



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

SIPAR nº 25000.184788/2011-90
PARECER/AGU/CONJUR/MS/CODELICI/AVP Nº /2012

Interessado: Coordenação-Geral de Compras de Insumos Estratégicos para Saúde – CGIES/DLOG/SE/MS
Procedência: Coordenação-Geral de Compras de Insumos Estratégicos para Saúde – CGIES/DLOG/SE/MS
Assunto: Aquisição de medicamentos para atendimento de decisões judiciais

EMENTA: Administrativo. Llicitação. Pregão Eletrônico. Sistema de Registro de Preços. Aquisição de medicamentos para atendimento de demandas oriundas de decisões judiciais. Análise jurídica.

Excelentíssimo Senhor Consultor Jurídico do Ministério da Saúde,

Trata-se de processo administrativo instaurado para a realização de pregão eletrônico, cujo objeto é o registro de preços para aquisição de medicamentos para atendimento de demandas oriundas de decisões judiciais.

2

O processo está instruído com os seguintes documentos:

- ✓ Memorando nº 393/2011/CGIES/DLOG/SE/MS, às fls. 01/08;
- ✓ Termo de Referência, às fls. 10/15;
- ✓ Despacho nº 700/2011-CGAFME/DAF/SCTIE/MS, à fl. 16;
- ✓ Proposições de preços pesquisados, às fls. 17/268;
- ✓ Minuta do Edital do Pregão, às fls. 269/281;
- ✓ Anexo I - Termo de Referência às fls. 281v/284;
- ✓ Anexo II – Condições para fornecimento e recebimento dos medicamentos, às fls. 284v/285;
- ✓ Anexo III – Modelo de Proposta de Preços, fl. 285v;
- ✓ Anexo IV - Minuta da Ata de Registro de Preços, às fls. 286/288;
- ✓ Anexo V - Minuta de Anexo à Nota de Empenho – Informações Complementares, às fls. 288v/290v;
- ✓ Anexo VI - Modelo de Declaração de Inexistência de Menor Trabalhador, à fl. 291;
- ✓ Anexo VII - Modelo de Declaração de Elaboração Independente de Proposta, à fl. 291v;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

- ✓ Anexo VIII – Modelo de Declaração de Inexistência de Fatos Impeditivos à Habilitação, à fl. 292.

3 Os autos foram remetidos a esta Consultoria Jurídica por meio do Despacho s/nº da CGIES/DLOG/SE/MS à fl. 294, em atenção ao disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

4 É o relatório.

ANÁLISE JURÍDICA

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

MODALIDADE DE LICITAÇÃO – PREGÃO ELETRÔNICO – REQUISITOS

6 **A modalidade de licitação é o pregão eletrônico, o que está em conformidade com a legislação em vigor.** De fato, preceitua o art. 4º, do Decreto n.º 5.450/2005 que “para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica”.

7 O art. 9º do Decreto n.º 5.450/2005 estabelece que:

Art. 9º. Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;

II - aprovação do termo de referência pela autoridade competente;

III - apresentação de justificativa da necessidade da contratação;

IV - elaboração do edital, estabelecendo critérios de aceitação das propostas;

V - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, inclusive no que se refere aos prazos e às condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração; e

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

§ 1º A autoridade competente motivará os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração.

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

8 De acordo com o art. 2º do Decreto 3.931/2001, que “regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666/1993”:

Art. 2º Será adotado, preferencialmente, o SRP nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações freqüentes;

II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;

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; e

IV - quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Parágrafo único. Poderá ser realizado registro de preços para contratação de bens e serviços de informática, obedecida a legislação vigente, desde que devidamente justificada e caracterizada a vantagem econômica.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

9 A norma, como ressalta Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹, “de conteúdo meramente exemplificativo, reflete, na verdade, os casos em que, mais frequentemente, se fará a aplicação do *sistema*”. Ou seja, a utilização do Sistema de Registro de Preços, na verdade, não está condicionada à configuração das hipóteses do art. 2º do Decreto 3.931/2001, podendo ocorrer em outras situações. No entanto, pelo que se depreende da norma, nos casos ali descritos a adoção do Sistema de Registro de Preços é **preferencial**.

