



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. 00041/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.155322/2018-53

INTERESSADOS: DEPARTAMENTO DE LOGÍSTICA EM SAÚDE

ASSUNTOS: PREGÃO. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS ESTRATÉGICOS PARA A SAÚDE.

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

Senhor Consultor Jurídico do Ministério da Saúde,

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de processo anteriormente encaminhado à Consultoria Jurídica por intermédio do Despacho CGIES (doc. SEI nº 0010515102). De acordo com a manifestação constante dos autos, objetiva-se a "atualização do parecer jurídico referencial que norteia a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para a saúde na modalidade pregão, na forma eletrônica, com ou sem utilização do Sistema de Registro de Preços (...)".

2. Além disso, observa-se que a área demandante formulou consulta. Vale transcrever o inteiro teor do Despacho CGIES (doc. SEI nº 0010515102) para melhor compreensão:

Cuida o presente feito de processo instaurado objetivando a atualização do parecer jurídico referencial que norteia a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para saúde na modalidade pregão na forma eletrônica, com ou sem utilização do Sistema de Registro de Preços, conforme Memorando nº 4/2018/DIVEL/CGLIS/DLOG/SE/MS ([5546772](#)).

Neste espectro, após deliberação entre os setores responsáveis, foi exarado minuta dos documentos arrolados abaixo, como base nas minutas do PARECER REFERENCIAL nº 201/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU ([5546350](#)) e PARECER REFERENCIAL nº 00008/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU ([5546914](#)), com as devidas adequações, em detrimento de alterações na minuta padrão da AGU, bem como do Decreto nº 9.488, de 30 de agosto de 2018 ([5546993](#)) que alterou o Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013.

Minuta Termo de Referência ([0010515076](#))

Minuta Edital, Ata de Registro de Preço e Contrato ([0010514776](#))

Ademais, informamos que o item relativo à aplicação da MARGEM DE PREFERÊNCIA foi excluído da presente minuta, uma vez que o Decreto nº 7.713, de 3 de Abril de 2012 ([5546500](#)) teve sua validade expirada em 30 de março de 2017 e o Decreto nº 7.767, de 27 de Junho de 2012 ([5546545](#)) teve sua validade expirada em 30 de junho de 2017, não restando decretos válidos que versem sobre o assunto.

Não obstante, no tocante a possibilidade da não aplicação da cota reservada às microempresas (ME) e às empresas de pequeno porte (EPP) nas hipóteses previstas no artigo 49 da Lei Complementar nº 123/06 e no artigo 10 do Decreto nº 8.538/15, amparado pelo PARECER n. 00427/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU, entende-se pela legalidade da não aplicação da referida conta nos pregões de Insumos Estratégicos para Saúde, nos casos em que:

O limite da Cota ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

Que seja demonstrado a não vantajosidade da aplicação da cota para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado; e

O tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no artigo primeiro do Decreto nº 8.538/2015.

Por sua vez, com espeque no Acórdão nº 2.150/2015 – TCU Plenário, entende-se pela não publicação do preço de referência desde a fase de IRP, visando a obtenção de preços mais vantajosos para esta Pasta.

"3. Na realização de pregões para compras de medicamentos e materiais hospitalares, a divulgação, nos editais, dos preços estimados pela administração não se mostra vantajosa, devendo ocorrer apenas após a fase de lances.

[...]

9.1.4. divulgação, nos editais de pregões, dos preços estimados da contratação, prejudicando a obtenção de propostas mais vantajosas, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/1993, e deixando de considerar entendimento jurisprudencial desta Corte exposto no Acórdão 2.080/2012 - Plenário."

Por oportuno, aproveitamos ensejo para questionar quanto a exigência na publicação de Intenção de Registro de Preços - IRP, visto que é de praxe a sua publicação, conforme previsto no artigo 4º, do Decreto n.º 7.892, de 23 de janeiro de 2013 Todavia, indagamos se a mesma poderá ser eventualmente dispensada, visando dar maior celeridade na conclusão do certame, principalmente para aqueles itens com iminência de desabastecimento na rede pública de saúde.

Face ao exposto, sob à égide da Orientação Normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014, encaminhamos os autos a essa Consultoria para análise e pronunciamento acerca da sua regularidade, para utilização de novo Parecer Referencial.

3. Esta Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde por meio da Nota n. 01238/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU aprovada pelo Despacho n. 04244/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU apresentou manifestação inicial quanto à consulta, bem como solicitou o retorno dos autos à área técnica para adoção das providências necessárias à adequação do processo e das minutas às disposições do **Decreto nº 10.024/2019**.

4. Por meio do Despacho COLMER (doc. SEI nº 0012323629) os autos retornaram para análise conclusiva. No entanto, em face da ausência de minuta de edital e termo de referência apto para análise desta CONJUR (já que o doc. anexado era um rascunho), esta Consultoria Jurídica solicitou por telefone a inserção de minutas aptas para análise conforme demanda o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

5. Retornam-se os autos a esta especializada, por meio do Despacho DIVAN (doc. SEI nº 0012392340), assinado em 27 de novembro, com as seguintes informações:

[...]

Não obstante, destaque-se que a realização de certames licitatórios para aquisição de insumos decorre da necessidade de se evitar o desabastecimento da Rede SUS. Para tanto, há um número expressivo de processos em trâmite, sendo que em muitos casos, os termos de referência já se encontram elaborados, estando estes em consonância para com as instruções e determinações emanadas anteriormente por esta dota Consultoria Jurídica. Neste sentido, é pertinente o alerta de que se houver a necessidade de retorno dos processos à fase de elaboração e validação de novo termo de referência ter-se-á um atraso substancial no prosseguimento dos processos em curso. Informa-se que os mais de 20 processos de compras por licitação encontram-se na fase de elaboração da minuta do edital, ou seja, já contam com os respectivos TRs devidamente validados pelas áreas demandantes deste Ministério da Saúde.

Importante frisar que o presente pedido almeja obter a validação da CONJUR/MS, tão somente, para as alterações e adequações realizadas nas minutas em função da edição do Decreto 10.024/2019.

Ressalta-se que o Decreto 10.024/2019 não acarretou alterações na minuta do Termo de Referência padrão, já analisada e validada pelo Parecer Referencial nº 201/2015.

[...]

6. Sobre as disposições acima, esta Consultoria Jurídica orienta que a figura da manifestação jurídica referencial não é sinônimo de falta de análise jurídica, muito pelo contrário. Presume-se que como os processos são idênticos, recorrentes e a análise seria apenas documental, caso a área ateste que o caso concreto se amolda à situação exposta no parecer referencial, com a utilização dos modelos das minutas pelas áreas, estará dispensada a análise processual por este órgão consultivo, sem prejuízo do cumprimento dos demais requisitos.

7. Além disso, não há que se falar em validação. As minutas utilizadas para emissão do Parecer Referencial nº 201/2015 se encontram desatualizadas muito antes da publicação do Decreto 10.024/2019, por isso este órgão consultivo desde 2018 requereu o envio de minutas para emissão de nova manifestação.

8. Dessa forma, com a emissão do presente parecer, o Parecer Referencial nº 201/2015 será imediatamente revogado, constituindo irregularidade por parte das áreas deste Ministério da Saúde a utilização dessa para embasar as aquisições de medicamentos e insumos estratégicos para saúde.

9. O presente processo encontra-se autuado no sistema SEI, razão pela qual a menção aos documentos observa essa peculiaridade, conforme a formatação empreendida no sistema atualmente.

10. Consta nos autos os seguintes documentos principais:

- [Anexo - Parecer N 201_2015 \(5546350\)](#)
- [Anexo - PARECER 00008_2017 \(5546914\)](#)
- [Anexo - Decreto nº 9488 \(5546993\)](#)
- [Anexo - Decreto nº 7713 \(5546500\)](#)
- [Anexo - Decreto nº 7767 \(5546545\)](#)
- [Anexo - MODELO - Minuta de Edital \(5546670\)](#)
- [Memorando 4 \(5546772\)](#)
- [Cota n. 10887/2018 \(5760599\)](#)
- [Anexo - Modelo - Minuta de Edital \(5767592\)](#)
- [Despacho DIVEL 5767664](#)
- [Cota \(8117396\)](#)
- [Despacho DLOG 8132139](#)
- [Despacho CGLIS 8141567](#)

- [Nota n. 00831/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU \(10052901\)](#)
- [Despacho n. 02781/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU \(10052948\)](#)
- [Despacho DLOG 10057052](#)
- [Despacho DLOG 10076698](#)
- [Despacho CGIES 0010330510](#)
- [Despacho DLOG 0010333382](#)
- [Despacho DLOG 0010358207](#)
- [Despacho n. 03136/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU \(0010375838\)](#)
- [Minuta de Edital - ARP - Contrato \(0010514776\)](#)
- [Minuta Termo de Referência \(0010515076\)](#)
- [Despacho CGIES 0010515102](#)
- [Nota nº 01238/2019 \(0011513863\)](#)
- [Despacho nº 04244/2019 \(0011513890\)](#)
- [Despacho DLOG 0011556341](#)
- [Minuta de Termo de Referência \(0012323575\)](#)
- [Minuta de Contrato decorrente de pregão \(0012323592\)](#)
- [Minuta de Ata de Registro de Preços \(0012323621\)](#)
- [Despacho COLMER 0012323629](#)
- [Parecer Referencial nº 201/2015 - Edital \(0012392204\)](#)
- [Minuta do Termo de Referência \(0012395484\)](#)
- [Minuta Edital - Adequação ao Dec. 10.024/19 \(0012392305\)](#)
- [Despacho DIVAN 0012392340](#)

11. Vale mencionar que as minutas consideradas na análise deste órgão consultivo são as que constam nos seguintes documentos: minuta de Contrato (doc. SEI nº 0012323592), minuta de Ata de Registro de Preços (doc. SEI nº 0012323621), minuta do Edital (doc. SEI nº 0012392305) e minuta de Termo de Referência (doc. SEI nº 0012395484).

12. É o relatório.

2. DA FIGURA DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

13. O procedimento ordinário para a publicação de editais de licitação envolve a análise prévia desta consultoria de todas as minutas e procedimentos que visem a publicação dos editais (no presente caso de pregões eletrônicos) e a posterior celebração dos contratos respectivos, tendo como fundamento conferir higidez jurídica no que envolve a matéria, conforme dispõe o artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

14. No entanto, o elevado número de consultas repetitivas versando sobre assuntos semelhantes tem, inevitavelmente, o efeito reflexo de tumultuar a atuação do órgão de assessoramento jurídico da Administração, embaraçando o desempenho de sua atribuição institucional. Em razão de situações como a narrada, a Advocacia Geral da União (AGU) publicou, no dia 23 de maio de 2014, a Orientação Normativa nº 55, possibilitando a figurada Manifestação Jurídica Referencial:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014

O ADVOGADO GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X,XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/200912, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:I Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.II Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar,justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

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

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

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

15. 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.

16. 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.

