**

66. 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 *pode* ser utilizado pela Administração Pública e como deve ser analisada a escolha dessa porcentagem.

67. **Entende-se que faz parte do poder discricionário da Administração o estabelecimento de cota em percentual inferior** ao limite de cota reservada previsto na LC nº 123, de 2006, e do Decreto nº 8.538, de 2015,

exceto se houver norma específica que limite essa discricionariedade. Sem embargo, em razão do artigo 2º, p. único, inciso VII, da Lei nº 9.784, de 1999, **é recomendável que constem dos autos os motivos que levaram à fixação do percentual pela Administração,** em especial quando inferior ao limite de 25% (vinte e cinco por cento).

68. Outrossim, nada obstante reconhecer-se tratar-se de questão que comporta múltiplos entendimentos, é preciso fazer menção ao **limite sistemático** do percentual a ser reservado.

69. Esse limite, apesar de não se encontrar expressamente previsto na norma, é decorrência de uma interpretação sistemática dos seus dispositivos. Para aqueles que defendem sua existência, o limite sistemático buscaria, justamente, conferir coerência ao sistema, de modo a evitar que se crie uma licitação exclusiva em valor superior ao definido pelo inciso I do artigo 48 da LC nº 123, de 2006, dentro de um certame maior (*entende-se que cada item em certame é considerado uma licitação independente*).

70. Ocorre que o entendimento adotado no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU) é que a interpretação que estabelece o "limite sistemático" das cotas destinadas a micro e pequenas empresas não encontra respaldo na Constituição e na legislação brasileiras:

Despacho n. 00098/2021/DECOR/CGU/AGU

Consolide-se, por conseguinte, que em certames para aquisição de bens de natureza divisível, a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, a que se refere o art. 48, inciso III, da Lei Complementar nº 123, de 2006, não se submete ao limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), previsto no inciso I do mencionado dispositivo, observados os valores de referência e os preços praticados no mercado, uma vez que os incisos I e III são independentes e autônomos, tudo em consonância com o preceito constitucional da isonomia e com as disposições que determinam tratamento favorecido em benefício das microempresas e empresas de pequeno porte (art. 170, inciso IX, e art. 179 da CF/1988), o que legitima o legislador a promover desigualações compensatórias em benefício do segmento social materialmente desfavorecido na espécie.

71. No mesmo sentido, a propósito, é o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU), que já se pronunciou no sentido de que *"9.3.1. 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"* (**Acórdão nº 1819/2018 – Plenário TCU**).

72. Considerando a *vinculação técnica* desta Consultoria Jurídica ao posicionamento do DECOR/CGU/AGU quanto à matéria, **orienta-se ao órgão assessorado a observância do entendimento que o tratamento favorecido a micro e pequenas empresas não está submetido ao limite sistemático do artigo 48, inciso I, da LC nº 123, de 2006.**

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

73. 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 (8959940), conclusiva no sentido de que: **(a) 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 **(b), ainda, 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.

74. Registra-se, sobre o tema, que **não se aplica o tratamento diferenciado** às microempresas e empresas de pequeno porte, previsto nos artigos 6º a 8º do Decreto nº 8.538, de 2015, e nos artigos 47 e 48 da LC nº 123, de 2006, **nas hipóteses expressamente elencadas nos incisos I a IV do artigo 10 do Decreto nº 8.538,** de 2015, e artigo 49 da LC nº 123, de 2006, apresentadas as pertinentes *justificativas*:

Decreto nº 8.538, de 2015

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.

LC nº 123, de 2006

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

I - (Revogado);

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.

75. Acredita-se que, no caso específico das 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 que se falar de *desconhecimento do mercado*.

76. Assim, em sendo o caso de afastar o tratamento favorecido a ME's e EPP's, **cabe ao órgão assessorado, em cada pregão realizado, providenciar a justificativa específica**, atendo-se às hipóteses normativamente previstas, conforme determina a Lei Complementar nº 123, de 2006 e o Decreto nº 8.538, de 2015.

3.7 Da adequação da modalidade licitatória eleita

77. A modalidade de licitação denominada pregão eletrônico é admitida, nos termos da Lei nº 10.520 (artigo 1º, p. único), de 17 de julho de 2002, do Decreto nº 7.892, de 2013 (artigo 7º), de 23 de janeiro de 2013, e do Decreto nº 10.024 (artigo 1º), de 20 de setembro de 2019, para a aquisição de **bens e serviços comuns**, inclusive quando da utilização do Sistema de Registro de Preços.

Decreto nº 10.024, de 2019

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.

Decreto nº 7.892, de 2013

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.

§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.

78. Contudo, é necessário atentar que o Decreto nº 10.024, de 2019, também traz algumas *vedações* à utilização do pregão:

Decreto nº 10.024, de 2019

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.

79. Assim, **cabe ao setor competente verificar e atestar nos autos a natureza comum dos bens a serem adquiridos, bem como certificar-se, em cada caso concreto, quanto à inexistência de vedação à utilização da modalidade pregão**.

80. Ressalte-se, por oportuno, que a classificação do objeto da licitação como "*bem comum*", depende do exame do caso concreto e de análise predominantemente fática e de natureza técnica. Efetivamente, compete *tão somente* ao agente ou setor técnico da Administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão, sendo atribuição do órgão jurídico apenas analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável (**ON/AGU nº 54**, de 25 de abril de 2014).

3.8 Da utilização do Sistema de Registro de Preços

81. O Sistema de Registro de Preços consiste no procedimento de contratação de bens e serviços, que se

efetiva por meio de licitação nas modalidades concorrência ou pregão, em que as empresas assumem o compromisso de fornecer bens e serviços em prazos registrados em uma ata específica. A contratação é realizada quando melhor convier aos órgãos ou entidades que integram essa Ata.

82. A realização de pregão com a utilização do *registro de preços* demanda o enquadramento do caso concreto a uma das hipóteses **taxativas** (cf. Parecer nº 109/2013/DECOR/CGU/AGU) do artigo 3º do Decreto nº 7.892, de 2013. Havendo subsunção, **recomenda-se ao órgão assessorado indicar expressamente o(s) inciso(s) em que se enquadra a aquisição pretendida:**

Decreto nº 7.892, de 2013

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.

83. Vale registrar que, embora tenha sido utilizado o vocábulo "*poderá*", conforme consta na ementa do Parecer nº 109/2013/DECOR/CGU/AGU, "**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".

84. De mais a mais, é relevante registrar que "(...) a possibilidade de *adesão para órgão não participante* (ou seja, que não participou dos procedimentos iniciais da licitação) *não é uma obrigatoriedade* a constar impensadamente em todos os editais de pregões para registro de preço (...), mas sim uma *medida anômala e excepcional*, uma *faculdade que deve ser exercida de forma devidamente motivada*" (**Acórdão nº 757/2015 – Plenário TCU**).

85. Assim, se permitida a **adesão à ata de registro de preços**, **recomenda-se ao órgão assessorado a apresentação da pertinente fundamentação para essa decisão.**

86. Nessa hipótese, ainda, **cabe ao setor competente zelar pela observância dos limites para utilização da ata de registro de preços por órgão não participante**, conforme artigo 22, §§3º e 4º, e, em caso de *compra nacional*, artigo 22, §4º-A, todos do Decreto nº 7.892, de 2013.

87. Vale mencionar, outrossim, o Decreto nº 7.892, de 2013, previu a **necessidade de o órgão gerenciador da ata registrar e divulgar os itens a serem licitados**, em procedimento a ser operacionalizado pelo Sistema de Administração e Serviços Gerais – SIASG (artigo 4º), **podendo a divulgação da intenção de registro de preços ser dispensada, de forma justificada** pelo órgão gerenciador.

88. Por fim, **cabe à Administração observar que o artigo 12 do Decreto nº 7.892, de 2013, estatui que:**

- o **o prazo de validade da ata de registro de preços não poderá ser superior a 12 (doze) meses, incluídas as eventuais prorrogações; e**
- o **é vedado efetuar acréscimos nos quantitativos fixados na ata**, inclusive aqueles previstos no § 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

3.9 Dos critérios de sustentabilidade

89. A *promoção do desenvolvimento nacional sustentável* é diretriz a ser observada na licitação (artigo 3º da Lei 8666/93), ao lado da garantia de observância do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

90. 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). Nessa linha, 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".

91. A questão da promoção da sustentabilidade, aliás, foi objeto do recente **PARECER n. 00001/2021/CNS/CGU/AGU** da Câmara Nacional de Sustentabilidade da Consultoria-Geral da União, em que se firmou a obrigatoriedade da adoção de critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações públicas, **devendo a Administração, na impossibilidade de adoção, indicar as pertinentes razões de fato e/ou de direito para tanto:**

Parecer n. 0001/2021/CNS/CGU/AGU

I. Os órgãos e entidades que compõem a administração pública são obrigados a adotar critérios e práticas de sustentabilidade socioambiental e de acessibilidade nas contratações públicas, nas fases de planejamento, seleção de fornecedor, execução contratual, fiscalização e na gestão dos resíduos sólidos;

II. A impossibilidade de adoção de tais critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações públicas

deverá ser justificada pelo gestor competente nos autos do processo administrativo, com a indicação das pertinentes razões de fato e/ou direito;

III. Recomenda-se aos agentes da administração pública federal encarregados de realizar contratações públicas, que, no exercício de suas atribuições funcionais, consultem o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis da Advocacia-Geral da União.

