



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 n. 00172/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.038547/2021-41

INTERESSADOS: MINISTÉRIO DA SAÚDE - MS E OUTROS

ASSUNTOS: DIREITO DA SAÚDE E OUTROS

ACESSO RESTRITO

EMENTA: CONTRATO. VACINAS. COVID-19. ANÁLISE PRELIMINAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO ENCONTRA-SE ADEQUADAMENTE INSTRUÍDO. IDENTIFICADOS RISCOS JURÍDICOS NA MINUTA SUBMETIDA À APRECIAÇÃO. RECOMENDAÇÕES PRELIMINARES.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de processo encaminhado a esta Consultoria Jurídica por meio do OFÍCIO Nº 531/2021/AISA/GM/MS proveniente da Assessoria de Assuntos Internacionais em Saúde do Gabinete do Ministro da Saúde. Vejamos o conteúdo do ofício:

(...)

Senhor Consultor,

Encaminhem-se os autos à Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (CONJUR/MS) para análise do contrato de fornecimento de vacinas (documentos [0019537382](#) e [0019537441](#) - em tradução livre) a ser celebrado entre este Ministério da Saúde e a empresa russa LIMITED LIABILITY COMPANY "HUMAN VACCINE", subsidiária do grupo Fundo Russo de Investimento Direto (RDIF), para o fornecimento de vacinas Sputnik V.

Muito agradeceria receber parecer dessa CONJUR sobre o documento em questão com a urgência que o caso requer.

Atenciosamente,

(...)

2. Consoante se afere do documento, os autos foram encaminhados a este órgão consultivo *"para análise do contrato de fornecimento de vacinas (documentos 0019537382 e 0019537441 - em tradução livre) a ser celebrado entre este Ministério da Saúde e a empresa russa LIMITED LIABILITY COMPANY "HUMAN VACCINE", subsidiária do grupo Fundo Russo de Investimento Direto (RDIF), para o fornecimento de vacinas Sputnik V".*

3. O processo administrativo encontra-se instruído no SEI com os seguintes documentos:

☐ Acordo de Fornecimento - original (0019537382) ☐☐ Acordo de Fornecimento - tradução (0019537441) ☐☐☐ Ofício 531 (0019556244) ☐☐☐☐ Ofício 518 (0019538901) ☐☐☐

4. É o breve relatório.

5. Passo a opinar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

6. Inicialmente, cabe destacar o que dispõe a Lei Complementar nº 73/93, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, naquilo que trata da competência das Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

(...)

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

7. Ressalta-se que compete a esta Consultoria Jurídica a análise de questões estritamente jurídicas, com o viés de subsidiar a avaliação final por parte das autoridades da pasta assessorada. Dessa forma, a aferição de questões técnicas e de conveniência e oportunidade competem exclusivamente à área técnica e aos gestores do órgão assessorado. Corrobora com esse entendimento o Enunciado de Boa Prática Consultiva - BPC nº 07, da Consultoria-Geral da União - CGU/AGU, cujo teor se transcreve, *in verbis*:

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.

8. Sobre tais dados, parte-se da premissa de que as autoridades competentes se municiaram dos conhecimentos específicos imprescindíveis à análise dessas questões, verificando a exatidão das informações técnicas pertinentes ao assunto tratado nestes autos, zelando pela avaliação adequada dos temas não jurídicos enfrentados.

9. Desta feita, a análise desta Consultoria restringir-se-á, portanto, aos aspectos de juridicidade.

2.2 DO IDIOMA EM QUE OS DOCUMENTOS ESTÃO MINUTADOS

10. De forma preliminar, ressalto que houve o encaminhamento de documento (doc. Sei nº 0019537382) para a análise, que encontra-se redigido em língua inglesa, o que dificulta a análise da abrangência das disposições contratuais, tendo em vista que esta Consultoria Jurídica não tem conhecimento suficiente de tal língua estrangeira a ponto de emitir manifestação conclusiva sobre documentos nela redigidos.

11. Seria recomendável que fossem encaminhados todos os documentos essenciais para a análise completa e abrangente da situação em português.

12. Apesar de haver a tradução do "*Acordo de Fornecimento*" encaminhado, consta nos autos que o documento redigido em português trata-se de "**TRADUÇÃO LIVRE**". Ademais, há indicativo de que o documento **original** é aquele redigido em inglês (doc. Sei nº 0019537382).

13. Ora, entende-se s.m.j. que é temerário o envio de documento para análise desta CONJUR/MS que fora objeto de "**tradução livre**", e não de **tradução juramentada**.

14. Vejamos o que constou em trecho do relatório do Acórdão TCU 2203/2015 - Plenário: "*Neste sentido, no momento em que o contrato redigido em língua estrangeira for ser anexado aos autos de um processo judicial ou for ser dada entrada em alguma repartição pública, este deverá vir acompanhado de sua tradução juramentada*".

15. Ainda tendo em vista a questão do idioma, considera-se pertinente citar os seguintes dispositivos normativos:

Código Civil

Art. 224. Os documentos redigidos em língua estrangeira **serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País**.

Lei nº 6.015/1973

Art. 148. Os títulos, documentos e papéis escritos em língua estrangeira, uma vez adotados os caracteres comuns, poderão ser registrados no original, para o efeito da sua conservação ou perpetuidade. **Para produzirem efeitos legais no País e para valerem contra terceiros, deverão, entretanto, ser vertidos em vernáculo e registrada a tradução**, o que, também, se observará em relação às procurações lavradas em língua estrangeira. (Renumerado do art. 149 pela Lei nº 6.216, de 1975).

Parágrafo único. Para o registro resumido, os títulos, documentos ou papéis em língua estrangeira, deverão ser sempre traduzidos.

Art. 18. Nenhum livro, documento ou papel de qualquer natureza que fôr exarado em idioma estrangeiro, produzirá efeito em repartições da União dos Estados e dos municípios, em qualquer instância, Juízo ou Tribunal ou entidades mantidas, fiscalizadas ou orientadas pelos poderes públicos, sem ser acompanhado da respectiva tradução feita na conformidade dêste regulamento.

Parágrafo único. estas disposições compreendem também os serventuários de notas e os cartórios de registro de títulos e documentos que não poderão registrar, passar certidões ou públicas-formas de documento no todo ou em parte redigido em língua estrangeira.

(Grifo nosso)

16. Desta forma, embora esta CONJUR/MS esteja a exarar o presente opinativo, diante da urgência mencionada no Ofício nº 531/2021/AISA/GM/MS, entende-se imprescindível registrar que é recomendável a juntada de documento objeto de tradução juramentada para análise (caso, após a juntada da tradução juramentada, constata-se que não há diferenças em relação à "tradução livre" encaminhada, solicita-se que tal informação conste, de forma clara, nos autos). No que concerne ao documento "original", reforça-se que dificulta a análise o fato de a versão estar em inglês, já que esta Consultoria Jurídica não tem condições de avaliar o documento naquele idioma.

2.3 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. O DEVER DE LICITAR COMO REGRA

17. É sabido que a Administração Pública deve obediência ao princípio constitucional da legalidade (art. 37, *caput*, CF^[1]). Vejamos lição de Matheus Carvalho:

O princípio da legalidade decorre da existência do Estado de Direito como uma Pessoa Jurídica responsável por criar o direito, no entanto submissa ao ordenamento jurídico por ela mesmo criado e aplicável a todos os cidadãos.

(...)

Com efeito, o administrador público somente pode atuar conforme determina a lei, amplamente considerada, abrangendo todas as formas legislativas - desde o próprio texto constitucional até as leis ordinárias, complementares e delegadas. É a garantia de que todos os conflitos sejam solucionados pela lei, não podendo o agente estatal praticar condutas que considere devidas, sem que haja embasamento legal específico. Dessa forma, pode-se estabelecer que, no Direito Administrativo, se aplica o princípio da Subordinação à lei. Não havendo previsão legal, está proibida a atuação do ente público e qualquer conduta praticada ao alvedrio do texto legal será considerada ilegítima.