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

18. Trata-se, portanto, de ato enunciativo perfeitamente afinado com o princípio da eficiência (art.37, *caput*, da Constituição Federal), que, seguramente, viabilizará o adequado enfrentamento de

questões que, embora dotadas de baixa densidade jurídica, terminavam por tumultuar a agenda desta Consultoria Jurídica, dificultando a dedicação de tempo às verdadeiras questões jurídicas.

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

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

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

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

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

- A manifestação jurídica referencial uniformiza a atuação do órgão jurídico relativamente às consultas repetitivas;
- 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.
- A elaboração de manifestação jurídica referencial depende da confluência de dois requisitos objetivos, a saber: i) a ocorrência de embargo 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
- 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.

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

3. DO CABIMENTO DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL NO CASO DOS AUTOS

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

24. Relativamente ao primeiro requisito, é **notório que se formará um volume de processos** administrativos voltados à análise das minutas dos Editais de Pregão Eletrônico, com ou sem a utilização do Sistema de Registro de Preços, cujo objetivo seja a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para saúde. Corrobora o exposto o fato de que o presente parecer trata-se de atualização do Parecer Referencial já existente (*PARECER N. 00201/2015/CONJUR-MS/CGU/AGU*).

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

26. Quanto ao segundo requisito imposto pela ON AGU nº 55, observa-se que o exame jurídico da CGLICI será limitado à *mera conferência de documentos*, não havendo que se falar de peculiaridades que determinem a análise jurídica individualizada dos referidos processos.

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

4. DA FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

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

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

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

30. Cabe esclarecer que, via de regra, **não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos**. Incumbe, isso sim, a cada um desses observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

31. Desse modo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, os atos normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto.

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

Art. 14. [...]

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

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

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

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

36. Dessa maneira, a análise em comento tem a função de apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

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

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

5. ANÁLISE JURÍDICA

REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO

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

40. 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:

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

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

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

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

LIMITES DE GOVERNANÇA

44. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 7.689, de 2012 (alterado pelos Decretos nº 7.930, de 2013, 8.056, de 2013, 8.755, de 2016, 9.046, de 2017, 9.189, de 2017, 9.533, de 2018, 9.712, de 2019 e 9.786, 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, aplicáveis aos órgãos, entidades e fundos do Poder Executivo Federal integrantes do Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, donde se destaca a previsão contida em seu artigo 2º:

Art. 2º A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação dos contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas por ato do Ministro de Estado, do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República ou do dirigente máximo das agências reguladoras referidas no [Anexo I à Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004. \(Redação dada pelo Decreto nº 9.533, de 2018\)](#)

§ 1º Para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada às seguintes autoridades, vedada a subdelegação: [\(Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017\)](#)

I - titulares de cargos de natureza especial; [\(Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017\)](#)

II - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas aos Ministros de Estado; e [\(Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017\)](#)

III - dirigentes máximos das entidades vinculadas. [\(Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017\)](#)

§ 2º Para os contratos com valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, vedada a subdelegação, ressalvada, neste caso, a subdelegação a que se refere o § 3º. [\(Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017\)](#)

§ 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. [\(Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017\)](#)

§ 4º O Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá alterar ou atualizar, a qualquer tempo, os valores estabelecidos nos § 1º, § 2º e § 3º. [\(Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017\)](#)

§ 5º Nas hipóteses previstas nos § 2º e § 3º, a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada pelos dirigentes máximos das agências reguladoras. [\(Incluído pelo Decreto nº 9.533, de 2018\)](#)

45. A Portaria nº 249, de 13 de junho de 2012 estabeleceu normas complementares para o cumprimento do mencionado Decreto, prevendo em seu artigo 3º que as atividades de custeio decorrem de contratações diretamente relacionadas às atividades comuns a todos os órgãos e entidades que apoiam o desempenho de suas atividades institucionais, tais como:

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

II - as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, conforme disposto no [Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997](#);

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

editoriais;

IV - aquisição, locação e reformas de imóveis; e

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

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

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

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

48. Lembramos, ainda, que a Portaria nº 179, de 22 de abril de 2019, determinou a suspensão de novas contratações relacionadas incisos que elenca, a partir da publicação da Portaria, nos seguintes termos:

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

I - a aquisição de imóveis;

II - a locação de imóveis;

III - a aquisição de veículos de representação e de serviços comuns, conforme disposto nos arts. 3º e 4º do Decreto nº 9.287, de 15 de fevereiro de 2018;

IV - a locação de veículos;

V - a locação de máquinas e equipamentos;

VI - ao fornecimento de jornais e revistas em meio impresso; e

VII - aos serviços de ascensorista.

§ 1º Não se aplica a suspensão prevista no caput quando se tratar de:

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

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

III - despesas relacionadas a censo demográfico ou agropecuário e a ações de defesa civil.

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

Art. 2º Os órgãos e entidades, excepcionalmente, poderão solicitar autorização específica para realizarem a aquisição ou locação de imóveis e a aquisição de veículos, sem prejuízo do disposto no §1º do art. 1º.

§ 1º As solicitações deverão ser encaminhadas pela Secretaria-Executiva do respectivo Ministério interessado à Secretaria-Executiva do Ministério da Economia para análise, acompanhadas de justificativas fundamentadas quanto à projeção de gasto até o término do exercício e dos aspectos de economicidade, relevância e urgência, até o dia 30 de novembro de cada ano.

§ 2º Com vistas a subsidiar a análise, o Ministério da Economia poderá solicitar informações complementares aos órgãos requerentes.

§ 3º Os pleitos que envolverem dúvidas de natureza jurídica deverão ser acompanhados de manifestação da unidade de assessoramento jurídico do órgão ou entidade solicitante.

§ 4º Caberá ao Ministro de Estado da Economia autorizar as contratações de que trata o caput.

Art. 3º Fica vedada a realização de despesa para contratação, prorrogação contratual e/ou substituição contratual relativas a sistemas informatizados de controle e movimentação de processos administrativos eletrônicos diferente daquele disponibilizado pelo Ministério da Economia.

Art. 4º Fica revogada a Portaria nº 17, de 7 de fevereiro de 2018.

Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

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

AVALIAÇÃO DE CONFORMIDADE LEGAL

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

51. A referida ON, por sua vez, prevê em seu artigo 1º que "Os pregoeiros e as equipes de apoio **deverão adotar nos processos de aquisição de materiais e serviços as listas de verificação**

constantes dos Anexos I e II, visando o aperfeiçoamento dos procedimentos realizados nos pregões eletrônicos" (Grifo nosso).

52. A Advocacia-Geral da União também dispõe de *Check-Lists* previamente elaborados para os diversos tipos de contratações, encontrando-se dispostos no site http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244390, servindo de excelente instrumento de apoio para que seja aferida a correção da instrução, **sem prejuízo da adoção da ON SEGES nº 02, de 2016, o que se recomenda.**

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

DO PARCELAMENTO DO OBJETO

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

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

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

57. 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.

58. 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.

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

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

4.1.3) O requisito de natureza técnica

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

4.1.4.) O requisito de natureza econômica

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

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

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

SÚMULA TCU 247: É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não disponha 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.

61. Vale ainda mencionar o que dispõe o Manual com Orientações para Aquisições Públicas de Medicamentos [\[1\]](#) também do Tribunal de Contas da União:

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

competitividade e, portanto, prejudicar a escolha da proposta mais vantajosa.

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

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

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

62. 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.

63. Por outro lado, por zelo, registre-se que não é admitido o fracionamento ilícito, na tentativa de evitar a utilização dos procedimentos licitatórios mais complexos e com maior competitividade.

Ronny Charles^[2] ao tratar do assunto leciona:

1.18.1 FRACIONAMENTO ILÍCITO

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

(...)

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

64. No mesmo sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira^[3] aduz que "a divisibilidade do objeto do futuro contrato, não pode acarretar, no entanto, a dispensa ou inexigibilidade de licitação, vedação que se aplica para as compras, obras e serviços (art. 23, §2º, da Lei)". Afirma que "segundo o TCU, a divisibilidade do objeto não deve alterar a modalidade de licitação inicialmente exigida para a execução de todo o objeto da contratação. A escolha da modalidade de licitação depende da soma dos valores correspondentes aos itens parcelados" (Grifo acrescido).

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

[...]

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

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

LICITAÇÕES EXCLUSIVAS E COTAS PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTO

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

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

A) LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

69. Em relação à participação exclusiva, nos termos do inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014, a Administração Pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

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

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

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

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

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

B) COTAS RESERVADAS À MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

74. Já em relação à cota reservada, em decorrência da redação do art. 48, III, da Lei Complementar nº 123/2006 (prevista na Lei Complementar nº 147/2014), a licitação com itens divisíveis de valor superior a R\$80.000,00, deverá ter até 25% de seu respectivo objeto destinado à licitação exclusiva para as citadas EPP's, ME's:

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

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

Art. 8º Nas licitações para a aquisição de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, os órgãos e as entidades contratantes deverão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º O disposto neste artigo não impede a contratação das microempresas ou das empresas de pequeno porte na totalidade do objeto.

§ 2º O instrumento convocatório deverá prever que, na hipótese de não haver vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal.

§ 3º Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço.

§ 4º Nas licitações por Sistema de Registro de Preço ou por entregas parceladas, o instrumento convocatório deverá prever a prioridade de aquisição dos produtos das cotas reservadas, ressalvados os casos em que a cota reservada for inadequada para atender as quantidades ou as condições do pedido, justificadamente.

§ 5º Não se aplica o benefício disposto neste artigo quando os itens ou os lotes de licitação possuírem valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tendo em vista a aplicação da licitação exclusiva prevista no art. 6º.

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

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

78. Outrossim, é preciso fazer menção ao limite sistemático do percentual a ser reservado. Esse limite, apesar de não se encontrar expressamente previsto na norma, é decorrência de uma interpretação sistemática dos seus dispositivos. A este respeito, veja-se exemplo trazido por Ronny

Charles:

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

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

82. Vale ressaltar, todavia, que recentemente o Acórdão TCU nº 1819/2018 - Plenário, trouxe entendimento contrário:

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;

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

Tal problema torna-se ainda mais complexo diante da singularidade de determinados casos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

(Grifo no original e acrescido)

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

[...]

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

Respeitamos o entendimento externado pelo TCU, contudo, admitir que o percentual incidente na cota principal gere uma cota exclusiva superior a R\$ 80.000,00 pode deturpar a decisão do legislador, quando definiu este valor limite para a restrição à competitividade. Se esse patamar limitante foi estabelecido pelo inciso I do art. 48, não cabe ao administrador, no uso de sua discricionariedade para definição do percentual a ser aplicado (de até 25%), estabelecer certames exclusivos em patamares superiores.

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

Da mesma forma, entendemos que nas hipóteses em que o valor da cota principal é de R\$ 100.00,00, não pode ser adotado um percentual igual ou superior a 20%, gerando dois itens idênticos e exclusivos, pela redução ao patamar limitante do inciso I do artigo 48, cujo somatório o ultrapassa.

