



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES

PARECER REFERENCIAL n. 00003/2024/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.068672/2022-67

INTERESSADOS: Coordenação-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres - CGLICI e outros

ASSUNTOS: Consulta e orientação de Atuação (Outros Assuntos)

VALOR: Inestimável

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. PARECER REFERENCIAL PARA REALIZAÇÃO, PELO DEPARTAMENTO DE LOGÍSTICA EM SAÚDE, DE PREGÕES, NA FORMA ELETRÔNICA, COM OU SEM REGISTRO DE PREÇOS, PARA A AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS ESTRATÉGICOS PARA A SAÚDE.

I. *Fundamento jurídico:* Lei nº 14.133, 2021; Decreto nº 8.538, 2015; Decreto nº 8.540, 2015; Decreto nº 10.947, 2022; Decreto nº 11.246, 2022; Decreto nº 11.462, 2023; IN SEGES/ME nº 58, 2022; IN SEGES/ME nº 73, 2022; IN SEGES/ME nº 81, 2022; Portaria ME nº 7.828, 2022; PN AGU/CGU nº 05, 2022; e ON/AGU nº 55, 2014.

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

1. RELATÓRIO

Senhor Coordenador-Geral,

1. Trata-se de expediente instaurado pelo Coordenador-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, com fulcro na Portaria Normativa AGU/CGU nº 05, de 31 de março de 2022, nos autos nº 25000.068672/2022-67, objetivando a elaboração de manifestação jurídica referencial para fornecer as orientações jurídicas necessárias à realização, pelo Departamento de Logística em Saúde, de licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, com ou sem registro de preços, para a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para saúde, com base no regime jurídico da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

2. É o relatório.

2. PRELIMINAR: A MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

2.1 Da figura da manifestação jurídica referencial

3. 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 53 da Lei nº 14.133, de 2021.

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

5. 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:

ON/AGU nº 55, de 2014

I. Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

II. Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

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

6. 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.

7. 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 (AGU).

8. Trata-se, portanto, de ato enunciativo perfeitamente afinado com o *princípio da eficiência* (artigo 37, *caput*, da Constituição), que, seguramente, viabilizará o adequado enfrentamento de questões que, embora dotadas de baixa densidade jurídica, terminavam por tumultuar a agenda desta Consultoria Jurídica, dificultando a dedicação de tempo às verdadeiras questões jurídicas. É prática recomendada pela Advocacia-Geral da União (**Enunciado BPC nº 34**) e aprovada pelo Tribunal de Contas da União (**Acórdão 2674/2014 - Plenário TCU**).

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

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

- o a manifestação jurídica referencial uniformiza a atuação do órgão jurídico relativamente às consultas repetitivas;
- o a adoção de manifestação jurídica referencial torna desnecessária a análise individualizada de processos que versem sobre matéria que já tenha sido objeto de análise em abstrato, sendo certo que as orientações jurídicas veiculadas através do parecer referencial aplicar-se-ão a todo e qualquer processo com idêntica matéria;
- o a elaboração de manifestação jurídica referencial depende da confluência de dois requisitos objetivos, a saber: *i*) a ocorrência de embaraço à atividade consultiva em razão da tramitação de elevado número de processos administrativos versando sobre matéria repetitiva e *ii*) a singeleza da atividade desempenhada pelo órgão jurídico, que se restringe a verificar o atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos; e
- o a dispensa do envio de processos ao órgão jurídico para exame individualizado fica condicionada ao pronunciamento expreso, pela área técnica interessada, no sentido de que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação jurídica referencial já elaborada sobre a questão.

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

2.2 Do cabimento da Manifestação Jurídica Referencial no caso

12. 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 *sin-g-leza 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.

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

PN AGU/CGU nº 05, de 2022

Art. 3º. (...)

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

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

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

14. Em relação ao *primeiro requisito*, **a experiência indica a existência de um volume consideravelmente alto de processos** administrativos voltados à análise das minutas dos Editais de Pregão Eletrônico, com ou sem a utilização do Sistema de Registro de Preços, cujo objetivo é a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para saúde. Com efeito, dados relativamente recentes da Divisão de Análise da Instrução Processual das Aquisições de Insumos Estratégicos para Saúde indicam a realização, anualmente, de cerca de até **229** (duzentos e vinte e nove) procedimentos dessa natureza^[1].

15. Com a obrigatoriedade de se analisar todos os processos administrativos e considerada a atual situação da força de trabalho (contando apenas *três* advogados públicos federais), haveria inegável 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.

16. Quanto ao *segundo requisito*, tem-se que o exame jurídico da CGLICI será limitado à *mera conferência de documentos*, não havendo que se falar de peculiaridades que determinem a análise jurídica individualizada dos referidos processos.

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

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

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

20. Também deverá haver remessa a esta Consultoria Jurídica, para avaliação *final* da instrução processual e da aplicação desta manifestação jurídica referencial pela unidade requisitante as aquisições cujo **valor ultrapasse o limite estabelecido para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto** previsto no artigo 6º, inciso XXII, da Lei nº 14.133, de 2021, atualmente equivalente a **R\$ 239.624.058,14** (duzentos e trinta e nove milhões seiscentos e vinte e quatro mil cinquenta e oito

reais e quatorze centavos), na forma do Decreto nº 11.871, de 29 de dezembro de 2023^[2].

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

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

3. ANÁLISE JURÍDICA

3.1 Observações iniciais

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

Enunciado BPC nº 07

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

24. A função de um órgão de consultoria é apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada. Importante salientar que, como o exame dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica, parte-se da premissa de que, em relação a estes, a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.

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

3.2 Do Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação

26. Em 21 de junho de 2023, a Advocacia-Geral da União (AGU), em parceria com o Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos (MGI), lançou o **Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação (IPPC)** (acesso por este [link](#)), documento idealizado com o propósito de uniformizar e simplificar a confecção dos artefatos de planejamento dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, oferecendo, de forma clara e direta, diretrizes às áreas técnicas responsáveis pela formatação e condução dos procedimentos de contratações públicas.