(Manual de direito administrativo / Matheus Carvalho - 8. ed. rev.ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2021. Pág. 65 e 66)

18. Destaco que, conforme o ensinamento doutrinário, o princípio da legalidade decorre da existência do **Estado de Direito** como uma pessoa jurídica responsável por criar o direito, **no entanto submissa ao ordenamento jurídico por ela mesmo criado** e aplicável a todos os cidadãos.

19. Para Celso Antônio Bandeira de Mello "*enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria*" (Curso de direito administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello - 32ª ed. revista e atualizada - Editora Malheiros, 2015. Pág. 102 e 103).

20. Mais adiante, o jurista leciona:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração "*é a longa manus do legislador*" e que "*a atividade administrativa é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais*". (...)

No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para

que o Executivo se evada de seus grilhões. (...)

(Curso de direito administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello - 32ª ed. revista e atualizada - Editora Malheiros, 2015. Pág. 104 e 105)

21. Como visto, as doutrinas citadas convergem no sentido de que o princípio da legalidade, para a Administração Pública, é um princípio de **subordinação à lei**. Deveras, a Administração Pública é regida pelo princípio da **legalidade estrita**.

22. Como reforço argumentativo, cabe registrar que Pedro Lenza aduz, expressamente, que "*no que tange à administração, esta só poderá fazer o que a lei permitir. Deve andar 'nos trilhos da lei', corroborando a máxima do direito inglês: rule of law, not of men*" (Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. - 22. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado). Pág. 1206).

23. Dito isso, é relevante colacionar disposição da Constituição Federal de 1988 relacionada às **contratações públicas**. Observe-se o teor do art. 37, XXI da Carta Magna:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

24. Extraí-se do comando constitucional que a regra é que a celebração de contratos pela Administração Pública seja precedida de **licitação**. Rafael Carvalho Rezende Oliveira define licitação como "*o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei, com o objetivo de garantir a isonomia, selecionar a melhor proposta e promover o desenvolvimento nacional sustentável, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos*" (Curso de Direito Administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - 6.ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Pág. 377).

25. Licitação é justamente o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei para celebração de contratos. Os objetivos mencionados pelo autor encontram previsão na Lei nº 8.666/93. Vejamos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

26. A regra é o dever de licitar. O art. 2º da supracitada lei dispõe expressamente que "*as obras, serviços, inclusive de publicidade, **compras**, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, **serão necessariamente precedidas de licitação**, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei*" (Grifo nosso).

27. Todavia, conforme exposto no dispositivo supracitado, **há situações em que a própria lei entende possível a contratação direta**. A **contratação direta**, ou seja, sem prévia licitação, deve obrigatoriamente ter amparo legal. Extraí-se da Lei nº 8.666/93 as seguintes hipóteses de contratação direta: a) inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei nº 8.666/93); b) dispensa de licitação (art. 24 da Lei nº 8.666/93 ou c) licitação dispensada (art. 17 da Lei nº 8.666/93).

28. É imprescindível mencionar, também, que recentemente houve a publicação da Lei nº 14.124, de 10 de março de 2021, que dispõe sobre as **medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos** e à contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária e de treinamentos **destinados à vacinação contra a covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19**.

29. Cumpre tecer algumas considerações tendo em vista a **norma específica** editada, o que nos remete ao tópico seguinte.

2.4 DA LEI Nº 14.124, DE 10 DE MARÇO DE 2021. DA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO FORMAL, EM CONFORMIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO

30. Como dito, recentemente houve a publicação da Lei nº 14.124, de 10 de março de 2021, que dispõe sobre as **medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos** e à contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de

comunicação social e publicitária e de treinamentos **destinados à vacinação contra a covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19.**

31. Cabe ressaltar que o *nove* diploma normativo, embora tenha trazido diversas disposições especiais, **não dispensou a adoção de um procedimento administrativo, com observância das normas cabíveis.**

32. Rememore-se que, consoante explanado em linhas pretéritas, pretendendo a Administração Pública celebrar contratos administrativos, a regra é o dever de licitar (art. 37, XXI, CF).

33. A Lei nº 14.124/2021 trouxe previsões para a hipótese de ser realizado procedimento licitatório cujo objeto seja a aquisição ou a contratação de que trata a Lei. Vejamos, por exemplo, o que dispõe o art. 8º da citada lei:

Art. 8º Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição ou a contratação de que trata esta Lei, os prazos serão reduzidos pela metade.

§ 1º Quando o prazo original de que trata o caput deste artigo for número ímpar, este será arredondado para o número inteiro antecedente.

§ 2º Os recursos interpostos contra os procedimentos licitatórios de que trata esta Lei não terão efeito suspensivo, somente terão o efeito devolutivo.

§ 3º Nos procedimentos licitatórios de que trata o caput deste artigo, fica dispensada a realização da audiência pública a que se refere o art. 39 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos).

§ 4º As licitações de que trata o caput deste artigo, realizadas por meio de sistema de registro de preços, serão consideradas compras nacionais e observarão o disposto em ato editado pelo Poder Executivo federal, observado o prazo estabelecido no § 7º do art. 2º desta Lei.

34. O novo diploma normativo também previu hipóteses de **dispensa de licitação**, consoante se afere de seu art. 2º. *In verbis*:

Art. 2º Fica a administração pública direta e indireta autorizada a celebrar contratos ou outros instrumentos congêneres, com dispensa de licitação, para:

I - a aquisição de vacinas e de insumos destinados à vacinação contra a covid-19, inclusive antes do registro sanitário ou da autorização temporária de uso emergencial; e

II - a contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária, de treinamentos e de outros bens e serviços necessários à implementação da vacinação contra a covid-19.

§ 1º A dispensa da realização de licitação para a celebração de contratos ou de instrumentos congêneres de que trata o caput deste artigo não afasta a necessidade de processo administrativo que contenha os elementos técnicos referentes à escolha da opção de contratação e à justificativa do preço ajustado.

§ 2º Serão conferidas ampla transparência e publicidade a todas as aquisições ou contratações realizadas nos termos desta Lei, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da data da realização do ato, em sítio oficial na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), no qual serão divulgados:

I - o nome do contratado e o número de sua inscrição na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia ou identificador congênere no caso de empresa estrangeira que não funcione no País;

II - o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou de contratação;

III - o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato;

IV - a discriminação do bem adquirido ou do serviço contratado e o local de entrega ou de prestação do serviço;

V - o valor global do contrato, as parcelas do objeto, os montantes pagos e o saldo disponível ou bloqueado, caso exista;

VI - as informações sobre eventuais aditivos contratuais;

VII - a quantidade entregue ou prestada em cada ente federativo durante a execução do contrato, nas contratações de bens e serviços; e

VIII - as atas de registros de preços das quais a contratação se origine, se houver.

§ 3º Fica autorizada a contratação de fornecedor exclusivo de bem ou serviço de que trata esta Lei, inclusive no caso da existência de sanção de impedimento ou de suspensão para celebração de contrato com o poder público.

§ 4º Na hipótese de que trata o § 3º deste artigo, é obrigatória a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), que não poderá exceder 10% (dez por cento) do valor do contrato.

§ 5º Na hipótese de dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo, quando se tratar de compra ou de contratação por mais de um órgão ou entidade, poderá ser utilizado o sistema de registro de preços previsto no inciso II do caput do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos).

§ 6º Nas situações abrangidas pelo § 5º deste artigo, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal relativo ao sistema de registro de preços, caso não tenha editado

regulamento próprio.