92. Assim, devem ser tomados três cuidados gerais à luz dos arts. 2º e 3º do Decreto nº 7.746, de 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 artigo 28, inciso V, *segunda parte*, ou artigo 30, inciso 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 (artigos 1º e 2º da IN SLTI/MPOG nº 01, de 2010).

93. A promoção do desenvolvimento sustentável perpassa pelas diversas fases da contratação, do planejamento ao gerenciamento socioambiental adequado das embalagens e resíduos decorrentes do fornecimento dos bens e da prestação dos serviços.

94. Nesse sentido, o Decreto nº 10.024, de 2019, traz a seguinte disposição acerca do *princípio do desenvolvimento sustentável*:

Decreto nº 10.024, de 2019

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.**

95. Destaca-se a parte final do §1º do artigo 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*, **parâmetro, recomenda-se, seja observado.**

96. Na *fase de planejamento da contratação*, é importante registrar que a Lei nº 12.305, de 2010 estabelece a prioridade de aquisição para produtos reciclados e recicláveis e bens que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis (artigo 7º, inciso XI). Referida previsão legal *não depende de regulamentação* e é de *aplicabilidade imediata*.

97. Ainda nesta etapa, no tocante à *especificação técnica de bens*, ressalte-se a existência de um sistema oficial do Governo Federal, Catálogo de Materiais Sustentáveis do Ministério do Planejamento (**CATMAT Sustentável**).

98. Vale recordar, ainda, a existência do **Guia Nacional de Contratações Sustentáveis da Advocacia-Geral da União (AGU)**, que contém compilação de leis e normas de conteúdo geral e obrigatório, de modo a auxiliar o gestor na inserção nos artefatos de contratação os critérios adequados de acordo com o objeto a ser contratado. O documento, porém, *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.*

99. Por fim, observamos que **é dever da Administração conferir a destinação ambiental adequada das embalagens e resíduos que decorrerem de suas aquisições**, 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. 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.

100. Pertinente explicitar, nesse contexto, que a responsabilidade por eventual dano ambiental decorrente da inadequada destinação dos resíduos da contratação é *objetiva*.

3.10 Análise da instrução do processo

101. O artigo 8º do Decreto nº 10.024, de 2019, enumera os documentos necessários à instrução da *fase preparatória* do pregão, em seus os nove primeiros incisos, **cuja juntada aos autos deve ser providenciada pela Administração**:

Decreto nº 10.024, de 2019

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;

102. Reforça-se, por oportuno, a orientação de consulta e preenchimento da Lista de Verificação de documentos para Pregão ou SRP Pregão (atos administrativos e documentos a serem verificados- no que forem aplicáveis à hipótese), disponibilizada no sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União (**AGU**).

a) Especificação do objeto e justificativa da contratação

103. O critério de escolha do objeto é ato discricionário da autoridade administrativa, a quem compete aferir a sua adequação às finalidades institucionais, fundado nos princípios da moralidade, razoabilidade, impessoalidade e eficiência.

104. A fase interna do procedimento licitatório envolve uma série de formalidades essenciais à validade do certame e indispensáveis à obtenção de um possível contrato adequado e satisfatório. O procedimento de licitação exige a requisição do objeto, em que a autoridade competente necessita declinar quais os motivos que determinaram a abertura do processo licitatório para aquela contratação específica.

105. A Lei nº 10.520, de 2002, em seu artigo 3º, dispõe que:

Lei nº 10.520, de 2002

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

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento.

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

106. Dessarte, **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.**

107. 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.

108. A par disso, ressalte-se que, a princípio, a Lei nº 8.666, de 1993 **veda a preferência por marca** (artigo 15, §7º, inciso I), por representar restrição à ampla competitividade do certame. Todavia, não se pode olvidar que a própria Lei Geral de Licitação e Contratos, em seu artigo 7º, §5º admite *excepcionalmente* a indicação de marca, características ou especificações exclusivas, desde que tecnicamente justificável.

Lei nº 8.666, de 1993

Art. 15. (...)

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

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

Lei nº 8.666, de 1993

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.

109. Acredita-se a proibição deve ser interpretada no sentido de que a marca não poderá ser indicada como o objeto da contratação em si. Em outras palavras, 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.

110. Ademais, consoante diretrizes do Tribunal de Contas da União (nesse particular, os **Acórdãos nº 2.300/2007 - Plenário TCU** e **nº 1.344/2009 - 2ª Câmara TCU** 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*”.

111. Outra situação em que o Tribunal de Contas da União (TCU) admitiria a indicação de marca ou fabricante é para licitação de compras (inclusive *softwares*), quando a exigência destina-se exclusivamente para padronização:

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 justificacão.

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

- o na **presença de justificativa técnica sólida que demonstre a sua imprescindibilidade para a satisfação do objeto da contratacão**, inclusive para fins de padronização;
- o quando **necessária como referência de qualidade ou facilitação da descriçã do objeto**, caso em que deverá ser seguida das expressões "ou equivalente", "ou similar" e "ou de melhor qualidade".

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

Lei nº 8.666, de 1993

Art. 15. (...)

§7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: (...)

II - a definiçã das unidades e das quantidades a serem adquiridas em funçã do consumo e utilizaçã prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimacão;

114. Insta recordar que o valor contratual é determinante para fins de aplicabilidade dos termos do art. 6º do Decreto nº 8.538, de 2015 (restriçã das licitações à participaçã exclusiva das ME e EPP, para contratações de até R\$80.000,00), daí a sua importãncia para evitar a limitaçã ou ampliaçã indevida da participaçã no certame.

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

116. Daí **ser aconselhável que a área técnica aponte, nos editais de pregão por SRP, além do número máximo, as quantidades mínimas a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e pelos órgãos participantes**, conforme estabelece o artigo 9º, inciso IV, do Decreto nº 7.892, de 2013, **inclusive para cada pedido**. Isso viabiliza a obtençã de preços por atacado e, em decorrência, mais favoráveis à Administraçã (cf. trechos do voto do Min. Rel. no **Acórdão nº 4.411/2010- 2ª Câmara TCU**).

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

b) Autorizaçã para abertura da licitaçã

118. A **autorizaçã para abertura da licitaçã**, devidamente *assinada pela autoridade competente*, decorre da exigência do artigo 8º, inciso V, do Decreto nº 10.024, de 2019 e do artigo 21, inciso V, do Decreto nº 3.555, de 2000, **devendo constar nos autos do processo**.

c) Estudo técnico preliminar

119. Conforme visto, de acordo com o artigo 8º, inciso I, do Decreto nº 10.024, de 2019 o processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com estudo técnico preliminar, quando necessário, que deverá ser aprovado pela autoridade competente:

Decreto nº 10.024, de 2019

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

IV - estudo técnico preliminar - documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratacão, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor soluçã ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusã pela viabilidade da contratacão, fundamenta o termo de referênciã; (...)

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

I - elaboraçã do estudo técnico preliminar e do termo de referênciã;

II - aprovaçã do estudo técnico preliminar e do termo de referênciã pela autoridade competente ou por

quem esta delegar;

120. É válido lembrar a edição da IN SEGES/ME nº 40, de 22 de maio de 2020, que dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares (ETP), para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital.

121. Tratando-se de documento eminentemente técnico, não é competência desta Consultoria Jurídica imiscuir-se no mérito de seu conteúdo (**Enunciado BPC nº 07**). **Cabe, portanto, tão somente à Administração zelar, à luz das disposições do Decreto nº 10.024, de 2019, e da IN SEGES/MP nº 40, de 2020, pela suficiência das informações constantes no artefato.**

d) Termo de referência, aprovado pela autoridade competente

122. O inciso II do artigo 8º do Decreto nº 3.555, de 2000 e o inciso XI do artigo 3º do Decreto nº 10.024, de 2019, trazem as seguintes definições acerca do *termo de referência*:

Decreto nº 3.555, de 2000

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras: (...)

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

Decreto nº 10.024, de 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.

123. **O artefato deverá ser aprovado, motivadamente, pela autoridade competente**, conforme artigo 14, inciso II, do Decreto nº 10.024, de 2019.

e) Pesquisa de preços

124. 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.

125. Acerca do tema, dispõe a Lei nº 8.666, de 1993:

Lei nº 8.666, de 1993

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.

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;

126. 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.

127. 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 artigo 6º do Decreto nº 8.538, de 2015, e as Cooperativas enquadradas no artigo 34, da Lei nº 11.488, de 2007.

128. Sobre esse relevante procedimento, **é fundamental que a unidade assessorada observe as disposições estabelecidas pela IN SEGES/ME nº 73, de 5 de agosto de 2020**, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

129. Com efeito, as diligências concernentes à pesquisa de preços não se resumem à simples anexação de orçamentos nos autos, **sendo aconselhável 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**.

130. 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.

131. Ao fim do procedimento, **é recomendável que a pesquisa de preços seja materializada em nota técnica, contendo os elementos mínimos previstos no artigo 3º da IN SEGES/ME nº 73, de 2020**

IN SEGES/ME nº 73, de 2020

Art. 3º A pesquisa de preços será materializada em documento que conterá, no mínimo:

- I** - identificação do agente responsável pela cotação;
- II** - caracterização das fontes consultadas;
- III** - série de preços coletados;
- IV** - método matemático aplicado para a definição do valor estimado; e
- V** - justificativas para a metodologia utilizada, em especial para a desconsideração de valores inexequíveis, inconsistentes e excessivamente elevados, se aplicável.