27. Assim, imbuído do propósito de assessorar preventivamente os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal sobre a fase interna das contratações públicas e, também, otimizar o trabalho dos advogados públicos responsáveis pelas atividades de assessoramento e consultoria jurídica, o **Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação (IPPC)** oferece recomendações gerais aos gestores públicos, na preparação e desenvolvimento dos processo de contratação, **cujas observância é obrigatória pelo interessado, a quem caberá avaliá-las e a elas adequar esta e futuras demandas**.

3.3 Da autorização para novas contratações e das normas de governança

28. Para atividades de custeio, deve a Administração Pública comprovar que foi obtida *autorização para celebração de contrato*, prevista no artigo 3º do Decreto nº 10.193, de 27 de dezembro de 2019. Na mesma linha, no âmbito deste Ministério da Saúde, a Portaria MS nº 402, de 8 de março de 2021, estabeleceu normas complementares para o cumprimento do mencionado Decreto, prevendo no parágrafo único de seu artigo 1º que as atividades de custeio decorrem de contratações diretamente relacionadas às atividades comuns a todos os órgãos e entidades que apoiam o desempenho de suas atividades institucionais.

29. Nos termos do artigo 3º da Portaria ME nº 7.828, de 30 de agosto de 2022, **a autorização deverá ser juntada aos autos até antes da assinatura do contrato.**

30. **É necessário, igualmente, certificar que a contratação está contemplada no Plano de Contratações Anual, alinhada com o planejamento estratégico do Ministério da Saúde e com o Plano Diretor de Logística Sustentável, consoante exigido pelo artigo 7º da IN SEGES/ME nº 81, de 25 de novembro de 2022.**

31. Ademais, **recomenda-se à Administração apresentar manifestação do setor competente acerca da essencialidade e do interesse público na contratação**, para atendimento do previsto no artigo 3º do Decreto nº 8.540, de 9 de outubro de 2015.

3.4 Da modalidade e do tipo de licitação escolhida

32. Em conformidade com o artigo 6º, inciso XIII e com o artigo 29 da Lei nº 14.133, de 2021, serão adequadas as escolhas do Pregão Eletrônico como *modalidade* de licitação e, por consequência, do menor preço, como *critério de julgamento*, sempre que o objeto a ser contratado for qualificado como *comum* pela unidade técnica.

33. Assim, **cabe à unidade consulente declarar expressamente nos autos que o objeto pode ser considerado como um bem comum.**

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

3.5 Da regularidade processual: documentos de planejamento da contratação

35. De acordo com a Lei nº 14.133, de 2021, a IN SEGES/ME nº 58, de 8 de agosto de 2022 e a IN SEGES/ME nº 81, de 2022, **a Administração Pública deverá produzir os documentos abaixo durante a fase de planejamento da contratação :**

- o documento para formalização da demanda;
- o estudo técnico preliminar;
- o mapa(s) de risco;
- o termo de referência.

36. Embora sejam documentos de natureza essencialmente técnica, algumas observações de natureza jurídico-formal sobre os artefatos mostram-se pertinentes.

37. Com efeito, no *documento de formalização da demanda*, **deverão constar os conteúdos do artigo 8º do Decreto nº 10.947, de 2022**, especialmente a justificativa da necessidade da contratação, o nome da área requisitante ou técnica com a identificação do responsável e a indicação da data pretendida para a conclusão da contratação.

38. Já o *estudo técnico preliminar* **necessita contemplar o conteúdo mínimo previsto no artigo 9º da IN SEGES/ME nº 58, de 2022: a)** a descrição da necessidade da contratação; **b)** a estimativa das quantidades a serem contratadas; **c)** a estimativa do valor da contratação; **d)** as justificativas para o parcelamento ou não da contratação; e **e)** o posicionamento conclusivo do setor competente quanto à adequação da contratação.

39. Registre-se que **eventual não previsão de qualquer dos conteúdos descritos artigo 9º, da IN SEGES/ME nº 58, de 2022, deverá ser devidamente justificada no próprio documento**, consoante artigo 9º, § 1º, do ato normativo.

40. Por seu turno, o *mapa de riscos* **deverá ser confeccionado no modelo de Gestão de Riscos Digital**, na forma do artigo 18, inciso X, da Lei nº 14.133, de 2021, e do item 5.2 do Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação (IPPC).

41. Por fim, as orientações relacionadas ao *termo de referência* serão formuladas em tópico próprio abaixo.

3.6 Da descrição adequada do objeto

42. A justificativa da necessidade, das especificações e quantitativos a serem contratados constituem questões de ordem técnica e administrativa, não cabendo a esta Consultoria Jurídica imiscuir-se nesses temas (**Enunciado BPC nº 07**).

43. Alerta-se apenas que **são vedadas especificações do objeto que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização** (artigo 9º da Lei nº 14.133, de 2021). Portanto, cabe ao gestor tomar as devidas cautelas para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais à contratação, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração, em atenção às diretrizes do subitem 1.1 do Anexo V da IN SEGES/MP nº 05, de 2017.

44. Caso as especificações somente possam ser atendidas por uma quantidade de fornecedores considerada restrita, deverá ser avaliada a pertinência de *retirar ou flexibilizar requisitos*, de modo que se possa manter apenas aqueles considerados indispensáveis (artigo 9º, inciso I e §2º, da IN SEGES/ME nº 58, de 2022).

45. Ademais, **sugere-se que a estimativa dos quantitativos a serem licitados estejam acompanhados de memórias de cálculos, documentos e informações pertinentes** (p. ex.: consumo de outras contratações, relatórios, dados sobre a demanda interna, gráficos, séries históricas, etc.)

3.7 Do parcelamento do objeto

46. A regra ser observada pela Administração nas licitações deve ser, sempre que possível, a do *parcelamento do objeto*. É imprescindível, no entanto, que isso seja técnica e economicamente viável, bem como não represente perda de economia de escala (artigo 40, inciso V, alínea 'b', da Lei nº 14.133, de 2021, e Súmula 247 do TCU).

47. Por ser o parcelamento a regra, **deve haver justificativa quando não for adotado** (p. ex., adoção da adjudicação do objeto por *lotes ou grupos*), **com indicação de uma hipótese prevista no artigo 40, §3º, da Lei nº 14.133, de 2021**.