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

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

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

BPC nº 19

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

Fonte

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

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

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

90. Apesar da previsão do tratamento diferenciado na legislação, em relação as aquisições de

medicamentos e insumo estratégicos para saúde, no âmbito do Departamento de Logística em Saúde, foi proferida a Nota Técnica nº 221/2018, SEI nº 8959940, conclusiva no sentido de que não há produtores de medicamentos e insumos estratégicos no Brasil que possam ser enquadrados com ME/EPP, aptos a receber o tratamento diferenciado, existindo apenas meros representantes/distribuidores e, ainda, que a aplicação do instituto no âmbito do Ministério da Saúde não se revelou vantajosa, ao contrário, gerou um prejuízo econômico de R\$ 15.302.422,88 no ano de 2017.

91. Registra-se que **não se aplica o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, previsto nos arts. 6º a 8º do Decreto nº 8.538/15 e no art. 47 e 48 da LC nº 123/06**, nas hipóteses expressamente elencadas nos incisos I a IV, do art. 10 do Decreto nº 8.538, de 2015 e art. 49 da LC nº 123, de 2006 (com a redação dada pela LC nº 147, de 2014), situação que deverá ser justificada:

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

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

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

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos [arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993](#), excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do **caput** do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do **caput** deste artigo; ou
IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.

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

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

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

Art. 49. Não se aplica o disposto nos [arts. 47 e 48 desta Lei Complementar](#) quando:

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

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

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

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

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

92. Desse modo, na época da elaboração da Nota Técnica nº 221/2018, este consultivo recomendou **que o órgão se certificasse quanto a não incidência dos incisos I a IV, do art. 10 do Decreto nº 8.538, de 2015 e art. 49 da LC nº 123, de 2006, o que imporia, como consequência, o afastamento do tratamento diferenciado, e a abertura da competição a todas as empresas interessadas, independentemente de seu porte.**

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

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

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

[...]

Conforme já mencionado no presente parecer, para os pregões de Insumos Estratégicos para a Saúde, a análise da aplicação da reserva do mercado, vai além da vantajosidade. **O legislador elenca que caberá ao gestor demonstrar que para os casos de tratamento diferenciado e simplificado, faz-se necessário alcançar os objetivos do referido Decreto.** Caso contrário, poderá o gestor, devidamente justificado, não aplicar a cota às microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedades cooperativas de consumo:

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

[...]

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

medicamentos referidos na Nota Técnica, em que o Ministério da Saúde já possui amplo conhecimento da desvantajosidade.

Vale ressaltar que, s.m.j., objetivo da Nota Técnica não é "proibir" ou excluir as ME/EPP de todos os procedimentos licitatórios, mas de demonstrar a desvantajosidade em compras de medicamentos. Trata-se de uma área muito sensível, um mercado com características próprias, depreendendo-se da Nota Técnica que o histórico de pregões realizados no âmbito deste Ministério induz à conclusão de que o tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas não se coadunam com o espírito da legislação vigente, enquadrando-se nas exceções ali dispostas.

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

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

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

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

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

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

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

Nota-se que a jurisprudência administrativa vem se firmando no sentido de não admitir que empresas ligadas por vínculos familiares ou não, e interdependentes entre si em suas

atividades, possam ser consideradas de forma individuada e autônoma para fins de enquadramento no regime tributário favorecido.

Segundo Nelson Eizirik no livro Lei das S/A comentada (São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 3. p. 515-516), “grupo de fato é aquele integrado por sociedades relacionadas tão somente por meio de participação acionária, sem que haja entre elas uma organização formal ou obrigacional”. As relações jurídicas mantidas entre as sociedades que integram o grupo devem ser fundamentadas nos princípios e nas regras que regem as relações entre as companhias isoladas.

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

[...]

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

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

DA ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ELEITA

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

forma diversa as contratações com os recursos do repasse.

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

102. Registre-se que o mencionado Decreto nº 10.024/2019 traz ainda rol de vedações. Vejamos:

Art. 4º O pregão, na forma eletrônica, não se aplica a:

- I - contratações de obras;
- II - locações imobiliárias e alienações; e
- III - bens e serviços especiais, incluídos os serviços de engenharia enquadrados no disposto no inciso III do **caput** do art. 3º.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;
- II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;
- III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou
- IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

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

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

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

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

[...]

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

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

9.6.2. a hipótese autorizadora para adoção do sistema de registro de preços, indicando se seria o caso de contratações frequentes e entregas parceladas (e não de contratação e entrega únicas), ou de atendimento a vários órgãos (e não apenas um), ou de impossibilidade de definição prévia do quantitativo a ser demandado (e não de serviços mensurados com antecedência) - art. 3º do Decreto 7.892/2013 e Acórdãos 113 e 1.737/2012, ambos do Plenário;

111. Cabe ressaltar que recentemente o Decreto nº 7.892, de 2013 foi alterado pelo Decreto nº 9.488, de 30 de agosto de 2018. Essas modificações entraram em vigor por completo no dia 1º de outubro de 2018. As alterações se referem, resumidamente, ao estabelecimento de prazo mínimo para órgãos e entidades manifestem interesse em participar de IRP (Art. 4º , § 1º-A), mudanças de regras de adesão para órgãos não participantes (art. 22,§ 1º-A, § 1º-B, §3º, § 4º, § 4º-A , § 9º-A , § 10, § 11). Destaco a adoção de novo limite previsto no art. 22 §4º, que deve ser observado.

DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

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

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

Decreto 7.892/2013

(...)

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

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

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

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

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

(Grifo nosso)

DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

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

115. 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).

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

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

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

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

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

(Acórdão 0691-04/13-2 - 2ª. Câmara)

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

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

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

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

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

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

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

◦ **NA FASE DE PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO**

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

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

121. Referida previsão legal não depende de regulamentação e é de aplicabilidade imediata. Neste sentido, no tocante à especificação técnica de bens, registre-se a existência de um sistema oficial do Governo Federal, Catálogo de Materiais Sustentáveis do Ministério do Planejamento (CATMAT Sustentável).

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

◦ **OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO E NORMAS INCIDENTES**

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

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

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

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

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

127. 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.

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

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

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

§ 1º O princípio do desenvolvimento sustentável será observado nas etapas do

processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, com base nos planos de gestão de logística sustentável dos órgãos e das entidades. (...)

(Grifo nosso)

130. Destaco a parte final do §1º do art. 2º do mencionado decreto, segundo o qual o princípio do desenvolvimento sustentável será observado nas etapas do processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, **no mínimo, com base nos planos de gestão de logística sustentável dos órgãos e das entidades.** Tal preceito normativo deve ser observado.

131. Importante mencionar que caso essas exigências não sejam possíveis de aplicação em medicamentos e insumos estratégicos para saúde, deverá ser devidamente motivado nos autos.

ANÁLISE DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO

132. A seguir, passa-se à análise com fulcro no Decreto nº 3.555, de 2000, Decreto nº 10.024, de 2019, Decreto nº 7.892, de 2013, conjugados com as regras da Lei nº 10.520, de 2002 e da Lei nº 8.666, de 1993, necessários à instrução da fase preparatória do pregão, sendo certo que cabe ao Administrador observar as demais exigências concernentes à fase externa do procedimento em momento oportuno, posterior a presente manifestação jurídica.

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

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

justificativa da contratação

135. Quanto à justificativa da contratação (conforme determinação do art. 3º, I, da Lei nº 10.520, de 2002), não cabe ao órgão jurídico adentrar o mérito (oportunidade e conveniência) das opções do Administrador, exceto em caso de afronta a preceitos legais. O papel do órgão jurídico é recomendar que tal justificativa seja a mais completa possível, orientando o órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para futuros questionamentos, por exemplo, quanto à pertinência ou necessidade da contratação, ou dos quantitativos estimados.

136. No que toca à especificação do objeto, é certo que o aumento do nível de seu detalhamento influi inversamente no universo de fornecedores aptos a atender à demanda, reduzindo-o. Consequentemente, a caracterização excessivamente pormenorizada poderá conduzir a um único ou nenhum fornecedor, ao passo que a especificação por demais genérica ou singela poderá ampliar as opções no mercado, porém para objeto cujas características não atendam plenamente às necessidades efetivas da Administração, frustrando a finalidade da contratação.

137. 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.

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

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

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

[...]

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

140. A princípio, a Lei nº 8.666/93 veda a preferência por marca – art. 15, §7º, inc. I, por representar restrição à ampla competitividade do certame. Todavia, não se pode olvidar que a própria lei, em seu art. 7º, parágrafo 5º admite a indicação de marca, características ou especificações exclusivas, desde que tecnicamente justificável, o que também é sustentado pela doutrina.

Art. 15. (...)

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

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

Art. 7º (...)

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

141. Conforme Marçal Justen Filho:

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

142. Em outra passagem, salienta o mesmo Doutrinador:

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

143. Rafael Carvalho Rezende Oliveira [\[4\]](#) também trata sobre o assunto em seu Curso de Direito Administrativo, notadamente no Capítulo 17 que versa sobre Licitação. Vejamos:

17.6 OBJETO DA LICITAÇÃO (...)

17.6.3 Compras (...)

17.6.3.1 Indicação de marcas, amostras e o princípio da padronização

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

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

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

145. Desta forma, a proibição deve ser interpretada no sentido de que a marca não poderá ser indicada como o objeto da contratação em si. Ou seja, o administrador não poderá externar sua preferência por contratação de certa marca, a seu talante, sem a correspondente motivação técnica objetiva e fundamentada. Portanto, a referência à marca deve ser consequência das características específicas do objeto e não pressuposto, sob pena de indevida restrição da licitação e quebra da isonomia dos licitantes.

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

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

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

[AC-2829/15 - Plenário do TCU](#)

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

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

Súmula 270 do TCU:

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

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

situações:

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

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

Art. 15 (...)

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

(...)

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

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

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

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

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

Autorização para abertura da Licitação

155. A autorização para abertura da licitação devidamente assinada pela autoridade competente decorre da exigência do art. 8º, inc. V do Decreto nº 10.024, de 2019 e do art. 21, inc. V do Decreto nº 3.555, de 2000, devendo constar nos autos do processo.

Estudo técnico preliminar

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

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

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

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

(...)

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

I - estudo técnico preliminar, quando necessário;

(...)

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

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

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

(...)

Termo de referência com a aprovação da autoridade competente

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

Decreto nº 3.555/2000

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 10.024/2019

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.

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

Pesquisa de preço

160. 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.

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

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

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

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

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

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

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

163. 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.

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

165. Insta destacar que as diligências concernentes à pesquisa de preços não se resumem à simples anexação de orçamentos das empresas nos autos, cabendo ao responsável a análise detida de cada proposta, não apenas sob seu aspecto formal (identificação da empresa, idoneidade, compatibilidade da sua finalidade social com o objeto da licitação, etc.), como do seu teor. É de bom alvitre alertar ao órgão para a importância da congruência entre os preços das propostas, considerando que eventuais valores desarrazoados ou evidentemente inexplícitos 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.

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

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

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

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

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

(...)

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

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

169. Vale ainda mencionar o que dispõe o Manual com Orientações para Aquisições Públicas de Medicamentos [\[1\]](#)do Tribunal de Contas da União:

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

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

- atuar como ferramenta de acompanhamento do comportamento dos preços no mercado de medicamentos e produtos para a saúde;
- fornecer subsídios ao gestor público para a tomada de decisão;
- aumentar a transparência e visibilidade, no que se refere à utilização dos recursos do SUS para a aquisição de medicamentos e produtos para a saúde;
- disponibilizar dados que possam subsidiar o controle social quanto aos gastos públicos em saúde. Anteriormente, a alimentação do BPS pela Administração Pública era voluntária.