10 De acordo com o contido nos autos, a aquisição do quantitativo dos medicamentos a serem licitados não será realizada em parcela única, mas sim, de acordo com as necessidades da área responsável para atendimento das demandas originadas de decisões judiciais, durante o período de vigência da Ata de Registro de Preços a ser celebrada. **Assim, entende-se cabível, na presente hipótese, a adoção do Sistema de Registro de Preços.**

11 Dessa forma, necessário observar-se na elaboração do edital o disposto no art. 9º do Decreto nº 3.931/2001:

Art. 9º O edital de licitação para registro de preços contemplará, no mínimo: [\(Redação dada pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002\)](#)

I - a especificação/descrição do objeto, explicitando o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para a caracterização do bem ou serviço, inclusive definindo as respectivas unidades de medida usualmente adotadas;

II - a estimativa de quantidades a serem adquiridas no prazo de validade do registro;

III - o preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar, por contratação, consideradas as regiões e as estimativas de quantidades a serem adquiridas;

IV - a quantidade mínima de unidades a ser cotada, por item, no caso de bens;

V - as condições quanto aos locais, prazos de entrega, forma de pagamento e, complementarmente, nos casos de serviços, quando cabíveis, a freqüência, periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem fornecidos e utilizados, procedimentos a serem seguidos, cuidados, deveres, disciplina e controles a serem adotados;

VI - o prazo de validade do registro de preço;

¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 327.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

VII - os órgãos e entidades participantes do respectivo registro de preço;

VIII - os modelos de planilhas de custo, quando cabíveis, e as respectivas minutas de contratos, no caso de prestação de serviços; e

IX - as penalidades a serem aplicadas por descumprimento das condições estabelecidas.

§ 1º O edital poderá admitir, como critério de adjudicação, a oferta de desconto sobre tabela de preços praticados no mercado, nos casos de peças de veículos, medicamentos, passagens aéreas, manutenções e outros similares.

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

TERMO DE REFERÊNCIA

12 Para a confecção do Termo de Referência se faz necessário o cumprimento dos requisitos básicos, devendo ser observada a composição mínima exigida na legislação em vigor, a qual está prevista no art. 9º, incisos I e II e §2º do Decreto nº 5.450/2005, *in verbis*:

“Art.9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;

II - aprovação do termo de referência pela autoridade competente;
(...)

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.”



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

13 O órgão requisitante elaborou o Termo de Referência para aquisição de 26 (vinte e seis) medicamentos para atendimento de demandas originadas de decisões judiciais, conforme se verifica às fls. 10/15.

14 Importa observar que o texto do termo de referência que será adotado no instrumento convocatório deve ser assinado pela autoridade competente da área demandante.

JUSTIFICATIVA DA CONTRATAÇÃO PRETENDIDA

15 O inciso I do artigo 3º, primeira parte, da Lei 10.520/2002, exige que a autoridade competente justifique a necessidade da contratação. Vale salientar, inclusive, que a ausência ou incoerência da justificativa pode ocasionar a responsabilização do administrador perante o Tribunal de Contas da União.

16 A justificativa para a contratação pretendida *in casu* foi apresentada pela CGIES/DLOG/SE/MS por meio do Memorando nº 393/CGIES/DLOG/SE/MS, nos seguintes termos:

O número de aquisições realizadas pelo Ministério da Saúde para atendimento a pacientes que recebem a tutela do Poder Judiciário para o fornecimento de medicamentos, fundamentada na garantia constitucional à saúde, há muito vem aumentando internamente o quantitativo de processos administrativos em que se executam essas aquisições, impactando sobremaneira as atividades desta Coordenação de Compras de Insumos Estratégicos para a Saúde – CGIES, subordinada ao Departamento de Logística – DLOG, responsável pelos procedimentos de aquisição de medicamentos no âmbito do Ministério da Saúde.

O aumento dessas aquisições e, consequentemente, o comprometimento no seu atendimento pelo Ministério da Saúde, fez com que o Consultor Jurídico desta Pasta advertisse a Secretaria Executiva, por meio do MEMORANDO/CONJUR/Nº 885, de 28 de setembro de 2009, cópia anexa, solicitando providências “seja no suprimento de recursos materiais e humanos, seja na racionalização das rotinas ali observadas [CGIES] e, bem assim, na adoção de procedimentos simplificados e de medidas para garantir a provisão de medicamentos mais demandados judicialmente, tal como o registro de preços” [sem grifo no original].

Em seguida, esta CGIES, ciente das sugestões feitas pela CONJUR, solicitou ao Diretor do Departamento de Logística orientação quanto à adoção de medidas que conferissem maior celeridade nas aquisições em que se observou a necessidade de compra de um mesmo medicamento para atendimento a diversas decisões judiciais, conforme NOTA TÉCNICA Nº 01/2009/CGIES/DLOG/SE/MS, de 19 de outubro de 2009, que segue por cópia anexa. O Diretor do Departamento de Logística, por sua vez, manifestou-se por meio do DESPACHO Nº 601/DLOG/SE/MS/2009, em 22 de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

outubro de 2009, cuja cópia segue anexa, solicitando adoção de providências para a viabilização de Compras Agrupadas nos casos que envolvessem o mesmo medicamento em diversas decisões judiciais. Sendo assim, de imediato, buscou-se simplificar os procedimentos de aquisição, conforme sugerido pela CONJUR.