48. Outro aspecto que merece atenção refere-se à dimensão do objeto contratual, caso envolva diversas localidades do País, com risco de *restringir a competitividade* do certame. Nessas situações, **é recomendável que exista justificativa para a concentração** (e não descentralização) **do objeto**, quando é perfeitamente possível o parcelamento da contratação.

49. Não se pretende afirmar, com isso, que seja preciso uma contratação para cada localidade, mas sim que haja uma melhor definição do objeto contratual, levando em conta a possibilidade de restringir a competitividade, uma vez que deve ser considerada a capacidade das empresas no mercado de executar o objeto na magnitude pretendida pela Administração.

3.8 Dos critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações

50. Em que pese tratar-se de assunto de natureza técnica, **cabe alertar o gestor da necessidade de se avaliar a possibilidade de adoção de critérios e práticas de sustentabilidade ambiental pertinentes ao objeto da contratação**, de acordo com os artigos 5º, 11, inciso IV, e 18, §§1º e 2º, da Lei nº 14.133, de 2021, artigo 9º, incisos II e XII, da IN SEGES/ME nº 58, de 2022 e o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis da Advocacia-Geral da União (AGU).

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

3.9 Do Sistema de Registro de Preços

52. O artigo 3º do Decreto nº 11.462, de 31 de março de 2023, autoriza a adoção do Sistema Registro de Preços (SRP) quando a Administração *julgar pertinente* e, em especial, nas situações nele elencadas:

Decreto nº 11.462, de 2023

Art. 3º O SRP poderá ser adotado quando a Administração julgar pertinente, em especial:

I - quando, pelas características do objeto, houver necessidade de contratações permanentes ou frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida, como quantidade de horas de serviço, postos de trabalho ou em regime de tarefa;

III - quando for conveniente para atendimento a mais de um órgão ou a mais de uma entidade, inclusive nas compras centralizadas;

IV - quando for atender a execução descentralizada de programa ou projeto federal, por meio de compra nacional ou da adesão de que trata o § 2º do art. 32; ou

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

53. Em atenção ao normativo, em *caso de adoção do SRP*, **é recomendável que a Administração apresente a justificativa para utilização do procedimento auxiliar, inclusive com indicação do respaldo normativo** (*caput* ou incisos do artigo 3º do Decreto nº 11.462, de 2023).

54. Além disso, nos termos do artigo 86 da Lei nº 14.133, de 2021, e do artigo 9º do Decreto nº 11.462, de 2023, **a adoção do SRP pressupõe, como regra geral, a divulgação da intenção de registro de preços perante possíveis órgãos participantes**, sendo *dispensável* essa divulgação *tão somente* quando o órgão ou a entidade gerenciadora for o único contratante (artigo 86, §1º, da Lei nº 14.133, de 2021 e artigo 9º, § 2º, do Decreto nº 11.462, de 2023).

55. De mais a mais, caso admitida a *adesão de entidades não participantes*, a Administração **deverá providenciar as informações e justificativas pertinentes**, na forma do artigo 2º, p. único, inciso VII, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

56. Ressalta-se, por oportuno, que, em se tratando de registro de preços com *indicação limitada a unidades de contratação, sem indicação do total a ser adquirido*, nas hipóteses do artigo 4º, do Decreto nº 11.462, de 2023, **é vedada a participação de outro órgão ou entidade na ata de registro de preços** (artigo 82, § 4º, da Lei nº 14.133, de 2021 e artigo 4º, p. único, do Decreto nº 11.462, de 2023).

3.10 Da pesquisa de preços e do orçamento da contratação

57. Na forma do artigo 6º, inciso XXIII, alínea 'i', artigo 18, inciso IV e §1º, inciso VI, da Lei nº 14.133, de 2021, **é dever da Administração, na contratação de serviços, elaborar planilha detalhada com a consolidação dos quantitativos e preços unitários e total da contratação, baseada em pesquisa de preços executada de acordo com a IN SEGES/ME nº 65, de 7 de julho de 2021**.

58. A pesquisa de preços deverá observar, de forma combinada ou não, os *parâmetros* elencados no artigo 5º da IN SEGES/ME nº 65, de 2021, com priorização da consulta a *sistemas oficiais de governo* e a *contratações similares feitas pela Administração Pública*. Em caso de *impossibilidade*, **devem ser apresentadas as justificativas nos autos**.

59. Se a pesquisa de preços for realizada com *fornecedores*, **é necessária a observância dos procedimentos do artigo 5º, §2º, da IN SEGES/ME nº 65, de 2021**, com especial atenção para o registro nos autos da relação de fornecedores que foram consultados e daqueles que *não* enviaram resposta, assim como das pertinentes *justificativas* para escolha das empresas consultadas.

60. **Os preços pesquisados devem ser examinados de forma crítica**, sobretudo quando houver grande variação entre

os valores apresentados, por meio de manifestação técnica fundamentada, cumprindo à Administração o discernimento sobre os efetivamente aptos a comporem a planilha de preços, podendo até serem excluídos aqueles demasiadamente discrepantes dos demais (artigo 6º, §§ 3º e 4º, da IN SEGES/ME nº 65, de 2021). **Relembra-se, todavia, que somente em casos excepcionais é admitida a determinação de preço estimado com base em menos de três preços, desde que devidamente justificada nos autos pelo gestor responsável e aprovada pela autoridade competente (artigo 6º, §5º, da IN SEGES/ME nº 65, de 2021).**

61. **A metodologia empregada para estimativa dos custos da contratação deve ser fundamentada, de forma clara, pelos agentes responsáveis**, em atenção à exigência do artigo 6º, §§1º a 3º, da IN SEGES/ME nº 65, de 2021.