No entanto, em junho de 2017, foi publicada a Resolução 18 da Comissão Intergestores Tripartite – CIT, que tornou obrigatória a alimentação do BPS pelos estados, pelos municípios e pelo Distrito Federal, quando da realização de licitação para a aquisição de medicamentos.

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

Destaque-se que, mesmo antes dessa obrigatoriedade, o BPS, para a maior parte dos medicamentos, já possuía um elevado número de registros, o que corrobora a representatividade dos preços de mercado nos valores registrados nesse sistema. Outro ponto reforçador da representatividade do BPS é a possibilidade de registro por empresas privadas, apesar de a grande maioria dos registros ser feita pelo setor público. Essa possibilidade, consoante dispõe 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 – Abcfarmá 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; 5.810/2017-2ªCâmara, 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://portalsms.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://portalsms.saude.gov.br/gestao-do-sus/economia-da-saude/banco-de-precos-em-saude>. Há, ainda, uma seção de perguntas frequentes: <http://portalsms.saude.gov.br/gestao-do-sus/economia-da-saude/banco-de-precos-em-saude/perguntas-frequentes>. É possível, também, realizar treinamentos on line: <http://portalsms.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, assevera-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”.

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

Previsão de recursos orçamentários

171. A declaração de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal, conforme dispõe o artigo 10, IX, Lei 8.429, de 1992, e artigos 38 e 55 da Lei nº 8.666, de 1993.

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

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

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

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

175. O art. 21, VI do Decreto nº 3.555, de 2000 e o art. 8º, VI do Decreto nº 10.024, de 2019 , exigem a comprovação da legitimidade do pregoeiro e dos membros da equipe de apoio e demais agentes que atuam no feito.

176. Cabe ao órgão observar as condições inerentes à designação do pregoeiro e membros da equipe de apoio, conforme prevê o art. 16 do Decreto nº 10.024, de 2019 (pregão eletrônico) ou art. 7º, parágrafo único e art. 10 do Decreto nº 3.555, de 2000 (pregão presencial). Outrossim, aplicáveis subsidiariamente os termos do §4º do art. 51 da Lei nº 8.666, de 1993 que veda a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.

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

Do pregoeiro

Art. 17. Caberá ao pregoeiro, em especial:

- I - conduzir a sessão pública;
- II - receber, examinar e decidir as impugnações e os pedidos de esclarecimentos ao edital e aos anexos, além de poder requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração desses documentos;
- III - verificar a conformidade da proposta em relação aos requisitos estabelecidos no edital;
- IV - coordenar a sessão pública e o envio de lances;
- V - verificar e julgar as condições de habilitação;
- VI - sanear erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos de habilitação e sua validade jurídica;
- VII - receber, examinar e decidir os recursos e encaminhá-los à autoridade competente quando mantiver sua decisão;
- VIII - indicar o vencedor do certame;
- IX - adjudicar o objeto, quando não houver recurso;
- X - conduzir os trabalhos da equipe de apoio; e
- XI - encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade competente e propor a sua homologação.

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

Da equipe de apoio

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

Intenção de Registro de Preços

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

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

Incumbências do órgão gerenciador no registro de preços

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

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

CAPÍTULO III

DAS COMPETÊNCIAS DO ÓRGÃO GERENCIADOR

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

- I - registrar sua intenção de registro de preços no Portal de Compras do Governo federal;
 - II - consolidar informações relativas à estimativa individual e total de consumo, promovendo a adequação dos respectivos termos de referência ou projetos básicos encaminhados para atender aos requisitos de padronização e racionalização;
 - III - promover atos necessários à instrução processual para a realização do procedimento licitatório;
 - IV - realizar pesquisa de mercado para identificação do valor estimado da licitação e, consolidar os dados das pesquisas de mercado realizadas pelos órgãos e entidades participantes, inclusive nas hipóteses previstas nos §§ 2º e 3º do art. 6º deste Decreto; ([Redação dada pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))
 - V - confirmar junto aos órgãos participantes a sua concordância com o objeto a ser licitado, inclusive quanto aos quantitativos e termo de referência ou projeto básico;
 - VI - realizar o procedimento licitatório;
 - VII - gerenciar a ata de registro de preços;
 - VIII - conduzir eventuais renegociações dos preços registrados;
 - IX - aplicar, garantida a ampla defesa e o contraditório, as penalidades decorrentes de infrações no procedimento licitatório; e
 - X - aplicar, garantida a ampla defesa e o contraditório, as penalidades decorrentes do descumprimento do pactuado na ata de registro de preços ou do descumprimento das obrigações contratuais, em relação às suas próprias contratações.
 - XI - autorizar, excepcional e justificadamente, a prorrogação do prazo previsto no § 6º do art. 22 deste Decreto, respeitado o prazo de vigência da ata, quando solicitada pelo órgão não participante. ([Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))
- § 1º A ata de registro de preços, disponibilizada no Portal de Compras do Governo federal, poderá ser assinada por certificação digital.
- § 2º O órgão gerenciador poderá solicitar auxílio técnico aos órgãos participantes para execução das atividades previstas nos incisos III, IV e VI do **caput**.

182. Nesse sentido, além daquelas já apontadas em outros tópicos, destaco, ainda, as seguintes competências:

- a) Consolidar informações relativas à estimativa individual e total de consumo, promovendo a adequação dos respectivos termos de referência ou projetos básicos encaminhados para atender aos requisitos de padronização e racionalização;
- b) Realizar pesquisa de mercado para identificação do valor estimado da licitação e, consolidar os dados das pesquisas de mercado realizadas pelos órgãos e entidades participantes, inclusive nas hipóteses previstas nos §§ 2º e 3º do art. 6º do Decreto; e
- c) Confirmar junto aos órgãos participantes a sua concordância com o objeto a ser licitado, inclusive quanto aos quantitativos e termo de referência ou projeto básico.

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

CAPÍTULO IV

DAS COMPETÊNCIAS DO ÓRGÃO PARTICIPANTE

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

- I - garantir que os atos relativos a sua inclusão no registro de preços estejam formalizados e aprovados pela autoridade competente;
 - II - manifestar, junto ao órgão gerenciador, mediante a utilização da Intenção de Registro de Preços, sua concordância com o objeto a ser licitado, antes da realização do procedimento licitatório; e
 - III - tomar conhecimento da ata de registros de preços, inclusive de eventuais alterações, para o correto cumprimento de suas disposições.
- § 1º Cabe ao órgão participante aplicar, garantida a ampla defesa e o contraditório, as penalidades decorrentes do descumprimento do pactuado na ata de registro de preços ou do descumprimento das obrigações contratuais, em relação às suas próprias contratações, informando as ocorrências ao órgão gerenciador. ([Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))
- § 2º No caso de compra nacional, o órgão gerenciador promoverá a divulgação da ação, a pesquisa de mercado e a consolidação da demanda dos órgãos e entidades da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. ([Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))
- § 3º Na hipótese prevista no § 2º, comprovada a vantajosidade, fica facultado aos órgãos ou entidades participantes de compra nacional a execução da ata de registro de preços vinculada ao programa ou projeto federal. ([Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))

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

§ 5º Caso o órgão gerenciador aceite a inclusão de novos itens, o órgão participante demandante elaborará sua especificação ou termo de referência ou projeto básico, conforme o caso, e a pesquisa de mercado, observado o disposto no art. 6º. ([Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))

§ 6º Caso o órgão gerenciador aceite a inclusão de novas localidades para entrega do bem ou execução do serviço, o órgão participante responsável pela demanda elaborará, ressalvada a hipótese prevista no § 2º, pesquisa de mercado que conte com a variação de custos locais ou regionais. ([Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))

184. Destaque-se:

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

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

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

CRITÉRIOS DE HABILITAÇÃO TÉCNICA ESPECÍFICOS PARA OS MEDICAMENTOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A AFE é exigida de empresas que realizem atividades de armazenamento, distribuição, embalagem, expedição, exportação, extração, fabricação, fracionamento, importação, produção, purificação, reembalagem, síntese, transformação e transporte de medicamentos e insumos farmacêuticos destinados ao uso humano, produtos para saúde, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes, saneanentes 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.

[...]

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 sistemático 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, transscrito na instrução que compõe o Relatório precedente em seu § 15, comprehende-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 instituem o CBPF como requisito de qualificação ou habilitação técnica dos licitantes nos procedimentos licitatórios para compra de insumos empregados nos serviços públicos de saúde (Acórdão 4.788/2016-TCU- -Primeira Câmara, de Relatoria do Ministro Bruno Dantas).

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

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

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

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

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

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

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

[...]

RASTREABILIDADE DAS NOTAS FISCAIS

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

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

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

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

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

TCU-1ª Câmara e 1.890/2017-TCU-1ª Câmara, ambos de Relatoria do Ministro Benjamin Zymler).

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

COMENTÁRIOS ADICIONAIS CONSIDERANDO O RECENTE DECRETO Nº 10.024/2019

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

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

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

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

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

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

- I - estudo técnico preliminar, quando necessário;
- II - termo de referência;
- III - planilha estimativa de despesa;
- IV - previsão dos recursos orçamentários necessários, com a indicação das rubricas, exceto na hipótese de pregão para registro de preços;
- V - autorização de abertura da licitação;
- VI - designação do pregoeiro e da equipe de apoio;
- VII - edital e respectivos anexos;
- VIII - minuta do termo do contrato, ou instrumento equivalente, ou minuta da ata de registro de preços, conforme o caso;
- IX - parecer jurídico;
- X - documentação exigida e apresentada para a habilitação;
- XI- proposta de preços do licitante;
- XII - ata da sessão pública, que conterá os seguintes registros, entre outros:
 - a) os licitantes participantes;
 - b) as propostas apresentadas;
 - c) os avisos, os esclarecimentos e as impugnações;
 - d) os lances ofertados, na ordem de classificação;
 - e) a suspensão e o reinício da sessão, se for o caso;
 - f) a aceitabilidade da proposta de preço;
 - g) a habilitação;
 - h) a decisão sobre o saneamento de erros ou falhas na proposta ou na documentação;
 - i) os recursos interpostos, as respectivas análises e as decisões; e
 - j) o resultado da licitação;
- XIII - comprovantes das publicações:
 - a) do aviso do edital;
 - b) do extrato do contrato; e
 - c) dos demais atos cuja publicidade seja exigida; e
- XIV - ato de homologação.

§ 1º A instrução do processo licitatório poderá ser realizada por meio de sistema eletrônico, de modo que os atos e os documentos de que trata este artigo, constantes dos arquivos e registros digitais, serão válidos para todos os efeitos legais, inclusive para comprovação e prestação de contas.

§ 2º A ata da sessão pública será disponibilizada na internet imediatamente após o seu encerramento, para acesso livre.

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

191. **Assim, todos os processos deverão ser instruídos, no mínimo, com os documentos**

referidos no art. 8º supratranscrito.