132. Especificamente quanto às aquisições de medicamentos e insumos estratégicos de saúde, orienta-se a observância ao que dispõe o Manual com Orientações para Aquisições Públicas de Medicamentos do Tribunal de Contas da União (TCU):

Manual com Orientações para Aquisições Públicas de Medicamentos

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 unidade 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, asseverar-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”.

133. Dessa forma, nas aquisições de medicamentos e insumos estratégicos para saúde, além das recomendações de praxe, **sugere-se à Administração levar em consideração todas as peculiaridades, promovendo uma pesquisa de preço que efetivamente demonstre a vantajosidade de cada aquisição pretendida**, com atenção aos normativos que regem o procedimento.

f) Previsão de recursos orçamentários

134. 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, inciso IX, Lei nº 8.429, de 1992, e artigos 38 e 55 da Lei nº 8.666, de 1993.

135. Ademais, **é importante ao órgão assessorado providenciar as declarações a que aludem os artigos 16 e 17 da LC nº 101**, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal):

LC nº 101, de 2000

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas. (...)

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

§ 1º Os atos que criem ou aumentem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.

136. Ressalva-se que, tratando-se de *licitação para registro de preços*, admite-se que os recursos necessários ao atendimento das despesas sejam lançados no processo somente quando da formalização do contrato, conforme artigo 7º, § 2º, do Decreto nº 7.892, de 2013, e ON/AGU nº 20, de 01º de abril de 2009.

137. De toda forma, **cabe à Administração sempre zelar pela suficiência dos recursos orçamentários para fazer frente às despesas objeto deste expediente, sob pena de sua nulidade.**

g) Designação do pregoeiro e da equipe de apoio

138. **Cabe ao órgão observar as condições inerentes à designação do pregoeiro e membros da equipe de apoio**, conforme prevê o artigo 16 do Decreto nº 10.024, de 2019.

h) Orientações importantes do Tribunal de Contas da União nas aquisições de medicamentos

139. Neste 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 indicado nas notas de rodapé deste parecer referencial.

h.1) 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. Acesso em 5 set. 2018). A DDR garante a legitimidade e procedência de medicamentos importados por um terceiro.

h.2) 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. (...)

h.3) 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.

i) Comentários adicionais considerando o Decreto nº 10.024, de 2019

i.1) Modos de disputa (artigos 31 a 33)

140. O Decreto nº 10.024, de 2019, prevê modos de disputa: **(a)** aberto; ou **(b)** aberto e fechado.

141. No modo de *disputa aberta*, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com prorrogações, conforme o critério de julgamento adotado no edital. Já no modo de *disputa aberta e fechada*, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado, conforme o critério de julgamento adotado no edital.

142. **A escolha do modelo de disputa é decisão discricionária da Administração**, mas, optando pelo modo aberto, **é obrigatória a previsão em edital de 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 (artigo 31, p. único, do Decreto nº 10.024, de 2019).

i.2) Valor estimado ou valor máximo aceitável (artigo 15)

143. Em consonância com o artigo 15 do Decreto nº 10.024, de 2019, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, *poderá* não constar expressamente do edital, hipótese em que possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

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

145. Por fim, 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 **deverá** constar obrigatoriamente do instrumento convocatório.

Decreto nº 10.024, de 2019

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.

i.3) Documentação obrigatória de habilitação

146. No que concerne à *documentação obrigatória para habilitação* dos licitantes, o Decreto nº 10.024, de 2019 traz algumas inovações, **recomenda-se o cumprimento do previsto nos artigos 40 a 42 do Decreto nº 10.024, de 2019:**

Decreto nº 10.024, de 2019

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

I - à habilitação jurídica;

II - à qualificação técnica 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 do **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.

i.4) Procedimentos de verificação

147. Ainda considerando as regras concernentes à **habilitação**, quanto aos procedimentos de verificação, **tem-se por aconselhável a observância da nova disciplina** estabelecida no artigo 43 do Decreto nº 10.024, de 2019.

Decreto nº 10.024, de 2019

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

§1º Os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no Sicaf 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.

3.11 Da eventual opção pela licitação internacional

148. A opção pela realização de licitação internacional “não caracteriza um ato discricionário perfeito, uma vez que tal decisão depende de certos fatores que impulsionarão o agente público para o alargamento do certame para além das fronteiras brasileiras. Um desses fatores é, indubitavelmente, a **quase certeza (ou, até mesmo a certeza absoluta) de que empresas brasileiras ou empresas estrangeiras estabelecidas no Brasil não possuem capacidade técnica ou operacional para o atendimento**. Nessa hipótese, a instauração do certame internacional é obrigatória. Outra hipótese é aquela na qual, mesmo existindo fornecedores do bem pretendido em solo pátrio, resolve o agente público instaurar a competição internacional, por **ter nas mãos fortes indícios de que os preços praticados por essas empresas estão, devido a fatores não naturais de mercado, muito além dos praticados por empresas estrangeiras, notadamente para aquisições de vulto**” (Acórdão nº 1.332/2007 – Plenário TCU).

149. Nessa esteira, o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) é de que, “nas aquisições de objetos cujo mercado seja restrito no País, **avaliar previamente a conveniência e oportunidade de realizar licitação internacional**, nos termos dos arts. 3º e 23, § 3º, da Lei n. 8.666/1993” (Acórdão nº 1.443/2004 – Plenário TCU)

150. Confirmada a opção pela *licitação internacional*, é recomendável à área técnica **acautelar-se de inserir, no termo de referência e edital, os requisitos afetos à contratação pela modalidade em âmbito internacional.**

151. De fato, assim dispõe o 42, § 4º, da Lei n. 8.666, de 1993:

Lei nº 8.666, de 1993

Art. 42. (...)

§ 4º Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

152. Logo, por força legal, **os mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros** quanto à operação final de venda **deverão ser acrescidos às propostas dos licitantes estrangeiros**, tratando-se de ficção jurídica criada para preservar a isonomia entre os competidores e resguardar o desenvolvimento *nacional* (artigo 3º da Lei n. 8.666, de 1993).

153. Aplicável, ainda, ao caso o artigo 32, § 4º, da Lei nº 8.666, de 1993, e o artigo 41 do Decreto nº 10.024, de 2019, em relação à **habilitação**:

Lei nº 8.666, de 1993

Art. 32. (...)

§ 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores **mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.**

Decreto nº 10.024, de 2019

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.

154. Caso se opte por permitir *cotação em moeda estrangeira*, vale mencionar as disposições do artigo 1º, p. único, inciso I, da Lei nº 10.192, de 2001, e do artigo 2º, inciso I, e 3º do Decreto-Lei nº 857, de 1969, que trazem as hipóteses em que, *atualmente*, possível a estipulação de pagamentos em moeda estrangeira:

Lei nº 10.192, de 2001

Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

I - pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;

Decreto-Lei nº 857, de 1969

Art 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior:

I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias; (...)

Art 3º No caso de rescisão judicial ou extrajudicial de contratos a que se refere o item I do artigo 2º deste Decreto-lei, os pagamentos decorrentes do acerto entre as partes, ou de execução de sentença judicial, subordinam-se aos postulados da legislação de câmbio vigente.

155. É necessário ressaltar, contudo, que, recentemente foi editada a Lei nº 14.286, de 2021, que entrará em vigência a partir de **29 de dezembro de 2022**. A nova legislação passará a regular a *validade* dos contratos celebrados em moeda estrangeira em seu artigo 13:

Lei nº 14.286, de 2021

Art. 13. A estipulação de pagamento em moeda estrangeira de obrigações exequíveis no território nacional é admitida nas seguintes situações:

I - nos contratos e nos títulos referentes ao comércio exterior de bens e serviços, ao seu financiamento e às suas garantias;

II - nas obrigações cujo credor ou devedor seja não residente, incluídas as decorrentes de operações de crédito ou de arrendamento mercantil, exceto nos contratos de locação de imóveis situados no território nacional;

- III - nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre residentes, com base em captação de recursos provenientes do exterior;
- IV - na cessão, na transferência, na delegação, na assunção ou na modificação das obrigações referidas nos incisos I, II e III do *caput* deste artigo, inclusive se as partes envolvidas forem residentes;
- V - na compra e venda de moeda estrangeira;
- VI - na exportação indireta de que trata a Lei nº 9.529, de 10 de dezembro de 1997;
- VII - nos contratos celebrados por exportadores em que a contraparte seja concessionária, permissionária, autorizatória ou arrendatária nos setores de infraestrutura;
- VIII - nas situações previstas na regulamentação editada pelo Conselho Monetário Nacional, quando a estipulação em moeda estrangeira puder mitigar o risco cambial ou ampliar a eficiência do negócio;
- IX - em outras situações previstas na legislação.

Parágrafo único. A estipulação de pagamento em moeda estrangeira feita em desacordo com o disposto neste artigo é nula de pleno direito.

156. Em qualquer hipótese em que permitida a *cotação em moeda estrangeira*, alerta-se a Administração para necessidade de conceder igual oportunidade ao concorrente nacional (artigo 42, §1º, Lei nº 8.666, de 1993), ressaltando-se que **o pagamento sempre será feito em moeda brasileira à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior ao pagamento** (artigo 42, § 2º, Lei n. 8.666, de 1993).