62. **A pesquisa de preços deverá ser materializada em documento (parecer ou nota técnica) que contenha, no mínimo, os elementos do artigo 3º da IN SEGES/ME nº 65, de 2021** (a) identificação do(s) agente(s) responsável(is) pela pesquisa ou, se for o caso, da equipe de planejamento; b) caracterização das fontes consultadas; c) série de preços coletados; d) método estatístico aplicado para a definição do valor estimado; e) justificativas para a metodologia utilizada, em especial para a desconsideração de valores inconsistentes, inexequíveis ou excessivamente elevados, se aplicável; f) memória de cálculo do valor estimado e documentos que lhe dão suporte; e g) justificativa da escolha dos fornecedores, no caso da pesquisa direta), **além de manifestação conclusiva do órgão competente quanto à aderência do valor de referência da contratação com os preços praticados pelo mercado.**

63. Por fim, caso haja interesse na utilização da prerrogativa do artigo 24 da Lei nº 14.133, de 2021, ressalta-se que: **a) o caráter sigiloso do orçamento estimado da contratação deverá ser justificado pela Administração**, com indicação dos *benefícios almejados* pela área técnica para justificar a restrição da publicidade da estimativa do valor da contratação; e **b) o sigilo não prevalecerá** para os órgãos de controle interno e externo e *não* é compatível com as licitações cujo critério de julgamento seja o *maior desconto*.

3.11 Da opção pela licitação internacional

64. Com a Lei nº 14.133, de 2021, houve *positivação* do conceito de '*licitação internacional*', colocando (*em partes*) fim na discussão existente, no âmbito da Lei nº 8.666, de 1993, de quando configurado o instituto:

Lei nº 14.133, de 2021

Art. 6º. Para os fins desta Lei, consideram-se:

XXXV - licitação internacional: licitação processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro;

65. Dessa forma, no regime da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a licitação internacional é aquela: **a)** processada em território nacional, na qual é admitida a *participação de licitantes estrangeiros*, com a possibilidade de *cotação de preços em moeda estrangeira* (observadas as hipóteses do artigo 13 da Lei nº 14.286, de 2021); ou **b)** em que o *objeto contratual* possa ou deva ser *executado* no todo ou em parte no *território estrangeiro*.

66. Sem embargo, à semelhança do regime anterior, opção pela realização de licitação internacional *não caracteriza um ato discricionário perfeito*, uma vez que tal decisão depende de certos fatores que impulsionarão o agente público para o alargamento do certame para além das fronteiras brasileiras.

67. Um desses fatores é, indubitavelmente, a *quase certeza* (ou, até mesmo a *certeza absoluta*) de que *empresas brasileiras* ou *empresas estrangeiras estabelecidas no Brasil* *não possuem capacidade técnica ou operacional para o atendimento*.

68. Nesse caso, a instauração do certame internacional seria até mesmo *obrigatória*.

69. Outra hipótese é aquela na qual, *mesmo existindo fornecedores* do bem pretendido em solo pátrio, resolve o agente público instaurar a competição internacional, por ter nas mãos *fortes indícios* de que os *preços praticados* por essas empresas estão, devido a *fatores não naturais de mercado*, *muito além dos praticados por empresas estrangeiras*, notadamente para aquisições de vulto (**Acórdão nº 1.332/2007 – Plenário TCU**).

70. Nessa esteira, o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) é de que, "nas aquisições de objetos cujo mercado seja restrito no País, **avaliar previamente a conveniência e oportunidade de realizar licitação internacional**, nos termos dos arts. 3º e 23, § 3º, da Lei n. 8.666/1993" (**Acórdão nº 1.443/2004 – Plenário TCU**), o que, em nosso entender, *mutatis mutandi*, aplica-se às licitações conduzidas sob a Lei nº 14.133, de 2021.

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

72. De fato, assim dispõe o 52, §§ 4º e 5º, da Lei nº 14.133, de 2021:

Lei nº 14.133, de 2021

Art. 52. (...)

§ 4º Os gravames incidentes sobre os preços constarão do edital e serão definidos a partir de estimativas ou médias dos tributos.

§ 5º As propostas de todos os licitantes estarão sujeitas às mesmas regras e condições, na forma estabelecida no edital.

73. Logo, por força legal, **os gravames incidentes sobre os preços deverão constar expressamente do edital e**

definidos a partir de estimativas ou médias dos tributos. Sobre a extensão dessa obrigação, é pertinente a lição de Rafael Wallbach Schwind^[3]:

(...) parece-nos que não cabe ao edital relacionar absolutamente todos os gravames que incidem sobre os licitantes. Do contrário, voltaríamos às discussões sobre as dificuldades de se relacionar toda a carga tributária e de outros encargos e sobre a própria possibilidade de haver uma definição geral, dado que os licitantes podem se utilizar de mecanismos de elisão tributária.

Os gravames que devem ser relacionados pelo edital são apenas aqueles que incidem diretamente sobre os preços finais. Não deve haver nenhuma pretensão por parte do edital de relacionar de forma taxativa absolutamente todos os gravames em geral.

Na realidade, **o que importa é verificar em cada caso concreto se a contratação do licitante (estrangeiro ou nacional) poderá acarretar para a Administração Pública algum tipo de despesa que não haveria se outro licitante fosse contratado. No mais, cada licitante é responsável pelos encargos incidentes, não cabendo ao edital relacionar todos os encargos e muito menos tutelar os interessados dos particulares.**

74. **Aplicável, ainda, ao caso o artigo 70, p. único, da Lei nº 14.133, de 2021, e o artigo 37 da IN SEGES/ME nº 73, de 30 de setembro de 2022, em relação à habilitação:**

Lei nº 14.133, de 2021

Art. 70. (...)

Parágrafo único. As empresas estrangeiras que não funcionem no País deverão apresentar documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal.

IN SEGES/ME nº 73, de 2022

Art. 37. Quando permitida a participação de empresas estrangeiras que não funcionem no País, as exigências de habilitação serão atendidas mediante documentos equivalentes, inicialmente apresentados em tradução livre.

Parágrafo único. Na hipótese de o licitante vencedor ser empresa estrangeira que não funcione no País, para fins de assinatura do contrato ou da ata de registro de preços, os documentos exigidos para a habilitação serão traduzidos por tradutor juramentado no País e apostilados nos termos do disposto no Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016, ou de outro que venha a substituí-lo, ou consularizados pelos respectivos consulados ou embaixadas.

75. Em qualquer hipótese em que permitida a *cotação em moeda estrangeira*, alerta-se a Administração para necessidade de conceder igual oportunidade ao concorrente nacional (artigo 52, §1º, Lei nº 14.133, de 2021), ressaltando-se que **o pagamento sempre será feito em moeda brasileira corrente nacional** (artigo 52, § 2º, Lei n. 14.133, de 2021).