A opção pela adoção do Registro de Preços, também sugerida pelo Consultor Jurídico e ressaltada na Nota Técnica N° 01/2009 elaborada pela CGIES ao DLOG, foi objeto de observação pela Controladoria-Geral da União – CGU, em auditoria realizada no Ministério da Saúde no exercício de 2008, quando se deparou com o número excessivo de Dispensas de Licitação em um mesmo processo e recomendou a adoção do Registro de Preços para atender às demandas judiciais, objetivando rapidez no procedimento de aquisição:

"1.2.1.2 Constatação (009) Número excessivo de Dispensa de Licitação em um mesmo processo para a aquisição de medicamento Etanercept, objetivando atender demanda judicial.

Recomendação: 001 – Verificar a viabilidade de adoção de registro de preços para contratações diretas. Assim, as contratações diretas realizar-se-ão mais rapidamente, mediante a utilização dessa modalidade." [sem grifo no original]

Desse modo, a CGIES, no tocante à sugestão da CONJUR em relação à implementação do Registro de Preços, ressalta a necessidade da elaboração de Termo de Referência pela área técnica competente do Ministério da Saúde, uma vez que a própria CGIES exerce o papel da executora das compras nas demandas que lhe são submetidas.

17 Em suma, a licitação para registro de preços dos medicamentos constantes no Termo de Referência produzido pela área técnica deste Ministério visa o atendimento de demandas originadas de decisões judiciais. Dessa feita, **entende-se formalmente atendida a determinação do inciso I do artigo 3º, primeira parte, da Lei 10.520/2002 c/c o inciso II do artigo 9º do Decreto 5.450/2005**, frisando-se que o teor da justificativa é de responsabilidade do administrador.

PESQUISA DE PREÇOS

18 A cotação de preços para estimar o valor da licitação é fundamental para que se tenha parâmetros quanto à compatibilidade dos preços praticados dentro da Administração e o efetivo orçamento disponível para arcar com este ônus.

19 Consta do presente processo nota elaborada pelo DAF com "proposições de preços pesquisados nas compras efetuadas por instituições públicas informadas no Banco de Preços (BPS) do Ministério da Saúde e no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – (MP), no Anexo I".



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

20 Ademais, a Coordenação Geral de Análise das Contratações de Insumos Estratégicos para Saúde informou, no despacho de fl. 222 que “a pesquisa complementar desta Coordenação será anexada em momento posterior após o retorno dos autos da ilustre Consultoria Jurídica deste Ministério”.

21 Impende salientar que a estimativa dos custos do pregão visa orientar o pregoeiro quando da adjudicação do objeto da licitação, evitando-se, assim, licitações cujas aquisições encontram-se com preços sobrevalorados ou manifestamente inexequíveis, passíveis de apuração pelo Tribunal de Contas da União.

PREÇO UNITÁRIO MÁXIMO

22 O inciso III do art. 9º do Decreto nº 3.931/2001 determina que o edital para registro de preços deverá contemplar minimamente, dentre outros, “o preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar, por contratação, consideradas as regiões e as estimativas de quantidades a serem adquiridas”.

23 Jorge Ulisses Jacoby Fernandes destaca que “o Decreto nº 3.931/01 **exige e a doutrina recomenda** a fixação do preço máximo”². Vale frisar que tal afirmação está inserida no item que trata do exame do edital pelo órgão jurídico, mais especificamente no subitem “cláusulas obrigatórias”.

24 Em comentário ao inciso III do art. 9º do Decreto nº 3.931/2001, o autor acima citado, aduz que³:

Em complemento aos comentários ao art. 3º, inc. IV, cabe observar que a Lei nº 8.666/93, no art. 40, inc. X, nunca vedou à Administração o estabelecimento de preço máximo que se dispunha a pagar, sendo tal prática até incentivada por doutrinadores de escolas, como Carlos Pinto Coelho Mota. Essa exigência só pode ser cumprida com eficiência, quando se sabe com certeza o que é pretendido - exata definição do produto - e a

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Ob. Cit., p. 252/253.

³ Disponível no site:

<http://www.zenite.com.br/isp/site/item/Text1Text2AutorDet.jsp?PagAtual=1&Modo=2&IntPrdId=1&IntSclId=71&IntItemId=44&IntDocId=9807>. Acesso em: 26 ago. 2009.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

pesquisa realizada, além de confiável, tenha observado as peculiaridades do mercado. Com essa exigência, a Administração impôs a si mesma rigor e técnica nas compras.

O desprezo a essa norma apenas dificultará o trabalho da comissão de licitação, no futuro, expondo seus membros a um processo decisório subjetivo e de risco.

25 A seu turno, o art. 8º da IN/MARE nº 08/1998, que dispõe sobre a regulamentação dos procedimentos licitatórios e de contratação de fornecimentos processados pelo Sistema de Registro de Preços, no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do sistema de Serviços Gerais – SISG, é expresso no sentido da necessária definição do preço máximo que a Administração se dispõe a pagar, a ser procedida pelo órgão ou entidade responsável pela condução do certame licitatório, após tabulados e processados os dados da pesquisa de preços realizada na forma dos artigos 6º e 7º da mesma Instrução Normativa (acima transcritos).