§ 7º O órgão ou a entidade gerenciadora da compra estabelecerá prazo de 2 (dois) a 8 (oito) dias úteis, contado da data de divulgação da intenção de registro de preço, para que outros órgãos e entidades manifestem interesse em participar do sistema de registro de preços realizado nos termos dos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 8º Nas contratações realizadas a partir de 30 (trinta) dias da assinatura da ata de registro de preços, a estimativa de preços será atualizada para verificar se os preços registrados permanecem compatíveis com os praticados no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública direta e indireta, promovendo-se, se for o caso, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

35. É dito expressamente no art. 2º, I, da Lei que "*fica a administração pública direta e indireta autorizada a celebrar contratos ou outros instrumentos congêneres, com dispensa de licitação, para: I - a aquisição de vacinas e de insumos destinados à vacinação contra a covid-19, inclusive antes do registro sanitário ou da autorização temporária de uso emergencial*" (Grifo nosso).

36. Ou seja, para a aquisição de vacinas e de insumos destinados à vacinação contra a covid-19, nos termos da Lei, o legislador optou por não tornar obrigatória a realização de **licitação**.

37. Sobre o instituto da dispensa, é de bom alvitre esclarecer, fundamentado na lição de Ronny Charles, que "*Na dispensa, em regra, a competição é possível, contudo, o legislador entendeu por bem, naquela situação, torná-la não obrigatória*" (Leis de licitações públicas comentadas / Ronny Charles Lopes de Torres. - revista, ampl. e atualiz. 11. ed. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2021. Pág. 348)

38. **Destaque-se, entretanto, que mesmo nos casos de contratação direta existe um procedimento administrativo a ser observado. A ausência de licitação não significa, em hipótese alguma, um ato informal. Ao contrário, exige-se um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível.**

39. Deveras, mesmo na hipótese de contratação direta, há diversos requisitos e procedimentos a serem observados. Mencione-se, por exemplo, o que prevê o §1º do art. 2º da Lei nº 14.124/2021: "*A dispensa da realização de licitação para a celebração de contratos ou de instrumentos congêneres de que trata o caput deste artigo não afasta a necessidade de processo administrativo que contenha os elementos técnicos referentes à escolha da opção de contratação e à justificativa do preço ajustado*" (Grifo nosso).

40. Ora, no caso dos autos, o que se observa, é que foi encaminhado para análise "*contrato de fornecimento de vacinas (documentos 0019537382 e 0019537441 - em tradução livre)*" (vide Ofício 531, doc. Sei nº 0019556244), **sem a comprovação da instauração de procedimento de dispensa de licitação ou da instauração de procedimento licitatório. Não identificou-se nos autos a observância do procedimento previsto no ordenamento jurídico, não constando sequer nota técnica com a justificativa para a contratação pretendida.**

41. **Registre-se, desde já, que não se recomenda, juridicamente, o prosseguimento do feito em desacordo com as normas de regência.**

2.5 DA PREVISÃO DO ART. 12 DA LEI 14.124/2021. ACÓRDÃO Nº 534/2021-TCU-PLENÁRIO

42. Por cautela e tendo em vista que, para tornar a presente análise a mais completa possível, serão tecidas, em tópicos posteriores, considerações acerca da minuta de contrato encaminhada, entende-se relevante, neste momento, externar considerações adicionais, especificamente relacionadas à previsão contida no art. 12 da Lei nº 14.124/2021, que trata, por exemplo, sobre "cláusulas especiais".

43. Tratar-se-á ainda de recentíssimo Acórdão do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário), no qual a Corte de Contas externou relevantes entendimentos, em sede de **consulta**. É oportuno rememorar que a resposta à **consulta** tem caráter **normativo**, conforme art. 1º, §2º da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU).

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: (...)

XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno. (...)

§ 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.
(...)

(Grifo nosso)

44. Pois bem. O art. 12 da Lei nº 14.124/2021 possui a seguinte redação:

Art. 12. O contrato ou o instrumento congênere para aquisição ou fornecimento de vacinas

contra a covid-19, firmado antes ou após o registro ou a autorização de uso emergencial concedidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), poderá estabelecer as seguintes cláusulas especiais, desde que representem condição indispensável para obter o bem ou para assegurar a prestação do serviço:

I - eventual pagamento antecipado, inclusive com a possibilidade de perda do valor antecipado;

II - hipóteses de não imposição de penalidade à contratada; e

III - outras condições indispensáveis, devidamente fundamentadas.

§ 1º Quanto às cláusulas dos contratos e dos instrumentos de que trata o caput deste artigo, aplica-se, no que couber, o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos).

§ 2º As cláusulas de que trata o caput deste artigo são excepcionais e caberá ao gestor:

I - comprovar que são indispensáveis para a obtenção do bem ou serviço; e

II - justificar a sua previsão.

§ 3º A perda do valor antecipado e a não imposição de penalidade de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo não serão aplicáveis em caso de fraude, de dolo ou de culpa exclusiva do fornecedor ou do contratado.

§ 4º Os contratos de que trata este artigo poderão ter, caso exigido pelo contratado, cláusulas de confidencialidade.

§ 5º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, a administração pública deverá:

I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta; e

II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto, atualizado monetariamente pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), ou índice que venha a substituí-lo, desde a data do pagamento da antecipação até a data da devolução, exceto na hipótese de perda do pagamento antecipado.

§ 6º Sem prejuízo do disposto no § 5º deste artigo, a administração pública deverá prever medidas de cautela aptas a reduzir o risco do inadimplemento contratual, tais como:

I - a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para efetivação da antecipação do valor remanescente;

II - a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), de até 30% (trinta por cento) do valor do objeto;

III - a emissão de título de crédito pelo contratado;

IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da administração pública; e

V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.

45. Como visto, o *caput* do dispositivo legal prevê que o contrato ou o instrumento congênera **para aquisição ou fornecimento de vacinas contra a covid-19**, firmado antes ou após o registro ou a autorização de uso emergencial concedidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), **poderá estabelecer as cláusulas especiais** especificadas em seus incisos, **desde que representem condição indispensável para obter o bem** ou para assegurar a prestação do serviço.

46. Destaca-se que os parágrafos do artigo 12 trazem importantes previsões, tratando, **por exemplo**, sobre questões relativas a pagamento antecipado e a medidas de cautela aptas a reduzir o risco do inadimplemento contratual.

47. Em especial, entendo relevante destacar o contido no §1º do art. 12 supracitado. De acordo com o referido parágrafo "*Quanto às cláusulas dos contratos e dos instrumentos de que trata o caput deste artigo, aplica-se, no que couber, o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos)*".

48. Enfatiza-se: a Lei previu que, quanto às cláusulas dos contratos e dos instrumentos de que trata o *caput* do art. 12, aplica-se o disposto na Lei nº 8.666/93 **apenas no que couber**.

49. Considerando a redação da Lei nº 14.124/2021 poder-se-ia indagar quanto a possibilidade ou não de afastamento de normas contrárias que não possuem natureza contratual. A Corte de Contas se pronunciou a respeito de tal questão.

50. O Tribunal de Contas da União ao ser questionado, mediante consulta do Ministro da Saúde, se as disposições do art. 12 da Medida Provisória nº 1.026/2021 (a referida MP foi convertida na Lei nº 14.124/2021) possibilitam o afastamento de normas contrárias que **não possuem natureza contratual**, se manifestou da seguinte forma (transcrevem-se trechos):

IV - As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 possibilitam o afastamento de normas contrárias que não possuem natureza contratual?
(...)

44. A Lei 14.124/2021, por sua vez, excluiu as regras da Lei 8.666/1993 que se mostrarem contrárias ao regime instituído por ela, inclusive no tocante às cláusulas excepcionais previstas no art. 12, cuja regulamentação remeteu às partes. Nesse sentido, o § 1º do

referido dispositivo estabeleceu que a lei geral de licitações se aplica às cláusulas dos contratos e dos instrumentos de que trata o caput deste artigo, no que couber.