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

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

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

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

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

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

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

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

Modos de disputa (arts. 31 a 33)

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

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

Modos de disputa

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

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

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

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

Modo de disputa aberto

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

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

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

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

Modo de disputa aberto e fechado

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

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

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

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

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

§ 5º Na ausência de lance final e fechado classificado nos termos dos § 2º e § 3º, haverá o reinício da etapa fechada para que os demais licitantes, até o máximo de três, na ordem de classificação, possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será

sigiloso até o encerramento deste prazo, observado, após esta etapa, o disposto no § 4º.
§ 6º Na hipótese de não haver licitante classificado na etapa de lance fechado que atenda às exigências para habilitação, o pregoeiro poderá, auxiliado pela equipe de apoio, mediante justificativa, admitir o reinício da etapa fechada, nos termos do disposto no § 5º.

Critérios de julgamento das propostas (art. 7º)

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

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

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

Licitante

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

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

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

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

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

Autoridade competente (art. 13)

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

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

(Grifo nosso)

Valor estimado ou valor máximo aceitável (art. 15)

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

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

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

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

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

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

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

§ 3º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, o

valor estimado, o valor máximo aceitável ou o valor de referência para aplicação do desconto constará obrigatoriamente do instrumento convocatório.

Critérios de desempate (art. 36 e 37)

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

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

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

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

Documentação obrigatória de habilitação

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

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

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

I - à habilitação jurídica;

II - à qualificação técnica;

III - à qualificação econômico-financeira;

IV - à regularidade fiscal e trabalhista;

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

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

Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V d o **caput** poderá ser substituída pelo registro cadastral no Sicaf 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 dispostos no [Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016](#), ou de outro que venha a substituí-lo, ou consularizados pelos respectivos consulados ou embaixadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Procedimentos de verificação

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

209. Referido artigo tem o seguinte conteúdo:

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 emissoras de certidões constitui meio legal de prova, para fins de habilitação.
- § 4º Na hipótese de a proposta vencedora não for aceitável ou o licitante não atender às exigências para habilitação, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital.
- § 5º Na hipótese de contratação de serviços comuns em que a legislação ou o edital exija apresentação de planilha de composição de preços, esta deverá ser encaminhada exclusivamente via sistema, no prazo fixado no edital, com os respectivos valores readequados ao lance vencedor.
- § 6º No pregão, na forma eletrônica, realizado para o sistema de registro de preços, quando a proposta do licitante vencedor não atender ao quantitativo total estimado para a contratação, poderá ser convocada a quantidade de licitantes necessária para alcançar o total estimado, respeitada a ordem de classificação, observado o preço da proposta vencedora, precedida de posterior habilitação, nos termos do disposto no Capítulo X.
- § 7º A comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte será exigida nos termos do disposto no [art. 4º do Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015](#).
- § 8º Constatado o atendimento às exigências estabelecidas no edital, o licitante será declarado vencedor.

Adjudicação e homologação

210. Outro ponto que merece ênfase especial é o referente à adjudicação e à homologação. Consta no Decreto nº 10.024/93 que decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, **a autoridade competente** adjudicará o objeto e homologará o procedimento licitatório, nos termos do disposto no inciso V do **caput** do art. 13.

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

Autoridade competente

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

Pregoeiro

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

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

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

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

214. Conforme a Orientação Normativa AGU nº 39, contudo, tem-se que a vigência dos contratos regidos pelo art. 57, **caput**, da Lei nº 8.666/93 poderá ultrapassar o exercício financeiro em que celebrados, desde que as despesas a eles referentes sejam integralmente empenhadas até 31 de dezembro, permitindo-se, assim, sua inscrição em restos a pagar.

REGULARIDADE SANITÁRIA

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

ANÁLISE DAS MINUTAS

TERMO DE REFERÊNCIA

216. 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.

217. Considerando a entrada em vigor do Decreto nº 10.024/2019, primeiramente, será analisada a minuta submetida (Minuta Termo de Referência - 0012395484) tendo como parâmetro o modelo de TR de Pregão Presencial Eletrônico (Compras) da AGU disponível na *internet*. Posteriormente, serão feitas eventuais recomendações que forem cabíveis. Assim, recomenda-se a observância do que se segue.

218. No preâmbulo, a área técnica responsável deverá se atentar ao fato de a minuta submetida poderá servir para aquisições não só pelo Sistema de Registro de Preço – SRP, como também aos casos em que não caiba esse procedimento, o que implicará na retirada ou manutenção do Subtítulo, a depender da situação em concreto.

219. Vale constatar que, em não se tratando de SRP, o item 1.2 do TR deverá ser suprimido, bem como os subitens a ele relacionados.

220. Em relação ao subitem 5.4 (sugestão de texto 2) recomenda-se a adequação da redação, uma vez que a minuta em análise é a do Termo de Referência.

221. Em relação ao subitem 5.1.5 (sugestão de texto 3), por zelo, registre-se que a rescisão do contrato deve observar estritamente o disposto nas normas aplicáveis, com destaque para Lei nº 8.666/93, e especialmente o art. 78.

222. Em relação ao subitem 5.3 (sugestão de texto 3), na parte em que consta "*serão aqueles definidos neste instrumento e no contrato*" recomenda-se que também seja feita referência ao instrumento convocatório (Edital).

223. Em relação ao item 6.12, que exige o CBPF, deverá a área se atender as recomendações feitas no presente parecer no item "Orientações Importantes do Tribunal de Contas da União nas Aquisições de Medicamentos".

224. Quanto ao Reajuste, deve constar o item 11 do modelo da AGU. Recomenda-se especial atenção ao exposto nas notas explicativas.

225. Em relação ao item 13.1.3, que versa sobre as sanções administrativas, deverá ser incluído o verbo "falhar", conforme consta no modelo da AGU.

226. Ainda sobre as sanções, deverão constar os itens 13.6, 13.7, 13.9 a 13.11 do modelo da AGU, que indicam:

13.6 As multas devidas e/ou prejuízos causados à Contratante serão deduzidos dos valores a serem pagos, ou recolhidos em favor da União, ou deduzidos da garantia, ou ainda, quando for o caso, serão inscritos na Dívida Ativa da União e cobrados judicialmente.

13.6.1 Caso a Contratante determine, a multa deverá ser recolhida no prazo máximo de ~~XX~~ (~~XXXX~~) dias, a contar da data do recebimento da comunicação enviada pela autoridade competente.

13.7 Caso o valor da multa não seja suficiente para cobrir os prejuízos causados pela conduta do licitante, a União ou Entidade poderá cobrar o valor remanescente judicialmente, conforme artigo 419 do Código Civil.

[...]

13.9 Se, durante o processo de aplicação de penalidade, se houver indícios de prática de infração administrativa tipificada pela Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, como ato lesivo à administração pública nacional ou estrangeira, cópias do processo administrativo necessárias à apuração da responsabilidade da empresa deverão ser remetidas à autoridade competente, com despacho fundamentado, para ciência e decisão sobre a eventual instauração de investigação preliminar ou Processo Administrativo de Responsabilização - PAR.

13.10 A apuração e o julgamento das demais infrações administrativas não consideradas como ato lesivo à Administração Pública nacional ou estrangeira nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, seguirão seu rito normal na unidade administrativa.

227. Em relação ao item "14. OBSERVAÇÕES GERAIS", regista-se a necessidade, com fulcro no princípio da motivação, de justificativa acerca da impossibilidade de participação de empresas reunidas em consórcio.

EDITAL

228. No preâmbulo, a área técnica responsável deverá se atentar ao fato de a minuta submetida poderá servir para aquisições não só pelo Sistema de Registro de Preço – SRP, como também aos casos em que não caiba esse procedimento, o que implicará na retirada ou manutenção da menção ao Decreto nº 7.892/2013, a depender da situação em concreto.

229. Dessa forma, por questões didáticas, passa-se a analisar, a seguir, a minuta de acordo com o modelo disponibilizado pela Advocacia-Geral da União, quando da utilização ou não do SRP.

a) Quando a contratação utilizar o Sistema de Registro de Preços:

230. Utilizar o item "dos recursos orçamentários" para licitações sem registro de preços e o item "do registro de preços" para licitações utilizando o sistema de registro de preços – SRP, conforme item 2 do modelo de edital de compras da AGU.

231. Sugere-se a exclusão dos itens 3.9 e subitens, por serem disposições desnecessárias ao instrumento convocatório, tratando-se de procedimento de remanejamento que não interessa nesse

momento, aos órgãos não participantes, participantes nem aos licitantes.

232. No item 4 do edital, que versa sobre o credenciamento, há diferenças em relação do modelo da AGU, o que deverá ser corrigido. Vejamos o modelo:

4. DO CREDENCIAMENTO

4.1 O Credenciamento é o nível básico do registro cadastral no SICAF, que permite a participação dos interessados na modalidade licitatória Pregão, em sua forma eletrônica.

4.2 O cadastro no SICAF deverá ser feito no Portal de Compras do Governo Federal, no sítio www.comprasgovernamentais.gov.br, por meio de certificado digital conferido pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP - Brasil.

4.3 O credenciamento junto ao provedor do sistema implica a responsabilidade do licitante ou de seu representante legal e a presunção de sua capacidade técnica para realização das transações inerentes a este Pregão.

4.4 O licitante responsabiliza-se exclusiva e formalmente pelas transações efetuadas em seu nome, assume como firmes e verdadeiras suas propostas e seus lances, inclusive os atos praticados diretamente ou por seu representante, excluída a responsabilidade do provedor do sistema ou do órgão ou entidade promotora da licitação por eventuais danos decorrentes de uso indevido das credenciais de acesso, ainda que por terceiros.

4.5 É de responsabilidade do cadastrado conferir a exatidão dos seus dados cadastrais no SICAF e mantê-los atualizados junto aos órgãos responsáveis pela informação, devendo proceder, imediatamente, à correção ou à alteração dos registros tão logo identifique incorreção ou aqueles se tornem desatualizados.

4.5.1 A não observância do disposto no subitem anterior poderá ensejar desclassificação no momento da habilitação.

233. No item 5 do edital, observa-se que a área não seguiu o modelo da AGU. É necessário que a área siga estritamente os seus termos, de forma a evitar problemas futuros. Segue o modelo:

5. DA PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO.

5.1 Poderão participar deste Pregão interessados cujo ramo de atividade seja compatível com o objeto desta licitação, e que estejam com Credenciamento regular no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, conforme disposto no art. 9º da IN SEGES/MP nº 3, de 2018.

5.1.1 Os licitantes deverão utilizar o certificado digital para acesso ao Sistema.

5.1.2 Para os itens,,, a participação é exclusiva a microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Nota Explicativa: Utilizar o subitem 5.1.2 apenas se houver itens com participação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte em razão do valor, conforme art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006. No entanto, deverá a área se atentar aos termos da Nota Técnica nº 221/2018.

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

5.3 Não poderão participar desta licitação os interessados:

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

5.3.2 que não atendam às condições deste Edital e seu(s) anexo(s);

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

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

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

5.3.6 entidades empresariais que estejam reunidas em consórcio;

5.3.7 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, atuando nessa condição (Acórdão nº 746/2014-TCU-Plenário).