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

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

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

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

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

3.12 Da regularidade sanitária

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

3.13 Da designação formal do pregoeiro e da equipe de apoio

82. A exigência de *designação do pregoeiro e sua equipe de apoio* é prevista no artigo 8º, §§ 1º e 5º, da Lei nº 14.133, de 2021, e no Decreto nº 11.246, de 27 de outubro de 2022.

83. **Recomenda-se, portanto, que a Administração sempre providencie o(s) documento(s) pertinente(s) .**

3.14 **Do termo de referência**

84. O *termo de referência* é o documento que deverá conter a definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação, a fundamentação da contratação, a descrição da solução, os requisitos da contratação, o modelo de execução do objeto, o modelo de gestão do contrato, os critérios de medição e de pagamento, a forma e critérios de seleção do fornecedor, as estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado e a adequação orçamentária (artigo 6º, inciso XXIII, da Lei nº 14.133, de 2021).

85. Ademais, tratando-se de *compras*, o artigo 40, §1º, da Lei nº 14.133, de 2021, demanda que o termo de referência apresente, em acréscimo, as seguintes informações:

- o especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança, **atentando-se que a não utilização do catálogo é excepcional e demanda justificativa por escrito** (cf. artigo 6º, inciso LI, e artigo 19, inciso II e §2º, da Lei nº 14.133, de 2021 e artigo 10, p. único, da Portaria SEGES/ME nº 938, de 2022);
- o indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso; e
- o especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

86. Cumpre lembrar que **é recomendável a utilização do modelo de termo de referência elaborados pelo Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos (MGI), em parceria com Advocacia-Geral da União (AGU)**, a fim de garantir o conteúdo mínimo necessário, bem como a padronização e a celeridade na análise (artigo 19, inciso IV, da Lei nº 14.133, de 2021).

87. Isso, por certo, não impede que o Departamento de Logística em Saúde insira no termo de referência disposições *específicas* relacionadas ao mercado de aquisição de insumos estratégicos de saúde (o que, registra-se, invariavelmente *acontecerá* com base na experiência desta Consultoria Jurídica).

88. Em relação a essas cláusulas, **sugere-se apenas**, conforme previsto no Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação (IPPC), **que as alterações no modelo de minuta padrão sejam individual e devidamente justificadas quanto à sua necessidade nos autos**, evitando-se a inserção de disposições despiciendas ou em duplicidade no termo de referência.

89. De mais a mais, em observância ao artigo 4º da IN SEGES/ME nº 81, de 2022, **cabe à área técnica zelar para que o termo de referência seja elaborado no Sistema TR Digital ou, em caso de sua não utilização, a apresentação de justificativa e o uso de ferramenta informatizada própria para confecção do artefato.**

90. Sem prejuízo das recomendações acima, **constata-se a necessidade de atendimento adicional as orientações a seguir:**

1. em se tratando de registro de preços com *indicação limitada a unidades de contratação, sem indicação do total a ser adquirido*, na hipótese do artigo 4º do Decreto nº 11.462, de 2023, **é obrigatória a indicação do valor máximo da despesa** (artigo 82, § 4º, da Lei nº 14.133, de 2021, e artigo 4º, p. único, do Decreto nº 11.462, de 2023);
2. deve existir no termo de referência **certificação de que o bem não se enquadra como bem de luxo** (artigo 20 da Lei nº 14.133, de 2021, e artigo 2º do Decreto nº 10.818, de 27 de setembro de 2021);
3. caso haja opção pelo *fornecimento contínuo* (artigo 106 da Lei nº 14.133, de 2021), **a Administração deverá apresentar fundamentação para decisão**, contendo: **a)** justificativa da maior *vantagem econômica* vislumbrada em razão da contratação plurianual; **b)** indicação, no início da contratação e de cada exercício, da *existência de créditos orçamentários* vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção; e **c)** *não exercício da opção de extinção contratual*, sem ônus, ante a ausência de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando o contrato não for mais vantajoso;
4. *se for o caso*, **fundamentar a indicação de(as) marca(s) na(s) especificação(ões) do(s) bem(ns) do certame**, de modo a demonstrar sua necessidade, nos termos do artigo 41, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021 e Súmula 270 do TCU;
5. *se autorizada*, **delimitar nominalmente as parcelas passíveis de subcontratação**, observada a vedação de subcontratação total do objeto;
6. *se for o caso*, **justificar a ausência de exigência de garantia contratual**;
7. na definição do *modelo de gestão do contrato*, **observar o princípio de segregação de funções** (artigo 7º da Lei nº 14.133, de 2021), com manutenção, sempre que possível, da divisão de tarefas constantes no modelo de termo de referência da Advocacia-Geral da União (AGU);
8. nos critérios de *seleção do fornecedor*, *se for o caso*, **fundamentar a não exigência de requisitos de qualificação econômico-financeira e de habilitação técnica**, na forma do artigo 37, inciso XXI, da Constituição e do artigo 70, inciso III, da Lei nº 14.133, de 2021, **indicando os motivos que tornam desnecessária a apresentação desses documentos**;
9. se exigida *habilitação técnica*, **atentar ser admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação** (cf. artigo 67, §1º, da NLLC), vedadas limitações de tempo e de locais específicos (artigo 67, §2º, da Lei nº 14.133, de 2021); e
10. **indicar o índice adequado para o reajustamento do valor contratual**, fundamentando tecnicamente a escolha.

91. De mais a mais, fazendo-se necessária, a possibilidade de exigência de *amostra, prova de conceito* ou *outras formas de exame de conformidade do objeto* tem previsão no artigo 17, §3º, no artigo 41, inciso II, e no artigo 42, §2º, da Lei nº 14.133, de 2021, e no artigo 29, §1º, da IN SEGES/ME nº 73, de 2022.

92. A exigência de prova de conceito, amostra, protótipo, testes e outras formas de avaliação de conformidade do objeto é excepcional. Eventual exigência nesse sentido deve ser ponderada pela Administração à luz do caso concreto, mediante justificativa. O insucesso em contratações pretéritas *pode* justificar essa previsão. Há itens de baixa qualidade que simplesmente não funcionam como deveriam, embora possuam descrição técnica semelhante à de objetos de boa qualidade. O julgamento pelo menor preço pode atrair o fornecimento de bens de pouca qualidade, devendo a Administração adotar cautelas para não adquirir material imprestável e, mais importante, evitar repetidamente contratar nessas condições.