45. O inciso III do art. 12 deu uma grande margem de autonomia contratual às partes, ao permitir que elas disciplinassem outras condições indispensáveis à celebração do instrumento, mediante a devida fundamentação. Sob a perspectiva da Administração, isso implica que ela pode pactuar a alocação de riscos e responsabilidades contratuais que melhor atendam ao interesse público, segundo as especificidades da situação concreta que se busca remediar.

46. Por evidente, essa maior autonomia contratual, seja pela adesão às regras da Aliança Gavi, seja pela aceitação das cláusulas impostas pelo fornecedor de vacinas como condição à conclusão do negócio, não pode levar à estipulação de obrigações que contrariem outras normas cogentes do nosso ordenamento jurídico que não foram afastadas pelas leis mencionadas, até porque é requisito de validade de todo negócio jurídico que seu objeto seja lícito (art. 104, inciso II, do Código Civil).

(...)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que versam sobre consulta formulada pelo Ministro de Estado da Saúde Eduardo Pazuello a respeito da melhor exegese dos arts. 2º da Medida Provisória 1.003/2020 e 12 da Medida Provisória 1.026/2021, que foram, respectivamente, convertidas nas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 1º, XVII, da Lei 8.443/1992 c/c art. 264, VI, do Regimento, para responder ao consulente que:

(...)

9.1.2. no caso de contradição entre as cláusulas especiais estabelecidas nos limites do art. 12 da Lei 14.124/2021 **e as demais normas legais que tratem da designada teoria geral dos contratos**, aplicam-se aquelas, por expressa opção do legislador;

9.1.3. as cláusulas contratuais estabelecidas em razão das regras da Aliança Gavi sobre contrato, internalizadas pela Lei 14.121/2021, ou em função do permissivo do art. 12 da Lei 14.124/2021, **devem estar de acordo com a ordem pública**, de modo que eventual tratativa a respeito de sua incompatibilidade deve contar com o devido suporte da AGU, a fim de possibilitar o escorreito tratamento à questão;

(...)

9.1.5. a maior autonomia contratual, seja pela adesão às regras da Aliança Gavi, seja pela aceitação das cláusulas impostas pelo fornecedor de vacinas como condição à conclusão do negócio, **não pode levar à estipulação de obrigações que contrariem outras normas cogentes do nosso ordenamento jurídico que não foram afastadas pelas leis mencionadas, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei 4.320/1964, até porque é requisito de validade de todo negócio jurídico que seu objeto seja lícito (art. 104, inciso II, do Código Civil);**

(...)

(Grifos nossos)

51. Consoante se afere, o TCU entendeu que no caso de contradição entre as cláusulas especiais estabelecidas nos limites do art. 12 da Lei 14.124/2021 **e as demais normas legais QUE TRATEM DA DESIGNADA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS**, aplicam-se aquelas, por expressa opção do legislador.

52. Por outro lado, a Corte de Contas foi expressa ao dispor que as cláusulas contratuais estabelecidas em função do permissivo do art. 12 da Lei nº 14.124/2021 **devem estar de acordo com a ordem pública**. Segundo o Tribunal **a maior autonomia não pode levar à estipulação de obrigações que contrariem outras normas cogentes do nosso ordenamento jurídico que não foram afastadas pelas leis mencionadas, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei 4.320/1964, até porque é requisito de validade de todo negócio jurídico que seu objeto seja lícito (art. 104, inciso II, do Código Civil).**

53. Registre-se que a consulta formulada à Corte de Contas abordou outros pontos, também de grande importância. Em síntese, foi questionado o seguinte¹²¹:

"1. As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 garantem validade para cláusulas que seriam, de outra forma, consideradas inválidas pela teoria geral dos contratos, seja por disposição legal expressa, seja por violação à ordem pública?

2. As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 ou ainda o regramento dos arts. 439 e 440 do Código Civil possibilitam que a autoridade contratante preveja, de forma válida, no instrumento contratual disposições que estejam fora da esfera de atribuições, tais como a aprovação de leis ou a expedição de atos de incumbência de outros ministérios?

a. Em caso positivo, tais disposições possuem a natureza de obrigação (de modo que executáveis), de promessa de terceiro (gerando direito a indenização no caso de não execução) ou não produzem efeito algum?

3. As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 possibilitam o afastamento de normas contrárias que não possuem natureza contratual?

a. É permitido o afastamento de normas de caráter processual, tais como as previstas na Lei nº 9.784/99 e no Código de Processo Civil?

b. É permitido o afastamento de normas de caráter patrimonial-administrativo, tais como as previstas no Código Civil?

c. É permitido o afastamento de normas de caráter financeiro-orçamentário, tais como as previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal ou na Lei nº 4.320/64?

d. É permitido o afastamento de normas relativas à responsabilidade extracontratual para com terceiros não-contratantes, tais como as previstas no Código Civil ou no Código de Defesa do Consumidor?

e. É permitido o afastamento de normas de caráter internacional, tais como as previstas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas?

4. É admissível que, em um contrato de fornecimento de vacinas, o Poder Público assumam a integralidade ou a quase integralidade dos riscos contratuais na alocação de riscos prevista?

a. Considerando a situação delicada envolvida, qual deve ser a análise de riscos a ser feita pelo gestor ao decidir pela admissibilidade ou não de certas cláusulas de alocação de riscos?"

54. Foi por meio do já citado Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário que a Corte de Contas apresentou resposta ao consulente. Devido à sua relevância, é pertinente transcrever o Acórdão, na íntegra:

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que versam sobre consulta formulada pelo Ministro de Estado da Saúde Eduardo Pazuello a respeito da melhor exegese dos arts. 2º da Medida Provisória 1.003/2020 e 12 da Medida Provisória 1.026/2021, que foram, respectivamente, convertidas nas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 1º, XVII, da Lei 8.443/1992 c/c art. 264, VI, do Regimento, para responder ao consulente que:

9.1.1. no caso de contradição entre as regras da Aliança Gavi sobre contrato, internalizadas pela Lei 14.121/2021, e as demais normas legais que tratem da designada teoria geral dos contratos, aplicam-se aquelas, por expressa opção do legislador;

9.1.2. no caso de contradição entre as cláusulas especiais estabelecidas nos limites do art. 12 da Lei 14.124/2021 e as demais normas legais que tratem da designada teoria geral dos contratos, aplicam-se aquelas, por expressa opção do legislador;

9.1.3. as cláusulas contratuais estabelecidas em razão das regras da Aliança Gavi sobre contrato, internalizadas pela Lei 14.121/2021, ou em função do permissivo do art. 12 da Lei 14.124/2021, devem estar de acordo com a ordem pública, de modo que eventual tratativa a respeito de sua incompatibilidade deve contar com o devido suporte da AGU, a fim de possibilitar o correto tratamento à questão;

9.1.4. a autonomia contratual conferida à União por meio dos arts. 2º da Lei 14.121/2021 e 12 da Lei 14.124/2021, em razão da situação emergencial decorrente da pandemia do novo coronavírus, permite que o Poder Público assumam compromissos tais como a aprovação de leis ou a expedição de atos de incumbência de outros ministérios, desde que isso não implique violação da Constituição. Nesta hipótese, cabe à Casa Civil da Presidência da República assumir as tratativas do acordo, com vistas à sua correta operacionalização. Quanto às consequências do descumprimento do ajuste, o tema deverá ser tratado pelas partes no contrato.