Art. 8º. Tabulados e processados os dados da pesquisa, o órgão ou entidade responsável definirá o preço máximo que se dispõe a pagar na licitação e encaminhará ao MARE as informações de que trata o parágrafo único do artigo 1º desta Instrução.

26 O Tribunal de Contas da União tinha posicionamento uniforme no sentido de que **a fixação do preço unitário máximo é obrigatória no Sistema de Registro de Preços:**

Acórdão nº 2.463/2008 – Plenário

15. Diante de todo o exposto, pode se concluir que o grande problema verificado na condução do Pregão Eletrônico nº 48/2006-Sistema de Registro de Preços foi a não elaboração de um orçamento adequado, resultante de ampla pesquisa de mercado, para definir os preços máximos que a Funasa estaria disposta a pagar pelos produtos licitados. Frise-se que, se o Pregão não tivesse sido revogado, o que ocorreu em função da atuação desta Corte, os prejuízos ao erário poderiam ter sido vultosos, vez que além da Funasa outros órgãos/entidades poderiam se utilizar da Ata de Registro de Preços para a aquisição dos produtos ali registrados.

Acórdão nº 1.113/2008 - Plenário

*9.2.2. faça constar dos autos dos procedimentos licitatórios os orçamentos dos bens ou serviços a serem licitados, nos termos do art. 3º, inciso III, da Lei nº 10.520/2002, e, **no caso dos editais de licitação para registro de preços, o preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar, por***



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

contratação, consideradas as regiões e as estimativas de quantidades a serem adquiridas, nos termos exigidos pelo inciso III do art. 9º do Decreto nº 3.931/2001;

Acórdão nº 1.700/2007 - Plenário

26. A propósito, o Decreto nº 3.931/2001 ordena, no art. 9º, inciso III, que "o edital de licitação para registro de preços contemplará (...) o preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar, por contratação, consideradas as regiões e as estimativas de quantidades a serem adquiridas".

27 Cumpre informar que, recentemente, a Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União manifestou-se em sentido diverso, entendendo que a determinação contida no art. 9º, do Decreto nº 3.931/2001 trata-se de mera faculdade:

*Acórdão 3028/2010 - Segunda Câmara
(...)*

13. Quanto à omissão do preço máximo (alegação "d"), afirmou que a experiência tem demonstrado que, quando se divulgam no edital os preços de referência, as propostas tendem a orbitar em torno desses valores, o que acaba prejudicando a possibilidade de obtenção de preços mais vantajosos. Esse teria sido o argumento utilizado no embargo de declaração provido pelo TCU por meio do Acórdão 1.789/2009-Plenário. Embora tal decisão se refira a pregão sem registro de preços, a Autarquia argumentou que a influência da divulgação do valor de referência sobre as ofertas dos licitantes é a mesma, independentemente da finalidade do pregão.

(...)

8. No que diz respeito à alegação do item "d", divirjo do entendimento da unidade técnica no sentido de que o edital de licitação para registro de preços deve contemplar, obrigatoriamente, o preço máximo de cada lote do certame, em observância ao art. 9º, III, do Decreto n. 3.931/2001.

9. Em que pese o mencionado dispositivo regulamentador definir que o edital de licitação para registro de preços contemplará, entre outros requisitos, o preço unitário máximo por contratação que a Administração se dispõe a pagar, cabe ressaltar que a melhor interpretação dada ao artigo 40, inciso X, da Lei n. 8.666/93 é no sentido de que o referido dispositivo apenas faculta a fixação do preço máximo.

10. O Decreto n. 3.931/2001, regulamentador da Lei n. 8.666/93 quanto ao sistema de registro de preços, deve se ater às condições traçadas na lei que regulamenta, não podendo contrariar seu texto, tampouco inovar no ordenamento jurídico.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

11. É claro que sendo conhecidos os preços, é recomendável fixar os tetos máximos de aceitabilidade das propostas de preços, já que não traz qualquer prejuízo à licitação e propicia a todos os interessados o conhecimento antecipado do limite máximo que a administração, em tese, pretende pagar.

28 Importa, no entanto advertir que tal entendimento não é pacífico, como acima demonstrado, e ainda não foi submetido ao Plenário. É também válido lembrar que há disposição normativa expressa no sentido da obrigatoriedade de inclusão do preço unitário máximo no edital.