157. Outro ponto que merece destaque é a necessidade de **estabelecimento de regras quanto ao desembaraço alfandegário** das mercadorias enviadas pela possível contratada estrangeira.

158. Entes e entidades da Administração Pública Federal que costumeiramente trabalham com importação em suas atividades, como por exemplo aquisição de equipamentos hospitalares, medicamentos e produtos químicos, têm como praxe contratar empresa ou profissional especializado no desembaraço aduaneiro (execução indireta), o que as permite, em regra, subtrair este custo do fornecedor estrangeiro e tornar o certame mais atrativo aos competidores.

159. Em licitações em que concorrem *simultaneamente empresas nacionais e estrangeiras*, acredita-se que os custos pelo desembaraço ao futuro fornecedor deverão compor o preço final da ofertante, cujo detalhamento se dará por meio de planilha de formação de preço, sendo que sua omissão pode representar uma diminuição fictícia do valor da proposta internacional a comprometer a lisura da disputa. Lado outro, a assunção deste custo pela contratada sem que se detalhe na formação do seu preço tem ainda o potencial de tornar a proposta inexecutável.

160. **Sugere-se, então, à Administração Pública cercar-se de todas as cautelas para que o ônus recaia efetivamente sobre a contratada, devendo ainda certificar-se que estes já estejam inclusos na composição do preço que será ofertado pela licitante estrangeira**, sob pena de desequilíbrio à necessária isonomia da competição, haja vista as empresas nacionais, que trabalham com produtos importados, terem que arcar com tais custos que, sabidamente, comporão a sua oferta lançada para a disputa.

161. Trata-se, imperioso reconhecer, de *questão bastante complexa e que demanda estudos prévios* por parte do órgão assessorado a fim de lhe conferir segurança para decidir qual o modelo que melhor se adequa às particularidades do órgão e suas demandas, sempre atentando que a busca pela proposta mais vantajosa deve ser ponderada pela igualdade de oportunidade aos licitantes. Por essa razão, não cabe à Consultoria Jurídica indicar qual o modelo mais adequado, mas sim zelar para que o gestor o faça a escolha de forma fundamentada. **Recomenda-se, pois, atenção da Administração em relação à questão.**

3.12 Regularidade sanitária

162. 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.

3.13 Da minuta de termo de referência

163. 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.

164. A minuta do termo de referência foi confeccionada pela área técnica e encontra-se encartada aos autos (0027463947).

165. Sabe-se ser aconselhável, conforme o Enunciado BPC nº 06 e o artigo 18 da Portaria CGU nº03, de 2019, aos órgãos e às entidades da Administração Direta, autárquica e fundacional federais a utilização das minutas padronizadas de Projetos Básicos e Termos de Referência da Advocacia-Geral União (AGU), cabendo a eles, quando optarem por sua alteração ou não utilização, apresentar as devidas justificativas, anexando-as aos autos. Por essa razão, a presente análise pautar-se-á pelos modelos *mais recentes* de minuta padrão constates no sítio eletrônico daquela instituição.

166. A esse propósito, é recomendável que o órgão assessorado periodicamente acesse o sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União (AGU) para verificar a existência de atualização dos modelos de artefatos da contratação,

mantendo-os em linha com as inovações normativas, orientações dos órgãos de controle e boas práticas administrativas.

167. Em relação ao *objeto* (1), **cabe à Administração avaliar a pertinência de inclusão da vigência estimada da contratação.**

Sugestão de redação

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

168. Sobre a vigência dos contratos celebrados para compra de medicamentos, insumos estratégicos para saúde e correlatos, aliás, vale mencionar que o *caput* do artigo 57 da Lei n. 8.666, de 1993, estabelece, como regra, que a duração dos contratos regidos pela Lei nº 8.666, de 1993, ficará *adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários*.

169. **Todavia**, conforme a ON/AGU nº 39, de 2011, tem-se que a vigência dos contratos regidos pelo artigo 57, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993 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 apagar.

170. Quanto à *classificação dos bens* (5), **recomenda-se a adequação da redação ao conceito do artigo 3º, inciso II, do Decreto nº 10.024, de 2019:**

Sugestão de redação

5.1. Trata-se de aquisição de bem comum, **pois seus padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado**, e, portanto, a ser contratada mediante licitação, na modalidade pregão, em sua forma eletrônica.

171. No que concerne à *apresentação de amostra, protótipo ou catálogo* (6), **cabe à Administração:**

- **avaliar a conveniência de criar itens autônomos para tratar de cada uma dessas exigências** Isso porque são elementos exigidos em momentos completamente distintos do certame: o *catálogo* acompanha a proposta; a *amostra* é critério de seleção; e o *protótipo* compõem a fase de execução contratual; e
- **justificar a demanda de apresentação de catálogo apenas da licitante classificada em primeiro lugar, e não de todas as concorrentes**, considerando que o documento contém elementos essenciais à identificação do objeto e de sua conformidade com as exigências do edital.

172. Quanto à *entrega e critérios de aceitação do objeto* (7), **sugere-se à área técnica:**

- **assegurar que o prazo previsto no item 7.6 estará em consonância com aqueles do 10.1.14 e 10.1.15;**
- **atenção em relação à nota explicativa ao final do tópico**, que parece não referir-se a esse capítulo ou, no mínimo, contém referência incorreta, **o que reclama correção;**

173. No que atine às *obrigações da contratante* (9), **orienta-se ao órgão assessorado:**

- **limitar expressamente a incidência da cláusula 9.1.6 às licitações que adotarem o Sistema de Registro de Preços;** e

Sugestão de redação

9.1.6. **Nas licitações para registro de preço**, realizar a cada seis meses a pesquisa de mercado para comprovação de vantagem, conforme o art. 9º, inciso XI do Decreto nº 7.892/201

- **a inclusão de cláusula que isenta a Administração dos compromissos assumidos pela contratada com terceiros.**

Sugestão de redação

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

174. No que concerne às *obrigações da contratada* (10), **recomenda-se ao órgão assessorado a inclusão de disposições que obriguem a empresa:**

- **a promover a destinação ambientalmente adequada de resíduos decorrentes da execução contratual**, bem como de quaisquer outras obrigações eventualmente adequadas a partir das sugestões constantes no Guia Nacional de Contratações Sustentáveis da Advocacia-Geral da União (AGU); e

Sugestão de redação

10.1.21. promover a destinação final ambientalmente adequada, sempre que a legislação assim o exigir, como nos casos de pneus, pilhas e baterias, etc...

- o **a entregar documentos relativos à manutenção das condições de habilitação.**

Sugestão de redação

10.2. Quando não for possível a verificação da regularidade no Sistema de Cadastro de Fornecedores – SICAF, a empresa contratada deverá entregar ao setor responsável pela fiscalização do contrato, até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação dos serviços, os seguintes documentos: 1) prova de regularidade relativa à Seguridade Social; 2) certidão conjunta relativa aos tributos federais e à Dívida Ativa da União; 3) certidões que comprovem a regularidade perante a Fazenda Municipal ou Distrital do domicílio ou sede do contratado; 4) Certidão de Regularidade do FGTS – CRF; e 5) Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, conforme alínea "c" do item 10.2 do Anexo VIII-B da IN SEGES/MP n. 5/2017;

- o **acautelar-se para evitar repetições ou cláusulas similares** (p. ex., 10.1.3 e 10.1.14 e 10.1.15).

175. Quanto à *subcontratação* (11), inexistindo vínculo direto entre a Administração e subcontratada, o único interesse do ente contratante é em relação à *capacidade técnica* do executante, de modo a garantir a adequada execução do objeto. **É aconselhável, pois, adequar o item 11.2 para limitar a avaliação da Administração à qualificação técnica da subcontratada.**

Sugestão de redação

11.2. A subcontratação depende de autorização prévia da Contratante, a quem incumbe avaliar se a subcontratada cumpre os requisitos de qualificação técnica necessários para a execução do objeto.

176. Observa-se que o *controle da execução* (13) contém disposição que regula as competências do fiscal do contrato (13.4). Além de tratar-se de *matéria interna* do órgão assessorado, eventual edição de ato normativo que altere as competências do fiscal do órgão reclamaria o aditamento dos contratos. **Convém à Administração, pois, avaliar a pertinência de manutenção da cláusula 13.4 no termo de referência.**

177. Em relação às *sanções administrativas* (14), **sugere-se:**

- o **a inclusão de disposição que expressamente permita a aplicação cumulativa da multa com as demais sanções elencadas no termo de referência.**

Sugestão de redação

14.4. As sanções previstas nos itens 14.2.1, 14.2.5, 14.2.6. e 14.2.7 poderão ser aplicadas à CONTRATADA juntamente com as de multa, descontando-a dos pagamentos a serem efetuados

- o **supressão da nota explicativa que diz respeito ao limite de 10% da multa moratória** Inexistente parâmetro legal, o limite da multa moratória deve ser fixado a critério do órgão contratante, considerando o tempo máximo em que o adimplemento do contrato deixa de ser interessante para a Administração e a sanção perde a natureza de medida coercitiva sobre a contratada para cumprimento do objeto.