9.1.5. a maior autonomia contratual, seja pela adesão às regras da Aliança Gavi, seja pela aceitação das cláusulas impostas pelo fornecedor de vacinas como condição à conclusão do negócio, não pode levar à estipulação de obrigações que contrariem outras normas cogentes do nosso ordenamento jurídico que não foram afastadas pelas leis mencionadas, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei 4.320/1964, até porque é requisito de validade de todo negócio jurídico que seu objeto seja lícito (art. 104, inciso II, do Código Civil);

9.1.6. não há óbice a que o regime jurídico contratual especial, relacionado à aquisição de vacinas, envolva as questões específicas do processo judicial passíveis de disposição pelas partes, a exemplo dos arts. 63 (alteração da competência para processamento em razão do valor e do território), 313, inciso III (convenção para suspensão do processo), e 471 (seleção do perito), todos do CPC;

9.1.7. caso o acordo de aquisição de vacinas contenha cláusula envolvendo a transação de direitos processuais, é necessária a emissão de parecer autorizativo pela Advocacia-Geral da União, em linha de coerência com a Lei 13.140/2015;

9.1.8. não é possível vislumbrar, de modo antecipado, quais propósitos levariam o Poder Público e as fornecedoras de vacinas a pactuarem o afastamento de regras processuais da Lei 9.874/1999, que possui como norte os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência;

9.1.9. considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há óbice jurídico, a partir da ampliação da autonomia contratual concedida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a que o Estado Brasileiro aceite eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual das empresas fornecedoras, se esta condição estiver sendo praticada nos negócios firmados com os diversos países e for requisito intransponível para a aquisição do produto, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública;

9.1.10. considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há óbice jurídico a que a União pactue, nos contratos firmados em razão das Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a limitação ou exoneração da empresa fornecedora quanto ao dever de indenizar os cidadãos em razão de danos causados pelas vacinas, de modo que a obrigação pelo pagamento seja assumida, total ou parcialmente, pelo Poder Público, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública. Isso será possível se a cláusula estiver sendo adotada nos negócios firmados com os diversos países e constituir condição indispensável para a aquisição das vacinas.

9.1.11. não é possível vislumbrar qual razão de interesse público levaria o Poder Público e as fornecedoras de vacinas a pactuarem o afastamento de normas de caráter internacional, tais como as previstas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas;

9.1.12. é perfeitamente possível o Poder Público pactuar novas regras de distribuição de riscos, no que se refere aos contratos para aquisição de vacinas, considerando a maior autonomia contratual conferida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021 e a premência na remediação da situação de emergência causada pela pandemia do novo coronavírus;

9.1.13. essa opção deve ser devidamente motivada, cabendo ao Estado seguir as boas práticas de governança, gestão de riscos e controles internos, bem como as circunstâncias excepcionais postas, a fim de avaliar se os termos propostos pelas fornecedoras constituem cláusulas uniformes praticadas atualmente em outras contratações com outros países e se são imprescindíveis à obtenção de vacinas;

9.1.14. como limite a essa autonomia contratual, não é possível o Estado assumir a responsabilidade por riscos ligados a danos decorrentes de atos praticados com dolo ou culpa grave dos fornecedores de vacinas ou terceiros ou que se mostrem contrários à ordem pública; e

9.1.15. pelas dificuldades envolvidas na solução de eventual questão jurídica, seria importante que as cláusulas de alocação dos riscos dos contratos de aquisição de vacinas, assim como o seu inteiro teor, fossem precedidas de parecer jurídico da AGU, a fim de possibilitar o correto tratamento à questão.

9.2. dar ciência da presente deliberação aos Ministros da Saúde, da Advocacia-Geral da União e da Casa Civil;

9.3. arquivar o presente processo, nos termos do art. 169, inciso IV, do Regimento Interno.

55. Tratam-se de entendimentos de grande relevância e que irão balizar a análise desta Consultoria Jurídica, inclusive considerando o **caráter normativo** do Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário.

2.6 DO TERMO DE CONTRATO ENCAMINHADO PARA ANÁLISE

56. Sem prejuízo do exposto no tópico 2.4, por cautela, entende-se relevante tecer considerações **preliminares**, relacionadas aos termos do contrato encaminhado para análise (reforça-se que será considerada a tradução encaminhada - doc Sei nº 0019537441).

a. QUALIFICAÇÃO DAS PARTES

57. Observa-se que foi indicada a "EMPRESA DE RESPONSABILIDADE LIMITADA 'VACINA HUMANA'" como "Vendedor".

58. Por outro lado, há diversos campos não preenchidos no que concerne ao "Comprador". **Não há sequer indicação, no preâmbulo, do Ente Público Federal como parte.**

59. Chama a atenção, ainda, o fato de constar que o "Comprador" está "*agindo com base na carta patente, detendo todas as licenças / validações aplicáveis necessárias para o propósito de execução deste Contrato*" (Grifo nosso). Referido trecho causou estranheza. Por envolver aspectos técnicos, entende-se pertinente que haja a elucidação da previsão por parte da área técnica competente.

b. CONSIDERAÇÃO QUANTO A PREVISÃO CONTIDA NOS "RECITAIS"

60. No tópico da minuta intitulado "RECITAIS", observa-se, especificamente no item "C", que constou o seguinte: "*O Comprador está envolvido no negócio de marketing e / ou produção e / ou distribuição de medicamentos para uso humano dentro do Território*".

61. Trata-se de mais uma previsão que causou bastante estranheza a esta Consultoria Jurídica. Não é demais lembrar que o OFÍCIO Nº 531/2021/AISA/GM/MS, ao encaminhar o processo a esta CONJUR/MS, informou que se tratava de análise de contrato de fornecimento de vacinas "*a ser celebrado entre este Ministério da Saúde e a empresa russa LIMITED LIABILITY COMPANY 'HUMAN VACCINE', subsidiária do grupo Fundo Russo de Investimento Direto (RDIF)*".

62. Ora, tendo isso em vista, há de ser explanada, pelo órgão assessorado, a redação adotada no tópico "RECITAIS", item "C". Como sabido, o Estado, como regra, não explora diretamente atividade econômica. Observe-se o teor do art. 173, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

c. CONSIDERAÇÕES QUANTO A PREVISÕES CONTIDAS NO TÓPICO DAS "DEFINIÇÕES E INTERPRETAÇÃO"

63. No tópico da minuta intitulado "DEFINIÇÕES E INTERPRETAÇÃO" foi previsto, em relação aos "Produtos", que "*As Partes reconhecem e concordam que, para fins de registro do Produto no Território, o composto e outros aspectos do Produto podem estar sujeitos a alterações*".

64. Não identificou-se manifestação técnica acerca da previsão. Entende-se, nos termos da BPC nº 7, relevante que haja pronunciamento do órgão/ente competente.

65. Por zelo, registre-se que observou-se que a informação quanto a "Território" encontra-se incompleta.

d. APONTAMENTOS QUANTO A PREVISÕES CONTIDAS NA CLÁUSULA 1 INTITULADA "FORNECIMENTO DOS PRODUTOS"

66. Observa-se que a cláusula 1.2. foi redigida nos seguintes termos: "*Por meio deste, o Vendedor nomeia o Comprador para ser o distribuidor não exclusivo do Produto dentro do Território*".

67. A previsão causa espanto, uma vez que indica o Ministério da Saúde (União) como "distribuidor", ou seja, como um "colaborador-intermediário". Observe-se lição de José Maria Trepant Cases^[3] acerca da distribuição:

A distribuição é modalidade contratual recente, de concepção estrutural da economia moderna. A distribuição é a contratação voltada para otimizar a produção e circulação de bens, aproximando o produtor do consumidor, por intermédio do distribuidor. A distribuição engloba de forma orgânica e coordenada a figura do colaborador-intermediário (distribuidor) e o produtor, numa integração vertical, segundo Roberto Baldi

68. No que concerne ao âmbito legal, importa mencionar que o Código Civil traz a seguinte disposição em seu art. 710, *caput*:

Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

69. **Ora, em análise perfunctória do instituto, já é possível perceber que não há, s.m.j. fundamento jurídico para indicar o Ministério da Saúde (União) como "distribuidor" na minuta do pretenso contrato para aquisição de vacinas.**

70. Em continuidade, registre-se que também há outras previsões, no mesmo tópico, que causam estranheza. Transcreve-se trecho da minuta:

1.3. O Comprador compromete-se a exercer controle sobre os casos de importação paralela do Produto: a) decorrentes de fornecimentos não autorizados por terceiros fora do Território, b) decorrentes de fornecimentos não autorizados para o Território, inclusive por meio de estabelecimento de cláusulas correspondente nos contratos com terceiros, monitorando a cadeia de abastecimento dos Produtos, proporcionando recursos judiciais em casos de importação paralela em estreita coordenação com o Vendedor. Para os fins desta cláusula, "suprimentos não autorizados" significa aqueles suprimentos que não foram especificamente autorizados por escrito pelo Vendedor.