29 Alerta-se, de todo modo, que a estipulação do preço máximo deve feita de forma bastante cautelosa, por meio de uma pesquisa segura como alhures explicitado, evitando-se, com isso, problemas futuros e contratações desvantajosas para a Administração. Nesse sentido, válido transcrever o entendimento de Edgar Guimarães⁴:

Em se tratando de licitação para registrar preços, a pesquisa de mercado com vistas à identificação dos valores a serem licitados é obrigatória, consistindo em atribuição exclusiva do órgão gerenciador do registro, conforme se depreende do inciso IV, § 2º do artigo 3º do Decreto Federal nº 3.931/01.

Tal procedimento faz-se necessário em razão da prática de outro ato imposta pelo decreto regulamentador do registro de preços no âmbito federal, qual seja, a fixação de preço unitário máximo.

Ocorre que o mencionado decreto determina que o edital de licitação para registro de preços deverá, obrigatoriamente, consignar o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar por contratação consideradas as regiões e as estimativas de quantidades a serem adquiridas (artigo 9º, inciso III).

É evidente que, para o cumprimento desta determinação regulamentar, a entidade licitadora somente poderá lançar mão do valor que fora estimado pelo órgão gerenciador. Destaca-se assim a relevância desta estimativa pois, se a despesa for superestimada ou subestimada, sérios problemas emergirão.

Na primeira hipótese (despesa e preço máximo superestimado) os licitantes ficarão tentados a ofertar preços superiores aos de mercado e, em se

⁴ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços**: aspectos práticos e jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 53/55.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

concretizando, uma contratação nestas circunstâncias poderá ser taxada de superfaturada.

De outra banda, ocorrendo a segunda hipótese (despesa e preço máximo subestimado), a licitação terá grande probabilidade de restar deserta, em virtude da fixação de um preço máximo inexequível por encontrar-se muito abaixo daquele praticado no mercado.

(Grifo nosso).

DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

30 Conforme orientação normativa nº 20 da Advocacia-Geral da União, “na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato”.

31 Assim, dispensável para a realização do certame a comprovação de prévia disponibilidade orçamentária. Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁵:

Com a adoção do Sistema de Registro de Preços, a Administração deixa a proposta mais vantajosa previamente selecionada, ficando no aguardo da aprovação dos recursos orçamentários e financeiros.

Não há necessidade de que o órgão tenha prévia dotação orçamentária, porque o Sistema de Registro de Preços, ao contrário da licitação convencional, não obriga a Administração Pública, em face à expressa disposição legal nesse sentido (...).

32 Válido transcrever excerto do Acórdão TCU nº 1.487/2007 – Plenário:

A celeridade fica caracterizada pelo fato de não ser necessário orçamento prévio para a utilização do SRP. Assim, a Administração pode realizar a licitação e aguardar a liberação dos recursos para efetivar a contratação da empresa vencedora do certame. Esta vantagem toma maior relevância ao se considerar que, muitas vezes, o Congresso Nacional não aprova a Lei Orçamentária antes do final do exercício anterior.

⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Ob. Cit., p. 88.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

33 Cumpre advertir, por oportuno, que, para as despesas que advirão do certame, ao tempo das contratações, deve ser observado no atinente à emissão de empenhos o art. 60 da Lei n.º 4.320/64.

PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – DECRETO N.º 6.204/2007

34 Há que ser previsto no edital o tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte por força da Lei Complementar n.º 123, de 14 de Dezembro de 2006, e do Decreto n.º 6.204, de 05 de setembro de 2007.

35 Aliás, sobre o assunto importa destacar a Orientação Normativa nº 7, da AGU de 1º de abril de 2009, abaixo transcrita.

O TRATAMENTO FAVORECIDO DE QUE TRATAM OS ARTS. 43 A 45 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 2006, DEVERÁ SER CONCEDIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE INDEPENDENTEMENTE DE PREVISÃO EDITALÍCIA.

PUBLICAÇÃO DE AVISO DE LICITAÇÃO – MEIOS DE DIVULGAÇÃO

36 A publicação do aviso de licitação, por se tratar de registro de preços, deverá ser feita no Diário Oficial da União, em meio eletrônico e em jornal de grande circulação regional ou nacional. Tal previsão encontra-se expressa no art. 17, inciso III e § 6º, do Decreto 5.450/2005:

Art. 17. A fase externa do pregão, na forma eletrônica, será iniciada com a convocação dos interessados por meio de publicação de aviso, observados os valores estimados para contratação e os meios de divulgação a seguir indicados:

(...)

III - superiores a R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais):

- a) Diário Oficial da União;
- b) meio eletrônico, na internet; e
- c) jornal de grande circulação regional ou nacional.

(...)

§ 6º Na divulgação de pregão realizado para o sistema de registro de preços, independentemente do valor estimado, será adotado o disposto no inciso III.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

37

Também nesse sentido o entendimento do Tribunal de Contas da

União⁶.

Na divulgação de pregão realizado para o sistema de **registro de preços, independentemente do valor estimado**, a publicação será feita:

- no Diário Oficial da União;
- em meio eletrônico, na Internet; e
- em jornal de grande circulação regional ou nacional.