178. Não foram encontradas disposições relativas ao *pagamento, reajuste, garantia de execução, garantia contratual dos bens, critérios de seleção do fornecedor* (com exceção da qualificação técnica) e *estimativa de preços e preços referenciais*, **sendo recomendável ao órgão assessorado a complementação da minuta a partir da redação constante nos modelos de minuta padrão da Advocacia-Geral da União (AGU).**

179. Ademais, nas *disposições gerais* (15), **orienta-se à Administração, a partir da análise de cada caso, apresentar no termo de referência a justificativa para:**

- o **eventual não permissão de participação de empresas reunidas em consórcio**, na forma exigida pelo artigo 33 da Lei nº 8.666, de 1993, e pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (**Acórdão nº 2.869/2012 - Plenário TCU**);
- o **eventual não permissão de participação de cooperativas**; e
- o **admissão ou não admissão de adesão de órgãos não participantes** nas licitações para registro de preços, consoante orientação do Tribunal de Contas da União (**Acórdão nº 757/2015 – Plenário TCU**).

180. Por fim, **reitere-se à necessidade de o órgão assessorado providenciar a aprovação da versão final do termo de referência pela autoridade competente**, na forma do artigo 14, inciso II, do Decreto nº 10.024, de 2019.

3.14 Da minuta de edital

181. A **minuta do edital** foi elaborada pelo setor competente, encontra-se anexado aos autos (0027623529).

182. A análise perfunctória da minuta de instrumento convocatório indica que a área assessorada está bastante ciente dos mecanismos a serem inseridos no edital em caso (ou não) de adoção do Sistema de Registro de Preços. Além disso, os modelos de minuta-padrão da Advocacia-Geral da União (**AGU**) também são claras nessa distinção. Por essas razões, optou-se pelo abandono da metodologia adotada no Parecer Referencial n.

183. Reforça-se, por oportuno, a recomendação para que o órgão assessorado periodicamente acesse o sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União (**AGU**) para verificar a existência de atualização dos modelos de edital para aquisições, mantendo-os em linha com as inovações normativas, orientações dos órgãos de controle e boas práticas administrativas.

184. Esclarecida essa questão, passa-se à análise da minuta de edital.

185. De início, **cabe à unidade requisitante assegurar que conste no preâmbulo de edital o ato normativo de designação de pregoeiros atualizada.**

186. Observa-se que a minuta de edital acostada aos autos contempla a descrição do objeto, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por eventuais inadimplementos e as condições de fornecimento, em atendimento ao inciso III do artigo 4º da Lei 10.520, de 2002.

187. Sem embargo, entende-se que algumas ponderações específicas acerca do documento mostram-se pertinentes.

188. Com efeito, em relação à *participação no pregão* (6), **orienta-se à Administração:**

- o **esclarecer a possibilidade (ou não) de participação de sociedades cooperativas nos certames, apresentando as pertinentes justificativas para a decisão e promovendo as adaptações necessárias no instrumento convocatório**, considerada a redação constante nos modelos de minuta padrão disponibilizados pela Advocacia-Geral da União (**AGU**) em seu sítio eletrônico; e
- o no item 6.6.6, **suprimir a menção à IN SLTI/MP nº 2**, de 16 de setembro de 2009, dada sua revogação pela IN SEGES/ME nº 102, de 2020, **mantendo, contudo, a necessidade de que a proposta seja elaborada de forma independente**. Com isso, **é possível a supressão do item 11.18.5.**

189. Quanto à *apresentação da proposta e dos documentos de habilitação* (7), **recomenda-se ao órgão assessorado a supressão dos itens 7.10 e 7.11 por trazerem mera repetição do contido nas cláusulas 29.3 e 5.4.**

190. No que concerne à *elaboração da proposta* (8), tendo em vista que o artigo 48, §3º, do Decreto nº 10.024, de 2019, estabelece, como regra, a validade das propostas como de 60 (sessenta) dias, **é aconselhável eventual exigência de prazo superior, embora possibilitada pela norma quando as peculiaridades da licitação demandarem, seja acompanhada pela apresentação dos fundamentos que motivaram a decisão.**

191. Quanto à *formulação de lances* (9), reitera-se à unidade requisitante que, adotado o modelo de disputa aberto, é obrigatória a previsão de intervalo mínimo de diferença de valores ou percentuais entre lances, na forma do artigo 31, p. único, da Lei nº 10.024, de 2019.

192. Em relação à *aceitabilidade da proposta vencedora* (11), constata-se, no item 11.2 (e seus subitens), a existência de disposições incompletas (por não expressarem todas as hipóteses de desclassificação), deslocadas quanto ao tema central da cláusula ou redundantes. **Sugere-se, pois, a adequação da cláusula nesses termos:**

Sugestão de redação

11.2 Sem prejuízo das medidas do subitem 9.2, será desclassificada a proposta ou o lance vencedor, apresentar preço final superior ao preço máximo fixado (Acórdão nº 1455/2018 -TCU - Plenário), desconto menor do que o mínimo exigido ou que apresentar preço manifestamente inexecutável.

11.2.1 Considera-se inexecutável a proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

193. Ainda nesse tópico, **recomenda-se as seguintes adequações:**

- o **supressão dos itens 11.8, 11.8.1 e 11.8.2**, dado que o procedimento de negociação já está regulado pelo 9.27;
- o **supressão do item 11.13**, pois repetição do 11.6;
- o **manter o item 11.14 apenas nas licitações para registro de preços;**
- o **supressão do item 11.18**, porque o conteúdo da proposta já consta de outros tópicos presentes no edital;
- o **realocação dos itens 11.19/20 para antes do 11.11**, por pertinência lógica (o item 11.11 inaugura as regras acerca dos institutos anunciados pelos itens 11.19/20; e
- o **supressão do item 11.22**, por ser repetição do 6.6.2.

194. Quanto à *apresentação de amostra, protótipo ou catálogo* (12), conforme já destacado, somente a primeira insere-se na *etapa de seleção* da licitação e, portanto, tem o condão de gerar fase adicional no certame, exigindo disposições específicas no edital.

195. **Sugere-se, assim, a retirada das menções ao protótipo e ao catálogo do tópico. Desejando, a**

Administração poderá inserir o catálogo na lista de documentos que acompanham a proposta.

Sugestão de redação

8.1.6. catálogo ou prospecto, conforme descrição constante no termo de referência.

12. DA APRESENTAÇÃO DA AMOSTRA

12.1. Não será necessária a apresentação de amostras.

OU

12.1 Deverá ser apresentada amostra, conforme disposto no termo de referência. (...)

12.3.6. Os exemplares colocados à disposição da Administração ~~serão tratados como protótipos, podendo~~ **podem** ser manuseados e desmontados pela equipe técnica responsável pela análise, não gerando direito a ressarcimento.

196. No que diz respeito à *habilitação* (13), destaca-se que é fundamental que a Administração observe que as exigências demasiadas poderão prejudicar a competitividade da licitação e ofender o disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual preceitua que “o processo de licitação pública (...) somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

197. Nessa linha, a documentação a ser exigida para habilitação em licitações vem, exaustivamente, enumerada nos artigos 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

198. No ponto, **sugere-se à Administração:**

- o **suprimir o item 13.3.4.** Isso porque essa disposição abre margem à possibilidade de solicitação de habilitação fiscal exigida no edital, após a apresentação da proposta, como documento complementar. Ocorre que o artigo 26, §9º, do Decreto nº 10.024, de 2019 estabelece que documentos complementares de habilitação serão encaminhados quando "*necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e já apresentados*". Não podem ser, portanto, os próprios documentos já exigidos no edital e não apresentados. Assim, ao contrário do estabelecido no item 13.3.4, como os documentos de habilitação fiscal são exigidos no edital, não podem serem pedidos pelo pregoeiro como "*complementares*".
- o **complementar a redação do item 13.7**, com base no modelo mais recente da Advocacia-Geral da União (AGU);

Sugestão de redação

13.7. Se o licitante for a matriz, todos os documentos deverão estar em nome da matriz, e se o licitante for filial, todos os documentos deverão estar em nome da filial, exceto para **atestado de capacidade técnica**, e no caso daqueles documentos que, pela própria natureza, comprovadamente, forem emitidos somente em nome da matriz.

- o **adequar o item 13.9.2**, em razão da revogação da figura da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), pela Lei nº 14.382, de 2022, e da "criação" da Sociedade Limitada Unipessoal (SLU), pela Lei nº 13.874, de 2019:

Sugestão de redação

13.9.2 **Sociedade empresária, sociedade limitada unipessoal – SLU ou sociedade identificada** como empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI: inscrição do ato constitutivo, estatuto ou contrato social no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo da Junta Comercial da respectiva sede, acompanhada de documento comprobatório de seus administradores;

- o **acautelar-se que as exigências do item 13.22 referem-se a documentos equivalentes aos exigidos dos licitantes nacionais**, na forma do artigo 32, §4º, da Lei nº 8.666, de 1993, e do artigo 41 do Decreto nº 10.024, de 2019. É que da breve análise do tópico vislumbra-se a presença de documentos que, a princípio, não encontram paralelo com aqueles previstos no artigo 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993, a exemplo do *legal opinion* (14.22.2.3). Nesse contexto, **é aconselhável que os documentos que constem no tópico 13.22 sejam acompanhados das pertinentes justificativas da área técnica**, na forma do artigo 50, inciso II, da Lei nº 9.784, de 1999.

199. Quanto aos *recursos* (15), **orienta-se avaliar a pertinência de manutenção do item 15.6. no edital** já que o procedimento ali previsto já foi descrito, no mesmo tópico, no item 15.2.