93. No entanto, **a justificativa para a exigência desses elementos deve constar do estudo técnico preliminar, cabendo ao termo de referência disciplinar a forma como essa etapa ocorrerá, bem como os critérios a serem adotados para a avaliação**, com atenção aos seguintes aspectos:

- a amostra (*e instrumentos congêneres*) só pode ser exigida do licitante melhor classificado, em prazo razoável estipulado pela Administração Pública (**Acórdão nº 2.796/2013 - Plenário TCU**);
- detalhar as regras para avaliação objetiva das amostras (**Acórdão nº 1.491/2016 - Plenário TCU**), utilizando, preferencialmente, a redação do modelo padrão do Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos (MGI), em parceria com Advocacia-Geral da União (AGU); e
- prever, expressamente, penalidade para a hipótese de não apresentação das amostras (**Acórdão nº 299/2011 - Plenário TCU**).

94. Por derradeiro, entendo que, em atenção ao *princípio da hierarquia*, inerente às estruturas administrativas, ser **recomendável providenciar a aprovação do termo de referência pela autoridade competente**.

3.15 **Do edital**

95. **É recomendável a utilização das minutas (mais) atualizadas disponibilizadas pelo Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos (MGI) e pela Advocacia-Geral da União (AGU)**, conforme artigo 19, inciso IV, e artigo 25, § 1º, da Lei nº 14.133, de 2021.

96. Novamente, cabe-nos destacar que isso não impede que o Departamento de Logística em Saúde insira no termo de referência disposições *específicas* relacionadas ao mercado de aquisição de insumos estratégicos de saúde (o que, registra-se, invariavelmente *acontecerá* com base na experiência desta Consultoria Jurídica).

97. Em relação a essas disposições, **sugere-se somente que as alterações no modelo de minuta padrão sejam individual e devidamente justificadas quanto à sua necessidade nos autos**, evitando-se a inserção de disposições despendidas ou em duplicidade no edital.

98. Além disso, entende-se que algumas observações específicas sobre a confecção do edital são pertinentes.

99. Com efeito, se adotado o *registro de preços*, **o edital deverá dispor sobre a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens e sobre a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital** (artigos 15, incisos II e IV, do Decreto nº 11.462, de 2023);

100. Ademais, em relação à *participação na licitação*, **é necessária atenção da Administração para o fato de que o Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, prevê tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP)** nas contratações públicas de bens, serviços e obras, englobando: **a)** licitações *exclusivas* para ME e EPP para os *itens, lotes ou grupos* abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); **b)** previsão de *cota reservada* de até 25% (vinte e cinco por cento) para ME e EPP, desde que não represente prejuízo para a contratação do conjunto ou do complexo de bens; e, *facultativamente*, **c)** exigência de subcontratação de ME e EPP, na forma do artigo 7º do Decreto nº 8.538, de 2015; bem como **d)** prioridade de contratação de ME e EPP sediadas local ou regionalmente até o limite de dez por cento do melhor preço válido, nos termos do artigo 9º, inciso II, do Decreto nº 8.538, de 2015.

101. O tratamento diferenciado *deve ser afastado* sempre que incidente alguma das situações previstas no artigo 10 do Decreto nº 8.538, de 2015, **com a apresentação das justificativas pertinentes e indicação do embasamento normativo**;

102. Ainda quanto à participação da licitação, a autorização ou vedação à participação de *consórcios* e a proibição de participação de *cooperativas* **devem ser fundamentada pela Administração**.

103. Por fim, quanto à *fase de habilitação*, reforça-se as recomendações do §§90.8 e 90.9 deste Parecer.

3.16 **Da ata de registro de preços**

104. Optando pela utilização do SRP, **orienta-se a utilização do modelo de minuta padrão de ata de registro de preços disponibilizada pelo Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos (MGI) e pela Advocacia-Geral da União (AGU)**, conforme artigo 19, inciso IV, e artigo 25, § 1º, da Lei nº 14.133, de 2021. **Eventuais modificações no modelo de minuta padrão devem ser individual e devidamente justificadas** quanto à sua necessidade nos autos, evitando-se a inserção de disposições despendidas ou em duplicidade.

3.17 **Do contrato ou de instrumentos equivalentes**

105. A formalização da relação jurídica entre a Administração e o particular não, necessariamente, é feita por meio de um *contrato*.

106. Com efeito, o artigo 95, inciso II, da Lei nº 14.133, de 2021, autoriza a dispensa do termo de contrato e **faculta a sua substituição por instrumentos equivalentes, a exemplo da carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço**, nos casos de compras com *entrega imediata e integral* dos bens adquiridos e dos quais *não resultem obrigações futuras*, inclusive quanto à assistência técnica, independentemente de seu valor.

107. Todavia, *se adotado*, além de certificar de que há o atendimento dos requisitos legais, a Administração deverá **zelar para que o instrumento substitutivo contenha as cláusulas elencadas no artigo 92 da Lei nº 14.133, de 2021, no que couber**, de forma que consigne as condições essenciais que regerão a execução do ajuste, como, por exemplo, a descrição precisa do objeto, as obrigações e responsabilidades das partes, a vinculação ao edital e à proposta ofertada, os prazos de execução, forma e prazo de pagamento, sanções, denter outras.

108. Por outro lado, optando pela utilização do *termo de contrato*, em atenção ao Enunciado BPC nº 06 e ao Instrumento de Padronização dos Procedimentos da Contratação (IPPC), **a unidade requisitante deverá adotar o modelo de contrato disponibilizado no sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União (AGU), justificando as alterações efetuadas.**

109. Além disso, acredita-se que algumas observações específicas, considerando a experiência desta Consultoria Jurídica com instrumentos contratuais formulados pelo Departamento de Logística em Saúde, são pertinentes.

110. Em relação à *vigência*, **reforça-se a orientação do §90.3 deste parecer.**

111. Ademais, quando permitida *subcontratação*, **recomenda-se sempre ser acompanhada da especificação do limite do valor do contrato, bem como das atividades a serem parceladas**, além de **estar em linha com as condições previamente estabelecidas em termo de referência**. Ademais, tendo em vista situações concretas submetidas à apreciação por esta Consultoria Jurídica, *em sendo o caso*, é aconselhável à área técnica avaliar a previsão genérica que autorize a subcontratação do serviço de transporte dos insumos contratados.