(Grifo do original).

38

Edgar Guimarães⁷ ressalta que:

Este aviso deverá conter um mínimo de informações necessárias à efetiva publicidade do certame. Destacam-se as seguintes: nome da entidade licitadora; modalidade e tipo da licitação; objeto; data para entrega dos envelopes; endereço, data e hora em que ocorrerá a sessão pública; local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital.

39

Em relação ao conteúdo do aviso, importante transcrever o art. 4º, inciso II, da Lei nº 10.520/2002, e o art. 17, § 2º, do Decreto nº 5.450/2005:

Lei nº 10.520, Art. 4º, II – do aviso constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital;

Decreto nº 5.450, Art. 17, § 2º – O aviso do edital conterá a definição precisa, suficiente e clara do objeto, a indicação dos locais, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital, bem como o endereço eletrônico onde ocorrerá a sessão pública, a data e hora de sua realização e a indicação de que o pregão, na forma eletrônica, será realizado por meio da internet.

40

Sobre o prazo mínimo de publicidade do edital, é também Edgar Guimarães⁸ que se manifesta:

De outra banda, o inciso V do artigo 4º da Lei nº 10.520/02 estabelece que o prazo para apresentação das propostas em licitações modalidade pregão não será inferior a 8 dias úteis, sendo esta, portanto, a regra para o pregão de registro de preços.

⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações & Contratos:** orientações básicas. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006, p. 159. Disponível no site: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/biblioteca_tcu/biblioteca_digital/LICITACOES CONTRATOS_3AED.pdf. Acesso em: 23 jun. 2010.

⁷ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. Ob. Cit., p. 72.

⁸ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. Ob. Cit., p. 73.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

41 Ressalte-se ainda que o art. 17, § 4º, do Decreto nº 5.450/2005 prevê o prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis, contado a partir da publicação do aviso, para a apresentação das propostas pelos interessados:

Art. 17, § 4º O prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a oito dias úteis.

SOBRE AS SANÇÕES – O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA LEI N° 8.666/1993

42 Importa observar que o rol de infrações do art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e do art. 28 do Decreto nº 5.450/2005 é exaustivo, enquanto o art. 87 da Lei nº 8.666/1993 de modo abrangente se refere simplesmente a “inexecução total ou parcial do contrato”, desse modo, **para as infrações que não se enquadrem no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e/ou no art. 28 do Decreto nº 5.450/2005**, é possível a aplicação das penalidades previstas no art. 87, da Lei nº 8.666/1993, já que essa lei é de aplicação subsidiária ao pregão.

43 Nesse sentido, vale transcrever o entendimento de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

A aplicação das sanções do art. 87 da Lei nº 8.666/93, também na modalidade do pregão, torna-se eficaz quando a infração cometida não componha o exaustivo elenco do art. 7º da Lei nº 10.520/02 (princípio a tipicidade), como, por exemplo, na hipótese de o adjudicatário prestar a garantia em valor insuficiente ou, durante a execução do contrato, deixar de atualizá-la (art. 56, §2º, da Lei nº 8.666/93).

44 Sobre o assunto, importante também atentar para as observações contidas no PARECER/AGU/CONJUR/MS/CODELICI/AVP Nº 97/2010 (cópia anexa), aprovado pelo Consultor Jurídico por meio do DESPACHO nº 198/2010, em especial o seguinte:

Em verdade, a despeito das penalidades fixadas nas propostas de texto não suplantarem o máximo legal admitido, já fixam, de antemão, a penalidade a ser aplicada independentemente da análise do caso concreto, retirando do Administrador a possibilidade de dosar a pena com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que não é recomendável.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

O art. 7º da Lei nº 10.520/2002, da forma como está escrito, permite, corretamente, que a autoridade efetue a dosagem da pena, avaliando a gravidade do fato diante do caso concreto. Realmente, um mesmo fato pode trazer implicações e consequências diversas, podendo atingir de forma mais leve ou mais forte o bem jurídico protegido, e, portanto, devendo ser apenado de modo diferente.

(...)

Assim, s.m.j., mais adequado seria a fixação de faixas de penalidade, com a previsão do mínimo e máximo admitido para a conduta em espécie.

REGULARIDADE FISCAL

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

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

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

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

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



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

DA REGULARIDADE SANITÁRIA

49 Tratando-se de aquisição de medicamentos, necessário se faz que sejam apresentadas à área técnica competente as comprovações e exigências oriundas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA em relação ao produto e produtor, para a confirmação de sua regularidade.

50 O presente certame deverá observar integralmente as determinações contidas na Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976 e suas alterações posteriores, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos.