200. Observa-se, ademais, que a minuta de edital conta com previsão de *garantia de execução contratual* (18). Trata-se de faculdade do artigo 56 da Lei nº 8.666, de 1993, e os valores constantes na minuta de edital estão em consonância aos limites legais.

201. Lado outro, na hipótese de entender pela *desnecessidade* da garantia de execução contratual em algum caso concreto, **é recomendável à Administração consignar nos autos as justificativas para sua decisão**, nos termos do artigo 2º, p. único, inciso VII, da Lei nº 9.784, de 1999.

202. Quanto à *ata de registro de preços* (19), tendo em vista a existência de previsão idêntica na cláusula 4.1, **sugere-se a retirada do item 19.6.**

203. No que diz respeito ao *termo de contrato ou instrumento equivalente* (20), **recomenda-se a retirada da minuta dos itens 20.7 e 20.13**, por possuírem redação praticamente idêntica, respectivamente, ao item 20.6 e 20.5.

204. Em relação ao *preço* (21), **orienta-se a previsão de critério de reajuste de preços, inclusive em contratos com prazo de vigência inicial inferior a doze meses**, como forma de contingência para o caso de, *excepcionalmente*, decorrer, ao longo da vigência do instrumento, o interregno de um ano contado a partir da data limite para a apresentação da proposta na respectiva licitação. Como sugestão de redação, recomenda-se a utilização do texto constante no modelo de minuta-padrão de termo de referência da Advocacia-Geral da União (AGU).

205. Ademais, **convém à Administração avaliar a necessidade de manutenção do item 21.2 no edital** pois previsão idêntica já está no 20.10.

206. No que concerne ao *recebimento do objeto e da fiscalização* (22) e às *obrigações da contratante e da contratada*, conquanto seja possível constatar a inserção no edital *apenas* de obrigações específicas relativas a licitações internacionais, tratam-se de assuntos regulamentados, de modo mais detalhado, no termo de referência.

207. Diante disso, **cabe ao órgão assessorado avaliar a pertinência de concentrar no termo de referência as disposições relativas às mesmas temáticas**, de modo a facilitar a compreensão das condições de fornecimento dos bens licitados, em atendimento à diretriz do artigo 2º, p. único, inciso IX, da Lei nº 9.784, de 1999. Nesta hipótese, no edital constaria tão somente remissão às previsões do termo de referência.

208. Quanto ao *pagamento* (24), o prazo do item 24.1 parece destoar do estabelecido no artigo 40, inciso XIV, alínea "a", da Lei nº 8.666, de 1993, que prevê o pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da *data final do período de adimplemento* de cada parcela, assim entendido, por força do item 4.1 do Anexo XI da IN SEGES/MP nº 05, de 2017 (incidente ao caso *por analogia*), o *atesto das notas fiscais e faturas*. Assim, após o ateste, eventuais tramitações internas da nota fiscal ou da fatura necessárias para operacionalização do pagamento devem ser computadas na contagem do prazo.

209. **É recomendável, pois, a adequação das disposições relativas ao pagamento**, de modo a evitar qualquer questionamento acerca da legalidade da disposição constante em edital. Como sugestão de redação, recomenda-se a utilização da redação constante no modelo de minuta-padrão de termo de referência da Advocacia-Geral da União (AGU).

210. No que diz respeito ao *pagamento para empresa estrangeira* (25), **cabe à Administração avaliar a correção do termo inicial do prazo para pagamento indicado no item 25.3 do edital**. Isso porque ali consta que o *dies a quo* seria a *entrega do produto* (e não o ateste das notas fiscais). Além de problemas de ordem administrativa, a disposição poderia *potencialmente* ser interpretada como violadora da isonomia entre licitantes nacionais e estrangeiras.

211. No tópico relativo às *sanções* (26), **acredita-se que a remissão constante no item 26.4 deve ser alterada para "26.1"**.

212. Já nas *disposições gerais* (29), considerando a aplicabilidade do item 29.5 para licitações com e sem sistema de registro de preços, **é recomendável a supressão da nota explicativa que o antecede**.

213. Por fim, observa-se que os *anexos* do edital foram enumerados no item 29.12.

214. **Sugere-se atenção à Administração quanto à eventual necessidade de adição de anexos** para atendimento do disposto no artigo 40, §2º, da Lei nº 8.666, de 1993, e das circunstâncias do caso concreto, **com eventual apresentação de justificativas em caso de inaplicabilidade**. A título de exemplo, colhe-se que, no referido tópico, não há previsão do orçamento-base do certame, o que seria exigência do Tribunal de Contas da União (TCU) para licitações internacionais.

Acórdão nº 1312/2009 - Plenário TCU

Em concorrência internacional, também é necessária a inclusão do orçamento-base do certame, expresso por meio de planilhas com a estimativa das quantidades e dos preços unitários, como anexo ao instrumento convocatório.

3.15 Minuta da ata de registro de preços

215. A **minuta da ata de registro de preço** é o Anexo III do edital (0027623529) e foi confeccionada considerando o modelo de minuta padrão disponibilizado pela Advocacia-Geral da União (AGU), em atendimento ao Enunciado BPC nº 06. São pertinentes, também para este artefato, as recomendações lançadas nos §§ 166 e 183 deste parecer.

216. Os **limites** estabelecidos para adesões estão dentro daqueles previstos no artigo 22, §§3º, 4º e 4º-A, do Decreto nº 7.892, de 2013.

217. Em conformidade à legislação de regência, o prazo de validade do registro é de 12 (doze) meses e há previsão da realização de pesquisa de mercado periodicamente, o que deverá ser observado pela Administração para comprovação da vantajosidade dos valores registrados.

218. Julga-se oportuno reforçar, neste tópico, que, conforme orientações da SEGES/ME e do TCU, **nas licitações destinadas ao registro de preços, a adjudicação por preço global é excepcional**, sendo incompatível, a princípio, com a futura aquisição individual dos bens componentes do grupo.

219. Assim, se eventualmente adotada essa forma de adjudicação, **sugere-se a inclusão na ata de registro de preços as seguintes disposições:**

Sugestão de redação

8.3. No caso de adjudicação por preço global de grupo de itens, só será admitida a contratação dos itens nas seguintes hipóteses.

8.3.1. contratação da totalidade dos itens de grupo, respeitadas as proporções de quantitativos definidos no certame; ou

8.3.2. contratação de item isolado para o qual o preço unitário adjudicado ao vencedor seja o menor preço válido ofertado para o mesmo item na fase de lances

220. A par disso, não foram constatadas impropriedades jurídicas que impeçam, após o atendimento das recomendações constantes nesta manifestação e a realização de prévio e regular processo licitatório, a utilização do instrumento pela Administração.

3.16 Minuta de contrato

221. A **minuta** do termo de contrato consta como Anexo IV do edital (0027623529) e contém, no que cabíveis, as cláusulas necessárias previstas no artigo 55 da Lei nº 8.666, de 1993. Além disso, em atenção ao Enunciado BPC nº 06, verifica-se que a unidade requisitante adotou o modelo de contrato disponibilizado no sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União (AGU).

222. Aqui, mais uma vez, reitera-se, para este artefato, as recomendações lançadas nos §§ 166, 183 e 215 deste parecer.

223. No mais, em relação à cláusula segunda (*vigência*), é conveniente alertar o órgão assessorado que a *regra* para contratos de aquisição é a regência pelo artigo 57, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993.

224. Dessa forma, **a utilização de qualquer um dos incisos do artigo 57** da Lei nº 8.666, de 1993, para regular a vigência da contratação **deve vir acompanhada da justificativa para enquadramento** do caso na correspondente hipótese legal, **bem como da comprovação do cumprimento das exigências normativas**.

225. Após a análise da minuta, não se vislumbram impropriedades jurídicas que impeçam, após o atendimento das recomendações constantes nesta manifestação e a realização de prévio e regular processo licitatório, a subscrição do instrumento pela Administração.

3.17 Considerações finais

226. Ressalte-se que o termo de referência, a minuta do edital, a eventual minuta de contrato e de ata de registro de preços devem estar compatíveis entre si, de forma que os instrumentos devem ser submetidos à revisão para que não haja contradição em suas disposições.

227. Nesse contexto, cumpre ao órgão **assegurar que as cláusulas que se repetem em mais de uma peça – pagamento, sanções, obrigações, fiscalização, etc. – sigam sempre a mesma redação, sem discrepâncias entre as diversas versões. Tal cautela deve ser redobrada quando da inserção de adaptações ou alterações, inclusive em razão das recomendações feitas no presente parecer.** Do contrário, caso a mesma cláusula contenha redações distintas em cada peça, abre-se espaço para o surgimento de potenciais transtornos e controvérsias no decorrer da licitação ou da execução contratual – situação que obviamente deve ser evitada a todo custo.

228. Além disso, **orienta-se à Administração especial cautela quanto à (re)numeração de itens e subitens dos artefatos da contratação em relação aos modelos de minuta padrão disponibilizados pela Advocacia-Geral da União (AGU)**, quando da inclusão ou exclusão de elementos em decorrência de adequações ou do atendimento das recomendações constantes nesta manifestação.

229. Por tratar-se de trabalhos meramente burocráticos, sem contornos jurídicos, não adentraremos nessas esferas, mas fica registrada a extrema importância das tarefas acima.