1.4. O Comprador está autorizado a vender os Produtos a terceiros apenas sob a marca comercial "Sputnik V". Se o uso da marca "Sputnik V" devido a especificidades locais for impossível, as Partes se comprometem a concordar mutuamente por escrito sobre uma marca diferente do Produto a ser usada no Território.

1.5. O Comprador compromete-se a exercer os seus melhores esforços na Comercialização do Produto no Território.

71. A cláusula 1.3 é, s.m.j., confusa, sendo pertinente que a área técnica preste esclarecimentos acerca da redação e justifique a previsão, para uma avaliação escoreita deste órgão consultivo.

72. A cláusula 1.4 prevê autorização para que o Ministério da Saúde (União) - partindo do pressuposto que o ente federal seria o comprador - **venda** os produtos a terceiros. **Trata-se de previsão que, s.m.j. não se coaduna^[4] com a esfera de atuação do Ministério da Saúde, que não promove a venda de vacinas a terceiros.**

73. Não é demais lembrar que, consoante previsão do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

74. A Lei Complementar nº 141/2012, que regulamentar o §3º do art. 198 da CF, traz, por sua vez, a seguinte disposição em seu art. 2º:

Art. 2º Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes:

I - sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e **gratuito**;

II - estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e

III - sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população.

Parágrafo único. Além de atender aos critérios estabelecidos no caput, as despesas com ações e serviços públicos de saúde realizadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios deverão ser financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde.

(Grifo nosso)

75. Ressalte-se que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), já houve manifestação de entendimento no sentido de que **a gratuidade trata-se de uma das premissas inafastáveis da manutenção do Sistema Único de Saúde**. Vejamos trecho do voto proferido pelo Ministro Edson Fachin no Recurso Extraordinário nº 581.488/RS:

A Constituição de 1988 representou verdadeira revolução nesse paradigma, ao inaugurar o Sistema Único de Saúde, cujo acesso é universal, sendo desnecessária a condição de contribuinte para que o paciente tenha direito a atendimento médico-hospitalar por um

sistema público, custeado pela integralidade dos cidadãos, por meio do pagamento de tributos.

O direito social à saúde é regulamentado pelos artigos 196 a 200 da Constituição, restando evidente que o SUS, nos termos do art. 196 do texto constitucional, tem como característica primordial o acesso universal e igualitário de todos os cidadãos no território nacional. Mesmo raciocínio ilumina a legislação reguladora dos sistemas de saúde no País, a Lei Federal nº 8.080/1990.

(...)

Um terceiro aspecto relacionado à controvérsia instaurada diz respeito à gratuidade do sistema. A Portaria nº 113/1997-MS proíbe a cobrança de quaisquer verbas dos pacientes e seus familiares, conforme item 2.1 do referido documento:

(...)

Mesma vedação é repetida pela Lei Complementar Federal nº 141/2012, quando impõe como diretriz dos serviços públicos de saúde a gratuidade.

Portanto, considerando todo o panorama acima exposto, resta a questão principal ainda a ser respondida nos presentes autos: o panorama jurídico-constitucional pós-1988 é compatível com a diferença de classes dentro do Sistema Único de Saúde e com a possibilidade de cofinanciamento do sistema diretamente pelo usuário?

Seguramente, a resposta que se afigura como a mais acertada é não.

Já acima foram apresentadas as premissas inafastáveis da manutenção do Sistema Único de Saúde: igualdade, universalidade e **gratuidade**. E, nesse ínterim, a possibilidade de instituição de modalidade de internamento que implique na criação de uma classe diferenciada de usuários, que tem condições de arcar com parte do pagamento pela utilização dos serviços públicos de saúde, parece-me afrontar, ao mesmo tempo, os três pilares de sustentação do SUS no Brasil.

(Grifo nosso)

76. Especificamente no que concerne a vacinação, é oportuno mencionar que o STF se pronunciou recentemente, tendo proferido a seguinte decisão, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6586, que versou sobre "vacinação compulsória":

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020, nos termos do voto do Relator e da seguinte tese de julgamento: "(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência". Vencido, em parte, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.12.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

77. Como visto, o STF estabeleceu como um dos requisitos que "*sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente*" (Grifo nosso). Diante do exposto acima, também entende-se descabida a previsão da cláusula 1.5 da minuta, segundo a qual "*O Comprador compromete-se a exercer os seus melhores esforços na Comercialização do Produto no Território*".

78. Considerando as subcláusulas 1.6 a 1.9, verifica-se que há diversas previsões técnicas. Recomenda-se a análise da área técnica competente, justificando-se as previsões, atentando-se inclusive ao princípio da legalidade.

e. APONTAMENTOS QUANTO A PREVISÕES CONTIDAS NA CLÁUSULA 2 INTITULADA "TERMOS E CONDIÇÕES DAS ESPECIFICAÇÕES"

79. Quanto à cláusula segunda, inicialmente, cumpre recomendar que haja manifestação técnica a respeito, inclusive no que concerne ao interesse público na "*entrega EXW*".

80. Sob o ponto de vista jurídico, em relação a recebimento do objeto, é pertinente registrar, por exemplo, as disposições dos arts. 73 a 76 da Lei nº 8.666/93:

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;

b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de

observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei;

II - em se tratando de compras ou de locação de equipamentos:

a) provisoriamente, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação;

b) definitivamente, após a verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação.

§ 1º Nos casos de aquisição de equipamentos de grande vulto, o recebimento far-se-á mediante termo circunstanciado e, nos demais, mediante recibo.

§ 2º O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

§ 3º O prazo a que se refere a alínea "b" do inciso I deste artigo não poderá ser superior a 90 (noventa) dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital.

§ 4º Na hipótese de o termo circunstanciado ou a verificação a que se refere este artigo não serem, respectivamente, lavrado ou procedida dentro dos prazos fixados, reputar-se-ão como realizados, desde que comunicados à Administração nos 15 (quinze) dias anteriores à exaustão dos mesmos.

Art. 74. Poderá ser dispensado o recebimento provisório nos seguintes casos:

I - gêneros perecíveis e alimentação preparada;

II - serviços profissionais;

III - obras e serviços de valor até o previsto no art. 23, inciso II, alínea "a", desta Lei, desde que não se componham de aparelhos, equipamentos e instalações sujeitos à verificação de funcionamento e produtividade.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, o recebimento será feito mediante recibo.

Art. 75. Salvo disposições em contrário constantes do edital, do convite ou de ato normativo, os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado.

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato.

81. Pretendendo-se o estabelecimento de cláusulas especiais, com fundamento no art. 12 da Lei nº 14.124/2021, devem ser observados os ditames da norma.

82. Ressalto que, de acordo com o §2º do art. 12, as cláusulas de que trata o *caput* do artigo são excepcionais e caberá ao gestor: comprovar que são indispensáveis para a obtenção do bem ou serviço e justificar a sua previsão. Enfatizo, ainda, a necessidade de observância do Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário.