ANÁLISE DAS MINUTAS ACOSTADAS AOS AUTOS

51 Em relação às minutias acostadas aos autos, fazem-se necessárias algumas recomendações/observações:

➤ **Quanto à minuta de edital:**

- a) Acerca dos Anexos VI, VII e VIII, ressalta-se que, s.m.j., as declarações ali contidas devem ser efetivadas “em campo próprio do sistema”, visto que está sendo adotado o pregão eletrônico;
- b) Relativamente ao item 5.12.3, recomenda-se a observância da Resolução CMED nº 3, de 2 de março de 2011, que entrou em vigor desde a data de sua publicação no DOU, em 09.03.2011, revogando tacitamente a Resolução nº 4/2006, uma vez que veio a regular inteiramente a matéria, dispondo no inciso V do art. 2º a aplicabilidade do Coeficiente de Adequação de Preço – CAP ao preço dos medicamentos adquiridos por força de ação judicial, independente de constarem da relação de que trata o § 1º do referido dispositivo;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

- c) Com relação ao item 5.12.4, recomenda-se que a área verifique se aplicável as isenções do ICMS previstas em Convênios do CONFAZ, em especial os 87/2002 e 140/2001;
- d) Recomenda-se a revisão do item 5.12.6, que deverá guardar consonância com a previsão contida na Cláusula Quarta do Anexo IV – Minuta da Ata de Registro de Preços, segundo a qual “a contratação será realizada por meio de nota de empenho”;
- e) Os itens 6.3 e 6.4 não guardam sequenciamento lógico com os itens precedentes (6.1 e 6.2) haja vista que tratam de atos a serem praticados na fase da habilitação, que deverá ocorrer após a fase de lances prevista no item 7.

De fato, a desclassificação das propostas prevista no item 6.1 e o critério de classificação contido no item 6.2 serão utilizados para a classificação automática das propostas a ser realizada pelo sistema, etapa essa que precede o início da fase competitiva do certame quando os licitantes poderão encaminhar seus lances.

Assim, sugerimos que os itens 6.3 e 6.4 sejam transferidos para o item 8 que trata especificamente da habilitação prevista no art. 25 do Decreto nº 5.450/2005;

- f) No atinente aos itens 7 e 8, cumpre repetir que, ainda que não haja previsão expressa no edital, deverá ser observado o tratamento diferenciado previsto nos arts. 43 a 45 da Lei Complementar nº 123, de 14 de Dezembro de 2006, conforme dispõe a Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União acima aludida;
- g) Observa-se, quanto ao item 8, que não consta do edital a obrigatoriedade de o licitante declarar, em campo próprio do sistema, que a proposta apresentada para participação no certame foi elaborada de maneira independente, o que deverá ser corrigido em atenção ao que preceitua a IN nº 02/2009 SLTI/MPOG.
- h) Do mesmo modo, ainda com relação ao item 8, deverá se exigir para a habilitação “prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

termos do [Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943](#), em atendimento ao inciso V do art. 29 da Lei nº 8.666/1993, incluído pela Lei nº 12.440/2011;

- i) Recomenda-se que o item 9.3 se compatibilize com o que dispõe o art. 18, § 2º do Decreto nº 5.450/2005⁹, observando-se que, de acordo com o diploma normativo, “acolhida a impugnação contra o ato convocatório, será definida e publicada nova data para realização do certame”;
- j) Quanto ao item 13.2.12, tendo em vista que, ao que parece, “a contratação será realizada por meio de nota de empenho” (cláusula IV da Ata de Registro de Preços), recomenda-se a revisão do termo inicial do prazo de entrega dos medicamentos, o qual, s.m.j., terá início a partir da retirada da nota de empenho;
- k) Acerca do item 13.2.16, alerta-se que o Ministério da Saúde deverá avaliar adequadamente as suas demandas, de modo a evitar desperdícios, especialmente considerando-se que se trata de Sistema de Registro de Preços, em que não há obrigatoriedade de contratação;
- l) No mesmo sentido, recomenda-se a integral revisão do item 17 – Do Instrumento Contratual, que deverá guardar consonância com a previsão contida na Cláusula Quarta do Anexo IV - Minuta da Ata de Registro de Preços, segundo a qual *“a contratação será realizada por meio de nota de empenho”*;
- m) Com relação ao item 19 – Da Ata de Registro de Preços, sugere-se que ele anteceda o item 17, já que, logicamente, a Ata de Registro de Preços será celebrada previamente à contratação, mesmo porque no Sistema de Registro de Preços os contratos decorrem da Ata;
- n) Quanto às sanções, recomenda-se a observância, no que couber, do PARECER/AGU/CONJUR/CODELICI/AVP nº 97/2010. Deve-se atentar para

⁹ Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

§ 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas.