230. De mais a mais, tendo em vista recente posicionamento da Advocacia-Geral da União (AGU), em decorrência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), **deve a Administração abster-se de informar dados pessoais de contratante e contratado nos artefatos da contratação (ata de registro de preços, contrato e instrumentos equivalentes, etc.):**

Parecer n. 00004/2022/CNMLC/CGU/AGU

I - Manifestação jurídica sobre a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados nos modelos de licitação e contratos elaborados no âmbito desta Câmara. Respostas a questionamentos formulados por áreas técnicas. Teses iniciais para fundamentar a inserção de cláusulas gerais a esse respeito. Possibilidade de aprofundamento da matéria mediante provocação específica. Abertura para sugestões quanto às

cláusulas pelo e-mail cgu.modeloscontratacao@agu.gov.br.

II - no que se refere à transferência internacional de dados pessoais, a contratação é possível nas hipóteses do art. 33 da LGPD, atentando-se para o fato de que pontuais incisos ainda aguardam regulamentação por parte da ANPD e de que a transferência para empresas privadas necessita observar o art. 26 da LGPD;

II.1 - enquanto não é editada essa regulamentação, em especial no que se refere às contratações públicas, recomenda-se inserção de cláusula genérica nas minutas contratuais que eventualmente possam exigir transferência internacional;

II.2 - caso a própria Administração necessite efetuar transferência internacional de dados, também deverá observar essas hipóteses restritas do art. 33 da LGPD, bem como o art. 26 desta Lei;

III - a contratação de suboperador de dados é, em princípio, lícita, pois não há vedação na legislação vigente;

III.1 - respondem, de forma solidária, todos os agentes de tratamento pelos danos eventualmente causados;

III.2 - recomenda-se que haja inclusão de cláusula para tratar do tema dos impactos da LGPD nas subcontratações;

IV - pode ser exigida declaração da contratada de que seu pessoal cumpre adequadamente a LGPD, todavia, caso se entenda necessário que seus empregados firmem declaração individual de que cumprem essa Lei, pode-se usar como sugestão o modelo constante do item "C" desse parecer;

V - entende-se possível a exigência de uma declaração que dê conta da adaptação da licitante ou contratada aos termos da LGPD, inclusive no que se refere ao conhecimento necessário dos empregados para o cumprimento dos deveres da Lei;

VI - é possível que a Administração realize diligências para aferir o cumprimento da LGPD pela licitante ou pela contratada;

VII - é recomendável inclusão de disposições específicas na documentação de contratação para abordar as questões tratadas, podendo-se adotar, como sugestão, a cláusula genérica contida no item "F" desse parecer;

VIII - com relação às minutas, recomenda-se supressão de números de documentos pessoais, notadamente nos contratos, bem como de exigência de atestados de antecedentes criminais, uma vez que a possibilidade dessa exigência é excepcional;

VIII.1 - admite-se que a Administração continue exigindo comprovação de exames admissionais e demissionais, devendo tal documentação ser guardada apenas enquanto não prescritas as obrigações trabalhistas correlatas e somente para a finalidade de comprovar o cumprimento dessas obrigações;

VIII.2 - quanto ao dado pessoal do endereço, que somente foi localizado na minuta de contrato de locação, é recomendável que seja suprimido quando o locador for pessoa natural, uma vez que a divulgação desse instrumento poderia expor indevidamente esse dado. Nesse caso, tal dado deverá ser arquivado em local à parte, uma vez que a Administração poderá necessitar dele para eventual contato com o locador, inclusive para eventual citação ou intimação em processos judiciais ou administrativos;

IX - quando exigido documento pessoal para fins de identificação de pessoa responsável por realizar vistoria em procedimento licitatório, é recomendável que no termo de vistoria conste consentimento da pessoa para que seu nome e documento fiquem no processo e que possam ser acessados por terceiros, ante a natureza pública do processo; e

X - recomenda-se a observância dos itens complementares, inseridos no presente estudo para além dos questionamentos formulados.

231. Destaca-se, ainda, que a **publicação** é elemento formal essencial à produção de efeitos do ato administrativo, consistindo seu principal requisito de eficácia. Desse modo, **deverá haver publicação do aviso de edital**, na forma do artigo 4º, inciso I e II, da Lei nº 10.520, de 2002, e do artigo 3º, inciso I, e artigo 8º, inciso XIII, "a", do Decreto nº 10.024, de 2019, **observadas, ainda, as exigências da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)**.

Acórdão nº 2672/2017 - Plenário TCU

Em *licitações internacionais*, exige-se a publicação do edital em idioma estrangeiro e sua divulgação no exterior, uma vez que o atendimento ao princípio da publicidade deve estar em consonância com o âmbito que se pretende dar à *licitação* e, em consequência, com o conjunto de interessados que se intenta atrair, o qual deve incluir empresas estrangeiras não estabelecidas no país.

232. No entanto, caso o assessorado entenda pela inviabilidade da publicação do edital em idioma estrangeiro, **recomenda-se esforços para que, ao menos, promova a divulgação do extrato (com as informações principais do certame) em idioma estrangeiro no sítio eletrônico do órgão promotor do certame, bem como verificar a possibilidade de divulgação em sítios eletrônicos especializados em divulgação de certames internacionais** (como exemplo, cita-se o sítio <https://www.dgmarket.com>, pela experiência no assessoramento de outros órgãos desta Consultoria Jurídica).

233. Por derradeiro, depois de atendidas as recomendações constantes nesta manifestação, **reforça-se à unidade requisitante a importância de que encarte aos autos nova e atualizada lista de verificação de documentos, preferencialmente aquela disponibilizada pela Advocacia-Geral da União (AGU), devida e completamente preenchida, e com identificação do servidor responsável por sua confecção, na forma do artigo 22, §1º, da Lei nº 9.784, de 1999, com vistas a garantir a suficiência da instrução destes autos.**

4. CONCLUSÃO

234. Diante do exposto, sob os aspectos estritamente jurídicos, ou seja, ressalvadas as informações técnicas

e financeiras, bem como a conveniência e a oportunidade, após **atestada a presença de todos os requisitos elencados neste parecer**, em especial os contidos nos **itens 20-23, 33, 34, 37-39, 44, 50, 51, 54, 62, 65, 67, 72, 76, 79, 82, 83, 85-88, 90, 91, 95, 98, 99, 101, 106, 112, 113, 116-118, 121, 123, 128, 129, 131, 133, 134, 135, 137-139, 142, 146, 147, 149, 150, 152, 156, 160-162, 167, 170-180, 185, 188-190, 192, 193, 195, 198, 199, 201-205, 207, 209, 210-212, 214, 218, 219, 224, 227, 228, 230, 231, 232 e 233**, estará a realização de pregões eletrônicos, com ou sem registro de preços, para a aquisição de medicamentos e insumos para a saúde de acordo com a legislação que cuida da matéria, devendo a área técnica acostar aos autos este parecer referencial, bem como o despacho de aprovação, sem necessidade de submissão à CONJUR/MS, consoante Orientação Normativa nº 55, do Advogado-Geral da União.

235. Em atendimento ao artigo 4º, inciso III, alínea "a", da Portaria Normativa CGU/AGU nº 05, de 2022, a **validade desta manifestação jurídica referencial é 1 (um) ano, observado o artigo 191 da Lei nº 14.133, de 2021**, contados de sua aprovação definitiva no âmbito desta Consultoria Jurídica.

236. Cumpre ressaltar, conforme já assentado, que o posicionamento deste órgão restringe-se aos aspectos jurídicos da demanda, devendo orientar o administrador a adotar a decisão que melhor se coadune com a legalidade diante do caso concreto apresentado, não adentrando na análise do mérito (conveniência e oportunidade) e nem em aspectos técnicos inerentes à gestão e fiscalização do contrato. Nesse sentido, poderá a área técnica competente discordar das orientações ou posicionamentos emanados deste pronunciamento, devendo, em tal hipótese, carrear aos autos as justificativas necessárias para embasar a discordância, consoante entendimento do Tribunal de Contas da União, sem a necessidade de retorno do feito a esta Consultoria Jurídica.

Enunciado BPC nº 05

Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas.

237. Caso o administrador opte por não atender os requisitos apontados, estará assumindo a possibilidade de eventual responsabilização de sua conduta.

238. Em caso de dúvidas quanto à aplicação desta manifestação jurídica referencial, deve a área técnica submeter a matéria à Consultoria Jurídica, sob pena de violação ao artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

239. Destaca-se que este órgão jurídico poderá atuar de ofício em eventuais mudanças neste parecer referencial, o que será informado imediatamente à área técnica.

240. Em cumprimento ao **Memorando Circular nº 009/2018-CGU/AGU** (NUP 00400.000314/2018-37), de 15 de março de 2018, informa-se que **é impossível de estimar o valor econômico deste processo administrativo**.

241. É o parecer, que ora se submete à aprovação do Sr. Coordenador-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, com sugestão, em caso de aprovação:

- o declaração de exaurimento dos efeitos do Parecer Referencial n. 00041/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP 25000.155322/2018-53);
- o encaminhamento do processo ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas da Advocacia-Geral da União; e
- o remessa à unidade requisitante para ciência e adoção das diligências necessárias ao ulterior prosseguimento do feito.

Brasília/DF, 06 de julho de 2022.