83. Adicionalmente, quanto às questões de "responsabilidade" contidas, por exemplo, nos itens "a" e "b" da subcláusula 2.3., é recomendável que haja pronunciamento da área técnica, até mesmo tendo em vista o exposto pelo Tribunal de Contas da União nos itens 9.1.9 e 9.1.10 do Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário:

9.1.9. considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há óbice jurídico, a partir da ampliação da autonomia contratual concedida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a que o Estado Brasileiro aceite eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual das empresas fornecedoras, se esta condição estiver sendo praticada nos negócios firmados com os diversos países e for requisito intransponível para a aquisição do produto, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública;

9.1.10. considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há óbice jurídico a que a União pactue, nos contratos firmados em razão das Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a limitação ou exoneração da empresa fornecedora quanto ao dever de indenizar os cidadãos em razão de danos causados pelas vacinas, de modo que a obrigação pelo pagamento seja assumida, total ou parcialmente, pelo Poder Público, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública. Isso será possível se a cláusula estiver sendo adotada nos negócios firmados com os diversos países e constituir condição indispensável para a aquisição das vacinas.

84. Observe-se, ainda, o contido nos itens 9.1.12. a 9.1.15 do mesmo acórdão:

9.1.12. é perfeitamente possível o Poder Público pactuar novas regras de distribuição de riscos, no que se refere aos contratos para aquisição de vacinas, considerando a maior autonomia contratual conferida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021 e a premência na remediação da situação de emergência causada pela pandemia do novo coronavírus;

9.1.13. essa opção deve ser devidamente motivada, cabendo ao Estado seguir as boas

práticas de governança, gestão de riscos e controles internos, bem como as circunstâncias excepcionais postas, a fim de avaliar se os termos propostos pelas fornecedoras constituem cláusulas uniformes praticadas atualmente em outras contratações com outros países e se são imprescindíveis à obtenção de vacinas;

9.1.14. como limite a essa autonomia contratual, não é possível o Estado assumir a responsabilidade por riscos ligados a danos decorrentes de atos praticados com dolo ou culpa grave dos fornecedores de vacinas ou terceiros ou que se mostrem contrários à ordem pública; e

9.1.15. pelas dificuldades envolvidas na solução de eventual questão jurídica, seria importante que as cláusulas de alocação dos riscos dos contratos de aquisição de vacinas, assim como o seu inteiro teor, fossem precedidas de parecer jurídico da AGU, a fim de possibilitar o escorreito tratamento à questão.

85. Para emissão de manifestação jurídica da CONJUR/MS a respeito de regra contratual distinta da Lei nº 8.666/93, com fundamento no art. 12 da Lei nº 14.124/2021, é de grande relevância o pronunciamento da área técnica competente acerca do cumprimento dos requisitos legais para estabelecimento de cláusulas especiais, bem como acerca do exposto no Acórdão da Corte de Contas.

86. Especificamente no que concerne ao item "b" da subcláusula 2.3 também chamo a atenção para o fato de que pretende-se que a aceitação do objeto seja realizada pelo "*primeiro transportador*". Vejamos trecho da minuta:

Para evitar dúvidas, o primeiro transportador contratado pelo Vendedor será nomeado pelo Comprador para realizar a aceitação dos Produtos no Local de Expedição.

O Comprador deverá emitir todas as respectivas procurações ou, de outra forma, fornecer poderes de representação para fins de aceitação dos Produtos.

87. Sem prejuízo dos argumentos já tecidos em relação às "cláusulas especiais", entende-se pertinente cautela em relação à previsão. Sabe-se que "*a Administração deverá, a partir do recebimento provisório, examinar o objeto para verificar sua adequação às exigências da lei, do contrato e da técnica*" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993 / Marçal Justen Filho. -- 18. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Pág. 1393).

88. Ronny Charles, ao tratar de diferença entre o recebimento provisório e o recebimento definitivo ensina que "*Enquanto o primeiro é feito pelo **fiscal do contrato**, o segundo é feito por **servidor ou comissão designada pela autoridade competente***" (Leis de licitações públicas comentadas / Ronny Charles Lopes de Torres. - revista, ampl. e atualiz. 11. ed. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2021. Pág. 891).

89. Como visto, é papel da Administração Pública, por meio de seus agentes públicos competentes, o recebimento do objeto.

90. Cabe mencionar que, no caso de recebimento de material de valor superior ao limite estabelecido no art. 23 da Lei nº 8.666, para a modalidade convite, a Lei geral de licitações demonstrou uma preocupação adicional, estabelecendo o seguinte:

Art. 15 (...)

§ 8º O recebimento de material de valor superior ao limite estabelecido no art. 23 desta Lei, para a modalidade de convite, deverá ser confiado a uma comissão de, no mínimo, 3 (três) membros.

91. Em acréscimo, registre-se que mesmo a Lei nº 14.124/2021 que, consoante exposto anteriormente, traz normas especiais, previu certas cautelas aptas a reduzir o risco do inadimplemento contratual. Vejamos:

Art. 12. O contrato ou o instrumento congênere para aquisição ou fornecimento de vacinas contra a covid-19, firmado antes ou após o registro ou a autorização de uso emergencial concedidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), poderá estabelecer as seguintes cláusulas especiais, desde que representem condição indispensável para obter o bem ou para assegurar a prestação do serviço:

I - eventual pagamento antecipado, inclusive com a possibilidade de perda do valor antecipado;

II - hipóteses de não imposição de penalidade à contratada; e

III - outras condições indispensáveis, devidamente fundamentadas.

(...)

§ 5º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, a administração pública deverá:

(...)

§ 6º Sem prejuízo do disposto no § 5º deste artigo, a administração pública deverá prever medidas de cautela aptas a reduzir o risco do inadimplemento

contratual, tais como:

I - a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para efetivação da antecipação do valor remanescente;

II - a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), de até 30% (trinta por cento) do valor do objeto;

III - a emissão de título de crédito pelo contratado;

IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da administração pública; e

V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.

92. Como visto, o §6º do art. 12 aduziu que, sem prejuízo do disposto no §5º do mesmo artigo (parágrafo que versa sobre deveres da administração, na hipótese de haver cláusula prevendo eventual pagamento antecipado), a Administração Pública deverá prever medidas de cautela aptas a reduzir o risco do inadimplemento contratual, tais como: "(...) *IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da administração pública (...)*".

93. Considerando todo esse contexto, entende-se pertinente uma avaliação do órgão assessorado quanto à previsão contratual acerca da "aceitação" do objeto, uma vez que s.m.j. envolve atribuição da Administração Pública, a ser exercida pelos agentes públicos competentes. Orienta-se, inclusive, que haja manifestação quanto ao prazo para "aceitação", uma vez que a minuta fala em "momento da entrega" (vide, por exemplo, subcláusula 2.3, "a"), sem especificação mais pormenorizada.

94. Sem prejuízo da análise, sob o ponto de vista técnico, acerca do instrumento, na íntegra, orienta-se que haja manifestação quanto a previsão de acesso a dados contida no item "d" da subcláusula 2.3.

95. Em continuidade, registra-se que observou-se que a subcláusula 2.4 tem a seguinte redação:

2.4. As partes concordaram que o vendedor tem o direito de entregar o componente I e o componente II do produto separadamente. Os Produtos serão fornecidos dentro do prazo especificado na Especificação pertinente. O Vendedor não será responsável por qualquer atraso no fornecimento dos Produtos se tal atraso for causado pela interrupção da produção ou falta de Produtos devido ao baixo nível de produção nas respectivas instalações de produção. Todos os termos de fornecimento serão estendidos até que o nível de produção suficiente seja restaurado.

96. No que concerne ao trecho "*O Vendedor não será responsável por qualquer atraso no fornecimento dos Produtos se tal atraso for causado pela interrupção da produção ou falta de Produtos devido ao baixo nível de produção nas respectivas instalações de produção. Todos os termos de fornecimento serão estendidos até que o nível de produção suficiente seja restaurado*", tal previsão causou estranheza.

97. Toda e qualquer interrupção da produção seria causa para a não responsabilização do vendedor? O baixo nível de produção seria por opção do vendedor? Tais questões, s.m.j., não encontram-se dispostas de forma clara, **o que demanda esclarecimentos da área técnica**. Da forma que encontra-se redigida a cláusula, aparentemente, é demasiadamente abrangente e representa, s.m.j., potencial **desequilíbrio** na relação contratual em desfavor da União, o que não se recomenda.