§ 2º Acolhida a impugnação contra o ato convocatório, será definida e publicada nova data para realização do certame.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

que não se fira o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade na previsão das sanções do contrato;

➤ **Quanto ao Termo de Referência – Anexo I do Edital:**

- a) É importante que a redação do item relativo às “CONDIÇÕES DE ACEITE” guarde integral consonância com as previsões contidas no Edital e no Anexo II – CONDIÇÕES PARA FORNECIMENTO E RECEBIMENTO DOS MEDICAMENTOS;
- b) Cumpre, ainda, reiterar, que o Termo de Referência e o Edital devem guardar coerência entre si, observadas, inclusive, as recomendações feitas neste parecer quando da análise da minuta de edital, no que for cabível;

➤ **Quanto às condições de entrega e recebimento dos produtos:**

- a) No item 2, sugere-se a seguinte redação: “Os produtos fornecidos devem corresponder às especificações do Edital nº _____/2012 e quantitativos constantes do Anexo à Nota de Empenho”. Isso por se de registro de preços, cujos itens presentes no Edital não serão necessariamente contratados de uma única vez, ou seja, poderão ser fornecidos em quantitativos parciais e por diferentes empresas;
- b) Deve ser corrigida a referência a item editalício feita no item 3.2, visto que o item 17 do edital não trata de sanções;

➤ **Quanto à minuta da Ata de Registro de Preços:**

- a) Com relação ao parágrafo único da cláusula segunda, ressalta-se que não se verificou *in casu* a existência de órgãos participantes. A mesma observação é válida para o *caput* da cláusula terceira;
- b) Ainda quanto ao *caput* da cláusula terceira, ressalta-se que houve nova disposição sobre o CAP e sobre o PMVG por meio da Resolução nº 03, de 2



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

de março de 2011. A mesma observação se faz quanto ao parágrafo primeiro da cláusula terceira;

- c) Recomenda-se que as cláusulas quinta e sexta sejam agregadas em uma só, observando o seu teor o que preceitua o art. 12 do Decreto nº 3.931/2001;
- d) Todas as sanções pertinentes devem ser previstas na Ata de Registro de Preços, em conformidade com a previsão contida no Edital, lembrando-se que o cancelamento da Ata não é considerado como uma penalidade;
- e) Devem ser observadas todas as recomendações pertinentes feitas na análise da minuta do edital.

➤ **Quanto à minuta das Informações Complementares à Nota de Empenho:**

- a) Recomenda-se que o instrumento substitutivo do contrato contenha, no que couber, as cláusulas estabelecidas no art. 55 da Lei nº 8.666/1993, conforme dispõe o art. 62, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

52 Vale registrar que, em se tratando de pregão eletrônico para registro de preços, aplica-se a Lei nº 10.520/2002, o Decreto nº 5.450/2005 e o Decreto nº 3.931/2001, sendo a Lei nº 8.666/1993 de aplicação meramente subsidiária.

53 **Antes da publicação, o edital e o Termo de Referência deverão ser assinados pelas autoridades responsáveis por sua emissão.**

54 **Para que não seja ferido o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, recomenda esta Consultoria Jurídica que a minuta do edital, termo de referência, ata de registro de preços, e instrumento substitutivo ao contrato estejam em perfeita harmonia.**

55 Esta Consultoria se exime de qualquer responsabilidade pelas exigências técnicas feitas pela área competente deste Ministério, bem como pela justificativa/motivação apresentada para a realização do certame, tendo em vista que a análise ora procedida é tão somente jurídica, não abrangendo os aspectos



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

técnicos e econômicos do objeto licitado, nem tampouco os de conveniência e oportunidade.

CONCLUSÃO

56 Por todo o exposto, recomenda-se:

- a) sejam feitas as alterações/correções nas minutas acostadas aos autos, conforme sugerido no corpo deste parecer;
 - b) Que a publicação do aviso de licitação seja feita no Diário Oficial da União, em meio eletrônico e em jornal de grande circulação, por se tratar de registro de preços;

57 Em face das considerações tecidas, restringindo-se ao exame do aspecto jurídico-formal do processo, abstraídas as questões técnicas, as quais fogem à competência da análise desta área jurídica, entendemos inexistirem óbices à celebração do instrumento contratual pretendido, **DESDE QUE sejam atendidas as recomendações exaradas neste Parecer**, cuja inobservância implicará na não chancela deste órgão jurídico.

À apreciação superior, propondo o encaminhamento à Coordenação-Geral de Compras de Insumos Estratégicos para Saúde – CGIES/DLOG/SE/MS.

Brasília, 24 de maio de 2012.

**Aline Veloso dos Passos
Advogada da União**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde

SIPAR nº 25000.204064/2011-70

Interessado: Coordenação-Geral de Assistência Farmacêutica e Medicamentos Estratégicos – CGAFME/DAF/SCTIE/MS

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

Assunto: Pregão para Registro de Preços cujo Valor seja Superior a R\$ 500.000,00.

DESPACHO Nº /2012

APROVO. Restitua-se à unidade de procedência.

Brasília, de maio de 2012.

Jean Keiji Uema
Consultor Jurídico/MS