THYAGO DE PIERI BERTOLDI

Advogado da União

ANEXO I

ATESTADO DE CONFORMIDADE DO PROCESSO COM O PARECER REFERENCIAL

Processo:

Referência/objeto:

Atesto que o presente processo, cujo objeto é a realização de licitação, na modalidade pregão eletrônico, **com registro de preços**, para a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para a saúde, adequa-se à manifestação jurídica referencial correspondente ao **PARECER REFERENCIAL n. 00007/2022/CONJUR-MS/CGU/AGU**, cujas recomendações restaram plenamente atendidas no caso concreto.

Fica, assim, dispensada a remessa do processo para os fins do artigo 38, parágrafo único da Lei 8666, de 1993, de prévio exame e aprovação jurídica por parte da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, conforme autorizado pela Orientação Normativa nº 55, da Advocacia-Geral da União (**AGU**).

_____, ____ de _____ de 20__.

Assinatura do responsável.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000068672202267 e da chave de acesso ee01f655

Notas

1. [^] *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.*



Documento assinado eletronicamente por THYAGO DE PIERI BERTOLDI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 926421891 e chave de acesso ee01f655 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): THYAGO DE PIERI BERTOLDI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 13-07-2022 18:52. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



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. 02540/2022/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.068672/2022-67

INTERESSADOS: COORDENAÇÃO GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES CGLICI E OUTROS

ASSUNTOS: CONSULTA E ORIENTAÇÃO DE ATUAÇÃO - OUTROS ASSUNTOS

1. Estou de acordo com o PARECER REFERENCIAL n. 00007/2022/CONJUR-MS/CGU/AGU, de lavra do Advogado da União Thyago de Pieri Bertholdi, com as seguintes complementações.
2. Preliminarmente, ratifique-se, em especial, a necessidade de que conste nos autos a declaração de compatibilidade da despesa com a LOA, LDO e PPA, conforme art. 16, II da Lei de Responsabilidade Fiscal ou a justificativa de sua dispensa, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 52/2014^[1].
3. Quanto ao *LEGAL OPINION*, além do já trazido no parecer, recomenda-se, alternativamente, ou trazer a conceituação ou os requisitos desse documento em subitem específico ou substituí-lo por outra providência idônea a comprovar a ausência de falência, salvo se houver justificativa de que tal expressão é de conhecimento corrente no mercado.
4. No que concerne ao prazo de pagamento de 30 (trinta) dias a contar do recebimento da Nota atestada em setor específico, cabe reforçar o risco existente em tal modo de proceder. É que a Instrução Normativa SEGES/MP nº 2/2016 (essa aplicável a todos os contratos, incluindo os de aquisição) prevê no seu artigo 4º, II que o pagamento é limitado a 30 (trinta) dias do recebimento da Nota Fiscal ou Fatura, conceituando recebimento no art. 3º, §1º como "momento em que o órgão contratante atestar a execução do objeto do contrato".
5. O atesto é o nome corriqueiro para o recebimento definitivo. Em outras palavras, pelos normativos vigentes, os quais meramente interpretam a redação legal, o limite da lei de 30 (trinta) dias para pagar entende-se como iniciando a correr na data em que dois requisitos são cumpridos, quais sejam:
 - o Há uma nota fiscal/fatura apresentada à Administração;
 - o A Administração, pelo seu agente competente (o fiscal) atesta, recebe definitivamente o objeto contratual.
6. Iniciar a contagem da data de entrada do documento atestado na CGORF implica em adicionar um terceiro requisito não previsto nem na lei nem em sua regulamentação. Como ambas trazem o prazo máximo, há risco muito elevado de esse terceiro requisito para contagem do prazo ser desconsiderado se ocasionar um prazo de pagamento superior a 30 (trinta) dias da data do recebimento da Nota Fiscal/Fatura, quando estas estão atestadas dentro da Administração, independentemente do setor específico.
7. Recomenda-se, pois, de modo enfático, que se adote a redação do modelo da AGU, contando o prazo de pagamento do recebimento da Nota Fiscal (definindo-o incluindo seu atesto). A providência de trâmite desse documento, se for o caso, da fiscalização do contrato para a CGORF deve se inserir dentro do prazo de 30 (trinta) dias para pagamento, não sendo medida prévia a este.
8. Feitas essas observações, reitera-se que a aprovação desta Manifestação Jurídica Referencial implica na revogação do Parecer Referencial nº 41/2019, o qual passa a não surtir mais efeitos. Desse modo, passa a poder haver a aplicação deste parecer para qualquer licitação na modalidade pregão de insumos estratégicos de saúde a serem contratados via DLOG.
9. Em tempo, ratifica-se a orientação constante do parecer de que contratações iguais ou superiores ao limite para realização de audiência pública sejam encaminhadas a esta Consultoria Jurídica para validação e checagem da instrução processual. Em tais oportunidades, não haverá necessariamente a elaboração de parecer, salvo se verificada a necessidade de assim fazê-lo, podendo haver meramente a produção de despacho que ratifique esta Manifestação Referencial.
10. Tal providência mostra-se relevante para que esta Consultoria Jurídica mantenha-se a par do modo de atuação desse Departamento, para que possa calibrar o seu assessoramento jurídico a contento (inclusive ajustando este parecer, se for o caso), bem como a fim de que haja algum acompanhamento, pelo menos das contratações de maior monta, as quais, presume-se, são igualmente de maior criticidade.
11. Em havendo aprovação, remetam-se os autos ao DLOG, com cópia ao DEINF/CGU.

12. À consideração superior do Sr. Consultor Jurídico.

Brasília, 13 de julho 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 <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000068672202267 e da chave de acesso ee01f655

Notas

1. *AS DESPESAS ORDINÁRIAS E ROTINEIRAS DA ADMINISTRAÇÃO, JÁ PREVISTAS NO ORÇAMENTO E DESTINADAS À MANUTENÇÃO DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS PREEXISTENTES, DISPENSAM AS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NOS INCISOS I E II DO ART. 16 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101, DE 2000.*



Documento assinado eletronicamente por HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 935367833 e chave de acesso ee01f655 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 13-07-2022 19:19. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



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. 02548/2022/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.068672/2022-67

INTERESSADO: Ministério da Saúde - MS.

ASSUNTO: Parecer Referencial. Realização, pelo Departamento de Logística em Saúde, de pregões, na forma eletrônica, com ou sem registro de preços, para a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para a saúde.

1. **Aprovo** o PARECER REFERENCIAL n. 00007/2022/CONJUR-MS/CGU/AGU, da lavra do Coordenador de Suporte Jurídico em Processos Licitatórios, o Advogado da União Thyago de Pieri Bertoldi, corroborando integralmente com as complementações constantes no DESPACHO n. 02540/2022/CONJUR-MS/CGU/AGU, subscrito pelo Coordenador-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, o Advogado da União Hugo Teixeira Montezuma Sales, ambos de 13/07/2022, adotando seus fundamentos, conclusões e na forma de *manifestação jurídica referencial referente à realização de pregões eletrônicos, com ou sem registro de preços, para a aquisição de medicamentos e insumos para a saúde.*

2. Reitera-se que, com a presente aprovação, encontra-se revogado o PARECER REFERENCIAL n. 00041/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU.

3. Devem ser observadas todas as recomendações traçadas ao longo do Parecer ora aprovado, em especial as indicadas no item 234, bem como no respectivo despacho de aprovação. Ademais, *"ratifica-se a orientação constante do parecer de que contratações iguais ou superiores ao limite para realização de audiência pública sejam encaminhadas a esta Consultoria Jurídica para validação e checagem da instrução processual"*.

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

i) ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda à referida manifestação; e

ii) extraia cópia da manifestação referencial, com respectivos despachos de aprovação, e acoste aos autos em que se pretende a aprovação.

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

o **a)** junte as presentes manifestações ao sistema SEI e encaminhe os autos virtuais ao **Departamento de Logística em Saúde - DLOG/SE/MS**, para ciência da presente manifestação;

o **b)** abra tarefa, via sistema SAPIENS:

b.i) à Consultoria-Geral da União, aos cuidados do **Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas - DEINF/CGU/AGU**, para ciência e registro; e

b.ii) à Chefe da **Coordenação de Gestão Técnica e Administrativa - COGAD/CONJUR**, para:

- inserção de cópia das presentes manifestações na página do Ministério da Saúde; e

- alimentação da página da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde com cópia das presentes manifestações.

o **c)** posteriormente, archive-se o processo em epígrafe no sistema SAPIENS.

Brasília, 14 de julho de 2022.

RAFAEL SCHAEFER COMPARIN

Advogado da União

Consultor Jurídico junto ao Ministério da Saúde

INDEXAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. LEI N. 10.520, DE 2002. LEI N. 8.666, DE 1993. DECRETO N. 10.024, DE 2019. DECRETO N. 7.892, DE 2013. DECRETO N. 10.193, DE 2019. LC N. 123, DE 2006. DECRETO N. 8.538, DE 2015. PN AGU/CGU N. 05, DE 2022. ON/AGU N. 55, 2014. PARECER REFERENCIAL PARA REALIZAÇÃO DE PREGÕES, NA FORMA ELETRÔNICA, COM OU SEM REGISTRO DE PREÇOS, PARA A AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS ESTRATÉGICOS PARA A SAÚDE. PARECER COM RECOMENDAÇÕES E RESSALVAS.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000068672202267 e da chave de acesso ee01f655



Documento assinado eletronicamente por RAFAEL SCHAEFER COMPARIN, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 936231926 e chave de acesso ee01f655 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL SCHAEFER COMPARIN, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-07-2022 14:42. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