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

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

5.4.1.1 nos itens exclusivos para participação de microempresas e empresas de pequeno porte, a assinalação do campo “não” impedirá o prosseguimento no certame;

5.4.1.2 nos itens em que a participação não for exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, a assinalação do campo “não” apenas produzirá o efeito de o licitante não ter direito ao tratamento favorecido previsto na Lei Complementar nº 123, de 2006, mesmo que microempresa, empresa de pequeno porte.

5.4.2 que está ciente e concorda com as condições contidas no Edital e seus anexos;

5.4.3 que cumpre os requisitos para a habilitação definidos no Edital e que a proposta apresentada está em conformidade com as exigências editalícias;

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

5.4.5 que não emprega menor de 18 anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e não emprega menor de 16 anos, salvo menor, a partir de 14 anos, na condição de aprendiz, nos

termos do artigo 7º, XXXIII, da Constituição;

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

5.4.7 que não possui, em sua cadeia produtiva, empregados executando trabalho degradante ou forçado, observando o disposto nos incisos III e IV do art. 1º e no inciso III do art. 5º da Constituição Federal;

5.4.8 que os serviços são prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação, conforme disposto no art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

5.5 A declaração falsa relativa ao cumprimento de qualquer condição sujeitará o licitante às sanções previstas em lei e neste Edital.

234. Deverão constar no item 7 do Edital os itens 6.4 e 6.7 do modelo da AGU, que dizem:

6.4 Os preços ofertados, tanto na proposta inicial, quanto na etapa de lances, serão de exclusiva responsabilidade do licitante, não lhe assistindo o direito de pleitear qualquer alteração, sob alegação de erro, omissão ou qualquer outro pretexto.

6.7 Os licitantes devem respeitar os preços máximos estabelecidos nas normas de regência de contratações públicas federais, quando participarem de licitações públicas;

6.7.1 O descumprimento das regras supramencionadas pela Administração por parte dos contratados pode ensejar a fiscalização do Tribunal de Contas da União e, após o devido processo legal, gerar as seguintes consequências: assinatura de prazo para a adoção das medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição; ou condenação dos agentes públicos responsáveis e da empresa contratada ao pagamento dos prejuízos ao erário, caso verificada a ocorrência de superfaturamento por sobrepreço na execução do contrato.

235. Quanto à vedação do item 7.2.1 do modelo da AGU, que diz: "Também será desclassificada a proposta que identifique o licitante", deverá, também, constar no edital como subitem do item 8.2.

236. No item **8 do edital, deverá ser acrescentada a previsão constante do item 7.20 do modelo da AGU, que diz: O Critério de julgamento adotado será o menor preço, conforme definido neste Edital e seus anexos.**

237. Em observância ao Acórdão 1455/2018 do Plenário do TCU recomenda-se, ainda nesse item, a inserção da seguinte regra:

Os proponentes, licitantes e contratados devem respeitar os preços máximos estabelecidos nas normas de regência de contratações públicas federais, a exemplo do Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, quando participarem de licitações públicas;

o descumprimento das regras supramencionadas pela Administração por parte dos contratados pode ensejar a fiscalização do Tribunal de Contas da União e, após o devido processo legal, gerar as seguintes consequências: assinatura de prazo para a adoção das medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição; ou condenação dos agentes públicos responsáveis e da empresa contratada ao pagamento dos prejuízos ao erário, caso verificada a ocorrência de superfaturamento por sobrepreço na execução do contrato.

238. Ainda no item 8, deve-se fazer constar no edital o item 7.26 do modelo da AGU, que diz: *No caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos subitens anteriores, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.*

239. No item 8.7.1 do edital, foram copiadas as notas explicativas do modelo da AGU, as quais deverão ser suprimidas.

240. O item 9 não contém relação com o modelo da AGU, por isso recomenda-se a sua retirada. O local para tratar sobre cota e licitação exclusiva é no item referente à participação no pregão.

241. No item 11 do edital, deverá constar o item 8.2 do modelo da AGU, que diz: O licitante qualificado como produtor rural pessoa física deverá incluir, na sua proposta, os percentuais das contribuições previstas no art. 176 da Instrução Normativa RFB n. 971, de 2009, em razão do disposto no art. 184, inciso V, sob pena de desclassificação. Convém mencionar que o item 11, que corresponde ao item 8 do modelo da AGU, deverá ser inteiramente revisado.

242. **No item 12 do edital, que versa sobre a Apresentação de Amostra ou Protótipo, ou Catálogo, são feitas as seguintes considerações:** Apesar de se admitir a exigência de apresentação de Amostra, Protótipo ou Catálogo, de acordo com o TCU deve ser exigida apenas do licitante classificado em primeiro lugar, desde que esteja devidamente fundamentado no procedimento licitatório, e seja assegurado o devido processo legal. Assim, quando houver a referida exigência, os autos devem ser complementados com justificativa.

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

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

[ACÓRDÃO]

9.8. dar ciência à Secretaria Municipal de Educação de Manaus/AM que, em novo edital de

licitação lançado em substituição ao Pregão 71/2010-CML/PM, bem como em outros editais de objeto semelhante que:

[...]

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

[VOTO]

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

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

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

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

[...].

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

244. Deverá ser acrescentado ao item 12, também, o seguinte: *No caso de não haver entrega da amostra ou ocorrer atraso na entrega, sem justificativa aceita pelo Pregoeiro, ou havendo entrega de amostra fora das especificações previstas no Termo de Referência, a proposta do licitante será recusada.*

245. *No item 13 do edital, que equivale ao item 9 do modelo da AGU, observa-se que existem diversas cláusulas diferentes do modelo, sugere-se a alteração integral naquilo que for compatível com a aquisição. Vejamos o modelo:*

13. DA HABILITAÇÃO

13.1 Como condição prévia ao exame da documentação de habilitação do licitante detentor da proposta classificada em primeiro lugar, o Pregoeiro verificará o eventual descumprimento das condições de participação, especialmente quanto à existência de sanção que impeça a participação no certame ou a futura contratação, mediante a consulta aos seguintes cadastros:

13.1.1 SICAF;

13.1.2 Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica do Tribunal de Contas da União (<https://certidores-apf.apps.tcu.gov.br/>)

13.1.3 A consulta aos cadastros será realizada em nome da empresa licitante e também de seu sócio majoritário, por força do artigo 12 da Lei nº 8.429, de 1992, que prevê, dentre as sanções impostas ao responsável pela prática de ato de improbidade administrativa, a proibição de contratar com o Poder Público, inclusive por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

13.1.3.1 Caso conste na Consulta de Situação do Fornecedor a existência de Ocorrências Impeditivas Indiretas, o gestor diligenciará para verificar se houve fraude por parte das empresas apontadas no Relatório de Ocorrências Impeditivas Indiretas.

13.1.3.2 A tentativa de burla será verificada por meio dos vínculos societários, linhas de fornecimento similares, dentre outros.

13.1.3.3 O licitante será convocado para manifestação previamente à sua desclassificação.

13.1.4 Constatada a existência de sanção, o Pregoeiro reputará o licitante inabilitado, por falta de condição de participação.

13.1.5 No caso de inabilitação, haverá nova verificação, pelo sistema, da eventual

ocorrência do empate ficto, previsto nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123, de 2006, seguindo-se a disciplina antes estabelecida para aceitação da proposta subsequente.

13.2 Caso atendidas as condições de participação, a habilitação do licitantes será verificada por meio do SICAF, nos documentos por ele abrangidos em relação à habilitação jurídica, à regularidade fiscal e trabalhista, à qualificação econômica financeira e habilitação técnica, conforme o disposto na Instrução Normativa SEGES/MP nº 03, de 2018.

13.2.1 O interessado, para efeitos de habilitação prevista na Instrução Normativa SEGES/MP nº 03, de 2018 mediante utilização do sistema, deverá atender às condições exigidas no cadastramento no SICAF até o terceiro dia útil anterior à data prevista para recebimento das propostas;

13.2.2 É dever do licitante atualizar previamente as comprovações constantes do SICAF para que estejam vigentes na data da abertura da sessão pública, ou encaminhar, em conjunto com a apresentação da proposta, a respectiva documentação atualizada.

13.2.3 O descumprimento do subitem acima implicará a inabilitação do licitante, exceto se a consulta aos sítios eletrônicos oficiais emissores de certidões feita pelo Pregoeiro lograr êxito em encontrar a(s) certidão(ões) válida(s), conforme art. 43, §3º, do Decreto 10.024, de 2019.

13.3 Havendo a necessidade de envio de documentos de habilitação complementares, necessários à confirmação daqueles exigidos neste Edital e já apresentados, o licitante será convocado a encaminhá-los, em formato digital, via sistema, no prazo de (.....) horas **[mínimo de duas horas]**, sob pena de inabilitação.

13.4 Somente haverá a necessidade de comprovação do preenchimento de requisitos mediante apresentação dos documentos originais não-digitais quando houver dúvida em relação à integridade do documento digital.

13.5 Não serão aceitos documentos de habilitação com indicação de CNPJ/CPF diferentes, salvo aqueles legalmente permitidos.

13.6 Se o licitante for a matriz, todos os documentos deverão estar em nome da matriz, e se o licitante for a filial, todos os documentos deverão estar em nome da filial, exceto aqueles documentos que, pela própria natureza, comprovadamente, forem emitidos somente em nome da matriz.

13.6.1 Serão aceitos registros de CNPJ de licitante matriz e filial com diferenças de números de documentos pertinentes ao CND e ao CRF/FGTS, quando for comprovada a centralização do recolhimento dessas contribuições.

13.7 Ressalvado o disposto no item 5.3, os licitantes deverão encaminhar, nos termos deste Edital, a documentação relacionada nos itens a seguir, para fins de habilitação:

13.8 Habilitação jurídica:

13.8.1 No caso de empresário individual: inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo da Junta Comercial da respectiva sede;

13.8.2 Em se tratando de microempreendedor individual - MEI: Certificado da Condição de Microempreendedor Individual - CCMEI, cuja aceitação ficará condicionada à verificação da autenticidade no sítio www.portaldoempreendedor.gov.br;

13.8.3 No caso de sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI: ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado na Junta Comercial da respectiva sede, acompanhado de documento comprobatório de seus administradores;

13.8.4 inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis onde opera, com averbação no Registro onde tem sede a matriz, no caso de ser o participante sucursal, filial ou agência;

13.8.5 No caso de sociedade simples: inscrição do ato constitutivo no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede, acompanhada de prova da indicação dos seus administradores;

13.8.6 No caso de cooperativa: ata de fundação e estatuto social em vigor, com a ata da assembleia que o aprovou, devidamente arquivado na Junta Comercial ou inscrito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas da respectiva sede, bem como o registro de que trata o art. 107 da Lei nº 5.764, de 1971;

13.8.7 No caso de agricultor familiar: Declaração de Aptidão ao Pronaf - DAP ou DAP-P válida, ou, ainda, outros documentos definidos pela Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário, nos termos do art. 4º, §2º do Decreto n. 7.775, de 2012.