112. No que concerne à *garantia de execução*, **a Administração deverá atentar que, em regra, o limite legal do artigo 96 da Lei nº 14.133, de 2021, é de 5% (cinco por cento) do valor contratual**. O artigo 98 da Lei de Licitações e Contratos autoriza a majoração desse percentual para até 10% (*dez por cento*), mas condiciona a medida à justificativa mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos, o que, *se for o caso*, deverá ser incluído nos autos.

113. Por fim, na definição do *foro competente*, se não adotada a Seção Judiciária do Distrito Federal, **sugere-se à Administração preferir localidades com unidades do Ministério da Saúde (MS) e da Advocacia-Geral da União (AGU)**, de modo a facilitar a prática de atos judiciais eventualmente necessários.

3.18 Da disponibilidade orçamentária

114. A Administração deve trazer aos autos declaração do setor competente acerca da *previsão dos recursos orçamentários* necessários para fazer face às despesas decorrentes da futura contratação, indicando a respectiva rubrica, em atenção ao artigo 6º, inciso XXIII, alínea 'j' e artigo 18, *caput*, da Lei nº 14.133, de 2021.

115. É necessária, também, a informação acerca *natureza da ação* que suporta a despesa decorrente da futura contratação, à luz da Orientação Normativa AGU nº 52^[4], de 2014, ou a adoção das providências previstas no artigo 16, inciso I e II, da Lei Complementar nº 101, de 2000, com as *premissas da estimativa de impacto orçamentário-financeiro* e a *metodologia de cálculo* utilizadas (artigo 16, §2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

116. Alerta-se, ainda, para a necessidade de juntar ao expediente, antes da celebração do contrato administrativo, a *nota de empenho* suficiente para o suporte financeiro da respectiva despesa, de acordo com o artigo 60 da Lei nº 4.230, de 1964.

117. Assim, **recomenda-se à Administração zelar pela adequação e pela suficiência dos recursos orçamentários para fazer frente às despesas objeto de suas contratações, providenciando os documentos indicados acima.**

3.19 Das observações finais

118. Ressalte-se que os artefatos de planejamento, o termo de referência, o edital e o contrato devem estar compatíveis entre si, de forma que os instrumentos devem ser submetidos à revisão para que não haja contradição em suas disposições.

119. Nesse contexto, reforça-se que cumpre ao órgão **assegurar que as cláusulas que se repetem em mais de uma peça** – pagamento, sanções, obrigações, fiscalização, etc. – **sigam sempre a mesma redação**, sem discrepâncias entre as diversas versões.

120. Essa cautela deve ser redobrada quando da inserção de adaptações ou alterações, inclusive em razão das recomendações feitas no presente parecer. Do contrário, caso a mesma cláusula contenha redações distintas em cada peça, abre-se espaço para o surgimento de potenciais transtornos e controvérsias no decorrer da licitação ou da execução contratual – situação que obviamente deve ser evitada a todo custo.

121. Em caso de adoção de técnicas de remissão entre os artefatos, **semelhante cuidado deve existir em relação à efetiva presença do tópico no documento que se referencia**. De fato, esta Consultoria Jurídica já se deparou com instrumentos em que a Administração fazia remissões a cláusulas presentes em outro documento, mas que lá efetivamente não constavam.

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

123. Ademais, conforme o artigo 54, *caput*, §§1º e 3º, artigo 94 da Lei nº 14.133, de 2021 e artigo 8º, §2º, da Lei nº 12.527, de 2011, e artigo 7º, §3º, inciso V, do Decreto nº 7.724, de 2012, **cabe à Administração providenciar**:

- o a **divulgação e manutenção** do inteiro teor do **edital de licitação**, de seus anexos e do **termo de contrato no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)** e a **publicação de extrato de edital no Diário Oficial da União**, bem como em **jornal de grande circulação**, observado o prazo mínimo de **10 (dez) dias úteis**;
- o após a homologação do processo licitatório, **disponibilização no Portal de Nacional de Contratações Públicas (PNCP)** dos **documentos elaborados na fase preparatória** que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos; e
- o **disponibilização, n o sítio oficial do órgão licitante** na *internet*, cópia integral do **edital** com seus anexos, **resultado da licitação, contratos firmados e notas de empenho** emitidas.

124. Por fim, na forma do Enunciado BPC nº 06 e do Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação (IPPC) **é recomendável a instrução deste processo com a Lista de Verificação da Advocacia-Geral da União (AGU)**, a qual deve ser *totalmente preenchida*, indicando, com as informações *atualizadas*, o atendimento e o sequencial dos documentos que comprovam o cumprimento das exigências nas mencionadas, instruindo quando pertinente. Ao final, a lista de verificação deve ser assinada ao final pelo servidor responsável por sua confecção, na forma do artigo 22, §1º, da Lei nº 9.784, de 1999.

4. CONCLUSÃO

125. Diante do exposto, sob os aspectos estritamente jurídicos, ou seja, ressalvadas as informações técnicas e financeiras, bem como a conveniência e a oportunidade, após **atestada a presença de todos os requisitos elencados neste parecer**, em especial os contidos nos **itens 18, 20, 27, 29-31, 33, 35, 37-40, 43, 45, 47, 48, 50, 53-56, 57-63, 70, 71, 73-75, 79, 80, 81, 83, 85, 86, 88-90, 93, 94, 95, 97, 99-103, 104, 106-108, 110-113, 117, 119 e 121-124**, **estará a realização, pelo Departamento de Logística em Saúde, de licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, com ou sem registro de preços, para a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para saúde, com base no regime jurídico da Lei nº 14.133, de 2021, de acordo com a legislação que cuida da matéria, devendo a área técnica acostar aos autos este parecer referencial, bem como o despacho de aprovação**, sem necessidade de submissão à CONJUR/MS, consoante Orientação Normativa nº 55, do Advogado-Geral da União.