13.8.8 No caso de produtor rural: matrícula no Cadastro Específico do INSS - CEI, que comprove a qualificação como produtor rural pessoa física, nos termos da Instrução Normativa RFB n. 971, de 2009 (arts. 17 a 19 e 165).

13.8.9 No caso de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País: decreto de autorização;

13.8.10 No caso de exercício de atividade deXXXX: ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, nos termos do artigo XX da (Lei/Decreto) nº XXXX.

Nota Explicativa: Tal exigência remonta ao art. 28, V, da Lei nº 8.666/93. Cabe ao órgão analisar se a atividade relativa ao objeto licitado exige tal registro ou autorização para funcionamento, em razão de previsão normativa. Em caso positivo, especificar o documento a ser apresentado e o órgão competente para expedi-lo, além do fundamento legal.

13.8.11 Os documentos acima deverão estar acompanhados de todas as alterações ou da consolidação respectiva;

13.9 Regularidade fiscal e trabalhista:

13.9.1 prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas ou no Cadastro de Pessoas Físicas, conforme o caso;

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

13.9.3 prova de regularidade com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

13.9.4 prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a justiça do trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943;

13.9.5 prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

13.9.6 prova de regularidade com a Fazenda Estadual do domicílio ou sede do licitante, relativa à atividade em cujo exercício contrata ou concorre;

Nota explicativa: O artigo 193 do CTN preceitua que a prova da quitação de todos os tributos devidos dar-se-á no âmbito da Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre. A comprovação de inscrição no cadastro de contribuinte e regularidade fiscal correspondente (estadual ou municipal) considerará a natureza da atividade, objeto da licitação. A exigência de inscrição no cadastro estadual decorre do âmbito da tributação incidente sobre o objeto da licitação; tratando-se de compras incide o ICMS, tributo estadual.

13.9.7 caso o licitante seja considerado isento dos tributos estaduais relacionados ao objeto licitatório, deverá comprovar tal condição mediante declaração da Fazenda Estadual do seu domicílio ou sede, ou outra equivalente, na forma da lei;

Nota Explicativa: Dispõe a Instrução Normativa SEGES/MP nº 3, de 2018, que: "Art. 13. . "A Regularidade Fiscal Estadual, Distrital e Municipal, junto ao SICAF, do fornecedor considerado isento dos tributos estaduais ou municipais, será comprovada mediante a inserção no sistema da declaração da Fazenda Estadual ou da Fazenda Municipal do domicílio ou sede do fornecedor, ou outra equivalente, na forma da lei."

13.9.8 caso o licitante detentor do menor preço seja qualificado como microempresa ou empresa de pequeno porte deverá apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição, sob pena de inabilitação.

13.9.9 A licitante melhor classificada deverá, também, apresentar a documentação de regularidade fiscal das microempresas e/ou empresas de pequeno porte que serão subcontratadas no decorrer da execução do contrato, ainda que exista alguma restrição, aplicando-se o prazo de regularização previsto no art. 4º, §1º do Decreto nº 8.538, de 2015.

Nota Explicativa: O subitem acima deverá ser incluído quando a licitação contiver a previsão de subcontratação, conforme art. 7º do Decreto n. 8.538, de 2015. Insta observar que não se admite a exigência de subcontratação para o fornecimento de bens, exceto quando estiver vinculado à prestação de serviços acessórios (art. 7º, §2º).

13.10 Qualificação Econômico-Financeira.

Nota Explicativa: É possível adotar critérios de habilitação econômico-financeira com requisitos diferenciados, estabelecidos conforme as peculiaridades do objeto a ser licitado, tornando-se necessário que exista justificativa do percentual adotado nos autos do procedimento licitatório, na forma do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993.

Reitere-se o quanto já dito, de que a exigência pode restringir-se a alguns itens, como, por exemplo, somente aos itens não exclusivos a microempresa e empresas de pequeno porte, ou mesmo não ser exigida para nenhum deles, caso em que deve ser suprimida do edital

13.10.1 certidão negativa de falência expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica;

Nota Explicativa: Nos termos do Parecer nº 00002/2016/CPLC/CGU/AGU, da Comissão Permanente de Licitações e Contratos Administrativos e aprovado pelo Consultor-Geral da União, a certidão negativa de recuperação judicial só é exigível nos Contratos de Prestação de Serviços de Forma Continuada com Dedicação Exclusiva de Mão-de-Obra

13.10.2 balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

13.10.2.1 No caso de fornecimento de bens para pronta entrega, não será exigido da licitante qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, a apresentação de balanço patrimonial do último exercício financeiro. (Art. 3º do Decreto nº 8.538, de 2015);

13.10.2.2 no caso de empresa constituída no exercício social vigente, admite-se a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao período de existência da sociedade;

13.10.2.3 é admissível o balanço intermediário, se decorrer de lei ou contrato social/estatuto social.

Nota Explicativa: a previsão do subitem acima decorre da disposição do Acórdão TCU nº 484-12-2007 - Plenário. Sobre a diferenciação entre Balanço Intermediário e Balanço Provisório, referido acórdão esclarece que: "Por outro lado, não se confunde balanço provisório com balanço intermediário. Aquele consiste em uma avaliação precária, cujo conteúdo não é definitivo. O balanço provisório admite retificação ampla posterior e corresponde a um documento sem maiores efeitos jurídicos. Já o balanço intermediário consiste em documento definitivo, cujo conteúdo retrata a situação empresarial no curso do exercício. A figura do balanço intermediário deverá estar prevista no estatuto ou decorrer de lei."

13.10.2.4 Caso o licitante seja cooperativa, tais documentos deverão ser acompanhados da última auditoria contábil-financeira, conforme dispõe o artigo 112 da Lei nº 5.764, de 1971, ou de uma declaração, sob as penas da lei, de que tal auditoria não foi exigida pelo órgão fiscalizador;

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

LG	Ativo Circulante + Realizável a Longo Prazo = Passivo Circulante + Passivo Não Circulante
SG	Ativo Total Passivo Circulante + Passivo Não Circulante
LC	Ativo Circulante = Passivo Circulante

13.10.4 As empresas que apresentarem resultado inferior ou igual a 1(um) em qualquer dos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo de (.....) do valor estimado da contratação ou do item pertinente.

Nota Explicativa: A fixação do percentual referente ao patrimônio líquido se insere na esfera de atuação discricionária da Administração até o limite legal de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação (art. 31, § 3º da Lei nº 8.666, de 1993). Entretanto, nas situações de fornecimento de bens para pronta entrega, a documentação de que tratam os arts. 28 a 31 da Lei n. 8.666, de 1993 poderá ser dispensada, especialmente no que diz respeito à exigência de patrimônio líquido, considerando o teor do art. 31, §2º, que reza: "A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo...".

Nota Explicativa 2: De acordo com o art. 24 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 03, de 2018, deve-se fixar percentual proporcional aos riscos que a inexecução total ou parcial do contrato poderá acarretar para a Administração, considerando-se, entre outros fatores, o valor do contrato, a essencialidade do objeto, o tempo de duração do contrato.

A sondagem do mercado se afigura importante, a fim de obter dados sobre o porte das empresas que atuam na área objeto da contratação. Ressalte-se que, se o referido percentual for fixado em seu mais alto patamar e o valor total estimado da contratação também for significativo, trará como consequência a necessidade de comprovação de patrimônio líquido elevado, o que poderá resultar na restrição à participação de interessados no certame, em especial, de microempresas ou empresas de pequeno porte, podendo ferir o princípio constitucional de incentivo a essas unidades empresariais. Por essa razão, é indispensável avaliação técnica sobre o assunto. **Caso feita a exigência de capital ou patrimônio líquido mínimo, fica vedada a exigência simultânea de garantia da proposta** (art. 31, III, da Lei nº 8.666/93), conforme interpretação do § 2º do mesmo dispositivo.

13.11 Qualificação Técnica

Nota Explicativa. A documentação relativa à qualificação técnica do licitante deverá constar em dispositivo editalício específico, quando a situação demandada a exigir.

Reitera-se o quanto já dito em relação às exigências de habilitação, as quais podem restringir-se a alguns itens específicos do edital, e devem ser justificadas no processo licitatório. Nos termos do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, é obrigatório o estabelecimento de

parâmetros mínimos objetivos (quantitativo, prazo, etc.) assim como é importante salientar a impossibilidade de se fixar parâmetro mínimo acima de 50%, pois somente em casos excepcionais pode ser exigido quantitativo superior a 50% do item licitado. (Acórdão 361/2017- TCU Plenário):

13.11.1 Comprovação de aptidão para o fornecimento de bens em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente, por meio da apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

13.11.1.1 Para fins da comprovação de que trata este subitem, os atestados deverão dizer respeito a contratos executados com as seguintes características mínimas:

....

....

....

....

Nota Explicativa: Conforme Acórdão nº 914/2019-Plenário do Tribunal de Contas da União, é obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha fornecido bens pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Nesse sentido, é consignado no acórdão a seguinte recomendação:

"9.3.2. estabeleça no edital da nova licitação, de forma clara e objetiva, os requisitos de qualificação técnica que deverão ser demonstrados pelos licitantes, os quais deverão estar baseados em estudos técnicos os quais evidenciem que as exigências constituem o mínimo necessário à garantia da regular execução contratual, ponderados seus impactos em relação à competitividade do certame;"

13.11.2 Prova de atendimento aos requisitos, previstos na lei

Nota Explicativa: Em havendo legislação especial incidente sobre a matéria, que preveja requisitos de habilitação técnica específicos, estes podem ser mencionados neste item do Edital. Nos termos do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, é obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Nota Explicativa: Caso admitida a participação de consórcio, incluir o item abaixo, baseado no art. 42 do Decreto nº 10.024/19 e no art. 33 da Lei nº 8.666/93

13.12 Tratando-se de licitantes reunidos em consórcio, serão observadas as seguintes exigências:

13.12.1 comprovação da existência de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelas empresas que dele participarão, com indicação da empresa-líder, que deverá possuir amplos poderes para representar os consorciadas no procedimento licitatório e no instrumento contratual, receber e dar quitação, responder administrativa e judicialmente, inclusive receber notificação, intimação e citação;

13.12.2 apresentação da documentação de habilitação especificada no edital por empresa consorciada;

13.12.3 comprovação da capacidade técnica do consórcio pelo somatório dos quantitativos de cada consorciado, na forma estabelecida neste edital;

Nota Explicativa: Para consórcios, a Administração pode exigir acréscimo de até 30% dos valores exigidos para licitante individual, salvo quando o consórcio for composto na totalidade apenas por micro e pequenas empresas. Caso se opte por adotar esse acréscimo, incluir a parte destacada entre colchetes no item 9.12.4, preencher o percentual escolhido (que deverá estar justificado no processo) e incluir o item 9.12.4.1

13.12.4 demonstração, pelo consórcio, pelo somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, do atendimento aos índices contábeis definidos neste edital [, com o acréscimo de%], para fins de qualificação econômico-financeira, na proporção da respectiva participação;

13.12.4.1 Quando se tratar de consórcio composto em sua totalidade por micro e pequenas empresas, não será necessário cumprir esse acréscimo percentual na qualificação econômico-financeira;

13.12.5 responsabilidade solidária das empresas consorciadas pelas obrigações do consórcio, nas fases de licitação e durante a vigência do contrato;

13.12.6 obrigatoriedade de liderança por empresa brasileira no consórcio formado por empresas brasileiras e estrangeiras;

13.12.7 constituição e registro do consórcio antes da celebração do contrato; e

13.12.8 proibição de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

13.13 O licitante enquadrado como microempreendedor individual que pretenda auferir os benefícios do tratamento diferenciado previstos na Lei Complementar n. 123, de 2006, estará dispensado (a) da prova de inscrição nos cadastros de contribuintes estadual e municipal e (b) da apresentação do balanço patrimonial e das demonstrações contábeis do último exercício.