126. Em atendimento ao artigo 4º, inciso III, alínea "a", da Portaria Normativa CGU/AGU nº 05, de 2022, tendo em vista o relativo *'ineditismo'* das licitações conduzidas pelo regime da Lei nº 14.133, de 2021, a indicar a provável necessidade de adequações neste Parecer em futuro próximo, **proponho que a validade desta manifestação jurídica referencial seja de 1 (um) ano**, contado de sua aprovação definitiva no âmbito desta Consultoria Jurídica.

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

Enunciado BPC nº 05

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

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

129. Em caso de dúvidas quanto à aplicação desta manifestação jurídica referencial, deve a área técnica submeter a matéria à Consultoria Jurídica, sob pena de violação ao artigo 53 da Lei nº 14.133, de 2021.

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

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

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

- o encaminhamento do processo ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas da Advocacia-Geral da União; e
- o remessa à unidade requisitante para ciência e adoção das diligências necessárias ao ulterior prosseguimento do feito.

Brasília/DF, 06 de fevereiro de 2024.

THYAGO DE PIERI BERTOLDI

Advogado da União

ANEXO I

ATESTADO DE CONFORMIDADE DO PROCESSO COM O PARECER REFERENCIAL

Processo:

Referência/objeto:

Atesto que o presente processo, cujo objeto é a realização de licitação, na modalidade pregão eletrônico, **com/sem** registro de preços, para a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para a saúde, adequa-se à manifestação jurídica referencial correspondente ao **PARECER REFERENCIAL n. 00003/2024/CONJUR-MS/CGU/AGU**, cujas recomendações restaram plenamente atendidas no caso concreto.

Fica, assim, dispensada a remessa do processo para os fins do artigo 53 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, de prévio exame e aprovação jurídica por parte da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, conforme autorizado pela Orientação Normativa nº 55, da Advocacia-Geral da União (AGU).

_____, ____ de _____ de 202__.

Assinatura do responsável.

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

Notas

1. [^] Os dados constam do Despacho nº 0026383960/DIVIP/COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (NUP 25000.047212/2022-03) e referem-se ao ano de 2021. Vale citar que o mesmo documento sinaliza que, nos meses iniciais de 2022, em que, como é cediço, as demandas não são intensas em relação ao período de final de ano, já tinham sido realizados 65 pregões para aquisições de insumo estratégicos para a saúde.
2. [^] Na aplicação deste parágrafo, deverá a unidade requisitante observar eventuais atualizações anuais realizadas pelo Poder Executivo.
3. [^] SCHWIND, Rafael Wallbach. **Licitações Internacionais**: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 119 (grifos acrescidos).
4. [^] **ON/AGU nº 52, de 2014**: As despesas ordinárias e rotineiras da Administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes dispensam as exigências previstas nos incisos I e II do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000.



Documento assinado eletronicamente por THYAGO DE PIERI BERTOLDI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1397786656 e chave de acesso ee01f655 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): THYAGO DE PIERI BERTOLDI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 06-02-2024 17:15. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES

DESPACHO n. 00514/2024/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.068672/2022-67

INTERESSADOS: Coordenação-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres - CGLICI e outros

ASSUNTOS: Manifestação jurídica referencial para a realização, pelo Departamento de Logística em Saúde, de licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, com ou sem registro de preços, para a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para saúde, com base no regime jurídico da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

VALOR: Inestimável

1. Estou de acordo com o PARECER REFERENCIAL n. 00003/2024/CONJUR-MS/CGU/AGU, da lavra do Advogado da União Thyago de Pieri Bertoldi.

2. À consideração da Sr.^a Consultora Jurídica, conforme proposto.

Brasília, 07 de fevereiro de 2024.

[assinado eletronicamente]

RAFAEL CRUZ GOUVEIA PINHEIRO

Procurador Federal

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

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



Documento assinado eletronicamente por RAFAEL CRUZ GOUVEIA PINHEIRO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1400712920 e chave de acesso ee01f655 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL CRUZ GOUVEIA PINHEIRO. Data e Hora: 07-02-2024 08:07. Número de Série: 68472941197220432198250868279. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



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

DESPACHO n. 00583/2024/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.068672/2022-67

INTERESSADOS: Coordenação-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres - CGLICI e outros

ASSUNTO: Manifestação jurídica referencial para a realização, pelo Departamento de Logística em Saúde, de licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, com ou sem registro de preços, para a aquisição de medicamentos e insumos estratégicos para saúde, com base no regime jurídico da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021

1. **Aprovo**, nos termos do Despacho n. 00514/2024/CONJUR-MS/CGU/AGU, subscrito pelo Procurador Federal Rafael Cruz Gouveia Pinheiro, Coordenador-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, o **Parecer Referencial** n. 00003/2024/CONJUR-MS/CGU/AGU, da lavra do Advogado da União Thyago de Pieri Bertoldi.

2. Por tratar-se de manifestação jurídica referencial, está dispensada a análise individualizada, por parte desta Consultoria Jurídica, nos autos dos processos que guardem 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) mencione o documento respectivo no SEI ou extraia cópia da manifestação referencial, com respectivo despacho de aprovação, e acoste aos autos em que se pretende a aprovação.

3. Frisa-se que a **validade desta manifestação jurídica referencial é de 1 (um) ano**, a contar da presente data.

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

a) junte as presentes manifestações ao sistema SEI e encaminhe os autos virtuais ao **Departamento de Logística em Saúde - DLOG/SE/MS**, para ciência do opinativo e demais providências que entender cabíveis;

b) abra tarefa, no SAPIENS:

b.i) ao **Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas da Advocacia-Geral da União - DEINF/CGU/AGU**, para ciência e registro;

e

b.ii) à **Coordenação de Gestão Técnica e Administrativa - COGAD/CONJUR-MS** para inserção de cópia das presentes manifestações nas páginas do Ministério da Saúde e da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde (portal AGU).

c) posteriormente, archive o processo em tela no sistema SAPIENS.

Brasília, 08 de fevereiro de 2024.

ALINE VELOSO DOS PASSOS
Advogada da União
Consultora Jurídica junto ao Ministério da Saúde

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



Documento assinado eletronicamente por ALINE VELOSO DOS PASSOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1404420474 e chave de acesso ee01f655 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALINE VELOSO DOS PASSOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-02-2024 12:29. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