Nota Explicativa: A apresentação do Certificado de Condição de Microempreendedor

Individual - CCMEI supre as exigências de inscrição nos cadastros fiscais, na medida em que essas informações constam no próprio Certificado. .

13.14 A existência de restrição relativamente à regularidade fiscal e trabalhista não impede que a licitante qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte seja declarada vencedora, uma vez que atenda a todas as demais exigências do edital.

13.14.1 A declaração do vencedor acontecerá no momento imediatamente posterior à fase de habilitação.

13.15 Caso a proposta mais vantajosa seja ofertada por licitante qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, e uma vez constatada a existência de alguma restrição no que tange à regularidade fiscal e trabalhista, a mesma será convocada para, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, após a declaração do vencedor, comprovar a regularização. O prazo poderá ser prorrogado por igual período, a critério da administração pública, quando requerida pelo licitante, mediante apresentação de justificativa.

13.16 A não-regularização fiscal e trabalhista no prazo previsto no subitem anterior acarretará a inabilitação do licitante, sem prejuízo das sanções previstas neste Edital, sendo facultada a convocação dos licitantes remanescentes, na ordem de classificação. Se, na ordem de classificação, seguir-se outra microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa com alguma restrição na documentação fiscal e trabalhista, será concedido o mesmo prazo para regularização.

13.17 Havendo necessidade de analisar minuciosamente os documentos exigidos, o Pregoeiro suspenderá a sessão, informando no "chat" a nova data e horário para a continuidade da mesma.

13.18 Será inabilitado o licitante que não comprovar sua habilitação, seja por não apresentar quaisquer dos documentos exigidos, ou apresentá-los em desacordo com o estabelecido neste Edital.

13.19 Nos itens não exclusivos a microempresas e empresas de pequeno porte, em havendo inabilitação, haverá nova verificação, pelo sistema, da eventual ocorrência do empate ficto, previsto nos artigos 44 e 45 da LC nº 123, de 2006, seguindo-se a disciplina antes estabelecida para aceitação da proposta subsequente.

13.20 O licitante provisoriamente vencedor em um item, que estiver concorrendo em outro item, ficará obrigado a comprovar os requisitos de habilitação cumulativamente, isto é, somando as exigências do item em que venceu às do item em que estiver concorrendo, e assim sucessivamente, sob pena de inabilitação, além da aplicação das sanções cabíveis.

13.20.1 Não havendo a comprovação cumulativa dos requisitos de habilitação, a inabilitação recairá sobre o(s) item(ns) de menor(es) valor(es) cuja retirada(s) seja(m) suficiente(s) para a habilitação do licitante nos remanescentes.

Nota explicativa: O subitem acima só se aplica nas licitações por itens, e desde que o edital exija comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido, para fins de qualificação econômico-financeira, ou comprovação de aptidão, para fins de qualificação técnica.

Na licitação por itens, as exigências de habilitação (especialmente qualificação econômico-financeira e técnica) devem ser compatíveis e proporcionais ao vulto e à complexidade de cada item. Não se pode exigir do licitante que concorre em apenas um item requisitos de qualificação econômico-financeira ou técnica correspondentes ao objeto da licitação como um todo. Todavia, quando o licitante concorre em mais de um item, compromete-se a executar concomitantemente as diversas contratações que poderão advir, de modo que, nessa hipótese, os requisitos de habilitação devem ser cumulativos, mas apenas exigíveis em relação aos itens que o licitante efetivamente venceu, e não apenas concorreu. Tal é a orientação do TCU (Acórdão nº 1.630/2009 – Plenário).

No caso de a habilitação do licitante não atingir as exigências cumulativas para todos os itens (ou grupos) para os quais concorreu, então o licitante deverá ser inabilitado em algum ou alguns deles, e a escolha deve recair sobre aquele ou aqueles que representarem o menor gravame para o licitante, ou seja, os de menor valor, e só deve recuar sobre os que forem suficientes para que a habilitação do licitante atinja as exigências cumulativas do item ou itens remanescentes.

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

246. **Ademais, o item 13.9 do edital, referente à qualificação técnica, vale frisar que há apenas a remissão ao Termo de Referência, o que não se mostra adequado.** As exigências de qualificação técnica devem ser previstas de maneira expressa no Edital, não sendo suficiente a simples remissão aos anexos. Ademais, nesse quesito, tem-se a acrescentar que é fundamental que a administração observe se as exigências demasiadas poderão prejudicar a competitividade da licitação e ofender o disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, o qual preceitua que "o processo de licitação pública... somente sendo permitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

247. No item 14 do Edital, devem constar os itens 10.3 a 10.6 do modelo da AGU:

10.3 Os preços deverão ser expressos em moeda corrente nacional, o valor unitário em algarismos e o valor global em algarismos e por extenso (art. 5º da Lei nº 8.666/93).

10.3.1.1 Ocorrendo divergência entre os preços unitários e o preço global, prevalecerão os primeiros; no caso de divergência entre os valores numéricos e os valores expressos por extenso, prevalecerão estes últimos.

10.4 A oferta deverá ser firme e precisa, limitada, rigorosamente, ao objeto deste Edital,

sem conter alternativas de preço ou de qualquer outra condição que induza o julgamento a mais de um resultado, sob pena de desclassificação.

10.5 A proposta deverá obedecer aos termos deste Edital e seus Anexos, não sendo considerada aquela que não corresponda às especificações ali contidas ou que estabeleça vínculo à proposta de outro licitante.

10.6 As propostas que contenham a descrição do objeto, o valor e os documentos complementares estarão disponíveis na internet, após a homologação.

248. Deverão constar, ainda, as penalidades dos itens 21.4.1 e 21.4.4, 21.5 e 21.7 a 21.10 do modelo da AGU;

249. Quanto ao item 22 do modelo da AGU, que versa sobre a formação de cadastro de reserva, só deverá constar quando da utilização do SRP.

b) Quando a contratação não utilizar o Sistema de Registro de Preços:

250. No item 1, do objeto, deve ser suprimida a menção ao Registro de Preços, observando-se o modelo da AGU para a nova redação desse item.

251. Utilizar o item "dos recursos orçamentários" para licitações sem registro de preços, conforme item 2 do modelo de edital de compras da AGU.

252. Importa dizer que o item 17 do edital deverá ser suprimido no caso de não aplicação do Sistema de Registro de Preço.

253. As observações feitas anteriormente, que não dizem respeito à ARP, devem ser observadas aqui também.

ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E TERMO DE CONTRATO

254. Da análise da minuta da ata e do termo de contrato, observa-se que seguiram rigorosamente o modelo proposto pela AGU, motivo pelo qual não há recomendações a serem realizadas. No entanto, quando for o caso de utilização do Sistema de registro de Preços, percebe-se que a minuta de ata não atende ao item 4 do modelo AGU, que versa sobre a adesão à ata de registro de preços, a qual consta no item 3 do Edital, devendo ser analisada a pertinência de tal item.

255. Na Ata de registro de preços, não se vislumbrou o item referente às penalidades, que deverá constar obrigatoriamente, conforme item 7 do modelo da AGU. É válido frisar que tal item consta no Termo de Referência.

256. Nas Condições gerais da ata de compras, deverá ser substituída, ou mesmo suprimida, a expressão final "de houver" por "(se houver)", conforme modelo da AGU.

CONCLUSÃO

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

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

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

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

261. Ressalta-se que com a emissão do presente parecer, o Parecer Referencial nº 201/2015 será imediatamente revogado, constituindo irregularidade por parte das áreas deste Ministério da Saúde a sua utilização para embasar aquisições de medicamentos e insumos estratégicos para saúde.

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

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

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

À consideração superior.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

JAMILLE COUTINHO COSTA
Advogada da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000155322201853 e da chave de acesso 21e35bce

Notas

1. ^a ^b *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.
2. [^] *Leis de licitações públicas comentadas / Ronny Charles Lopes de Torres. - revista, ampl. e atualiz. 10. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.*
3. [^] *Licitações e contratos administrativos / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.*
4. [^] *Curso de Direito Administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2018.*

Documento assinado eletronicamente por JAMILLE COUTINHO COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 346718636 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JAMILLE COUTINHO COSTA. Data e Hora: 29-11-2019 12:34. Número de Série: 13813667. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO G, EDIFÍCIO SEDE, 6º ANDAR, BRASÍLIA/DF, CEP 70058-900

DESPACHO n. 04921/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.155322/2018-53

INTERESSADO: Departamento de Logística em Saúde - DLOG/SE/MS.

ASSUNTO: Parecer Referencial. Pregão. Aquisição de Medicamentos e Insumos Estratégicos para a Saúde.

1. Aprovo o PARECER REFERENCIAL n. 00041/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 28/11/2019, da lavra da Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres Substituta, Advogada da União Jamille Coutinho Costa, adotando seus fundamentos e conclusões, na forma de manifestação jurídica referencial referente à aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para a saúde na modalidade pregão, na forma eletrônica, com ou sem utilização do Sistema de Registro de Preços.

2. Reitera-se que, com a presente aprovação, o PARECER REFERENCIAL nº 201/2015 encontra-se revogado.

3. 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.

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

- o a) junte as presentes manifestações ao sistema SEI e encaminhe os autos virtuais à Coordenação-Geral de Aquisições de Insumos Estratégicos para Saúde - CGIES/DLOG/SE/MS, para ciência;
- o b) atra tarefa, via sistema SAPIENS e SEI:
 - i) à Chefe do Serviço de Apoio aos Sistemas de Tramitação de Documentos, para alimentação da página da Consultoria Jurídica;
 - ii) à Chefe de Gabinete da Consultoria Jurídica, para inserção na página do Ministério da Saúde.
- o c) abra tarefa, via SAPIENS, à Consultoria-Geral da União, aos cuidados do Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas - DEINF/CGU/AGU, para ciência e registro;
- o d) arquive o processo em epígrafe no sistema SAPIENS.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

CIRO CARVALHO MIRANDA

Advogado da União

Consultor Jurídico junto ao Ministério da Saúde

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000155322201853 e da chave de acesso 21e35bce

Documento assinado eletronicamente por CIRO CARVALHO MIRANDA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 350544312 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CIRO CARVALHO MIRANDA. Data e Hora: 29-11-2019 13:10. Número de Série: 22394. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v5.