98. Rememora-se, por oportuno, a orientação de observância ao Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário, em especial aos itens 9.1.9, 9.1.10 e 9.1.12 a 9.1.15.

99. Ressalta-se que não se admite limitação ou exoneração de responsabilidade da fornecedora **nos casos de dolo ou culpa grave e em situações de ofensa à ordem pública** o que deve ser observado pela Administração Pública.

100. Quanto à subcláusula 2.5 da minuta, esta dispõe:

2.5. As Partes concordaram que o fornecimento dos Produtos está sujeito à aprovação da comercialização do Produto pelas Autoridades Estaduais do Território (autorizações de comercialização permanentes, autorização de uso de emergência, autorização 'ad hoc', etc.) e o Produto só pode ser fornecida após recepção da respectiva autorização.

101. Inicialmente, recomenda-se, nos termos da BPC nº 7, que se verifique se a tradução do texto encontra-se exata, uma vez que constou "Autoridades **Estaduais** do Território" (Grifo nosso), o que causou estranheza. Além disso, entende-se relevante que haja análise técnica acerca da correção das autorizações/aprovações referidas na subcláusula.

102. Também chamo a atenção para o fato que a subcláusula menciona "*aprovação da **comercialização do Produto***" (Grifo nosso). De acordo com o tópico da minuta intitulado "*Definições e interpretação*", comercialização significa:

“Comercialização” ou “Comercializar” significa toda e qualquer atividade relacionada à rotulagem, marketing, promoção, distribuição, importação, venda, oferta para venda, venda ou uso dos Produtos. Para evitar dúvidas, todas as atividades relacionadas à fabricação dos Produtos não estão incluídas nesta definição.

103. Por zelo, reitera-se o exposto no tópico "**d. Apontamentos quanto a previsões contidas no tópico 'Fornecimento dos produtos'**".

104. Quanto à subcláusula 2.7, orienta-se que a área competente justifique a previsão, principalmente no que concerne à obrigação de o comprador pagar 100% do valor, mesmo se não houver solicitação da "quantidade comprometida".

105. Entende-se prudente, salvo melhor entendimento, que haja a previsão expressa de hipóteses em que o comprador não terá que pagar por "quantidade comprometida" que não tenha sido solicitada, com base, por exemplo, na teoria da imprevisão. Vejamos lição de Rafael Oliveira acerca da teoria citada:

18.10.2.1 Teoria da imprevisão

A teoria da imprevisão é aplicada aos eventos imprevisíveis, supervenientes e extracontratuais de natureza econômica (álea extraordinária econômica), não imputáveis às partes, que desequilibram desproporcionalmente o contrato.

No Direito Administrativo, a referida teoria tem relação com a cláusula *rebus sic stantibus* aplicada no Direito Civil, que determina o cumprimento do contrato enquanto presentes as mesmas condições do momento da contratação. Alteradas essas circunstâncias, as partes ficariam liberadas do cumprimento da avença.

(Curso de Direito Administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - 6.ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Pág. 510)

106. Em relação à subcláusula 2.8, entende-se pertinente registrar o seguinte.

107. Inicialmente, no que concerne à previsão de pagamento antecipado, recomenda-se a observância das normas da Lei nº 14.124/2021. Rememoram-se os seguintes trechos:

Art. 12. O contrato ou o instrumento congênere para aquisição ou fornecimento de vacinas contra a covid-19, firmado antes ou após o registro ou a autorização de uso emergencial concedidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), poderá estabelecer as seguintes cláusulas especiais, desde que representem condição indispensável para obter o bem ou para assegurar a prestação do serviço:

I - eventual pagamento antecipado, inclusive com a possibilidade de perda do valor antecipado;

(...)

§ 2º As cláusulas de que trata o caput deste artigo são excepcionais e caberá ao gestor:

I - comprovar que são indispensáveis para a obtenção do bem ou serviço; e

II - justificar a sua previsão.

§ 3º A perda do valor antecipado e a não imposição de penalidade de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo não serão aplicáveis em caso de fraude, de dolo ou de culpa exclusiva do fornecedor ou do contratado.

(...)

§ 5º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, a administração pública deverá:

I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta; e

II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto, atualizado monetariamente pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), ou índice que venha a substituí-lo, desde a data do pagamento da antecipação até a data da devolução, exceto na hipótese de perda do pagamento antecipado.

§ 6º Sem prejuízo do disposto no § 5º deste artigo, a administração pública deverá prever medidas de cautela aptas a reduzir o risco do inadimplemento contratual, tais como:

I - a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para efetivação da antecipação do valor remanescente;

II - a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), de até 30% (trinta por cento) do valor do objeto;

III - a emissão de título de crédito pelo contratado;

IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da administração pública; e

V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.

108. Considerando o exíguo prazo de 5 dias, a partir da data de recebimento dos respectivos

suprimentos de Produtos, para pagamento da "*parte restante*", entende-se necessário que o setor técnico se manifeste quanto a viabilidade fática de realizar os procedimentos legais de recebimento do objeto e de obediência às etapas da despesa pública em tão curto prazo.

109. Destaco que, em conformidade com o entendimento do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário "*a maior autonomia contratual, seja pela adesão às regras da Aliança Gavi, seja pela aceitação das cláusulas impostas pelo fornecedor de vacinas como condição à conclusão do negócio, não pode levar à estipulação de obrigações que contrariem outras normas cogentes do nosso ordenamento jurídico que não foram afastadas pelas leis mencionadas, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei 4.320/1964, até porque é requisito de validade de todo negócio jurídico que seu objeto seja lícito (art. 104, inciso II, do Código Civil)*" (Grifo nosso).

110. Enfatizo que devem ser obedecidas as normas de direito financeiro vigentes, além das demais normas cogentes não afastadas pela Lei nº 14.124/2021.

111. Por fim, em relação à subcláusula 2.8, registro que causou estranheza a previsão de que "*As Partes concordam e confirmam que o preço do Produto inclui Royalty a ser pago de acordo com a cláusula 4.1 deste Acordo*". Verifica-se que a cláusula 4.1 tem a seguinte redação:

4.1. O Vendedor concede ao Comprador uma sublicença não exclusiva, com royalties e intransferível para o Know-How do Vendedor, as Marcas Registradas do Vendedor e as Patentes do Vendedor na medida necessária para a importação e distribuição dos Produtos no Território e para a Comercialização correspondente a essa importação e distribuição. O Vendedor é obrigado a garantir o acesso do Comprador às informações do Know-How e Patentes dos Vendedores dentro dos limites exigidos para a importação e distribuição dos Produtos no Território e para a Comercialização correspondente a tal importação e distribuição. O Comprador deverá pagar ao Vendedor um Royalty pelo uso do Know-How, das Marcas Registradas do Vendedor e das Patentes do Vendedor ("Royalty") no valor igual a 0,1% (zero vírgula um por cento) do preço de cada Produto fornecido sob este Contrato e está incluído no preço do Produto. O Royalty é considerado pago ao Vendedor no momento do recebimento pelo Vendedor do preço de compra, conforme especificado na cláusula 2.8 deste Acordo.

112. Consoante exaustivamente exposto neste parecer, entende-se não haver fundamento para que a União (Ministério da Saúde) se coloque na posição de "distribuidora" (conforme raciocínio traçado nos parágrafos 66 a 69 deste opinativo), também não havendo que se falar em "comercialização" dos produtos pelo Ministério da Saúde (conforme raciocínio traçado nos parágrafos 72 a 78).

113. Orienta-se, ademais, que a área competente esclareça e justifique a previsão de pagamento de "royalties", se manifestando também quanto a previsão de concessão de sublicença. Deveras, é necessária uma reavaliação da previsão da subcláusula 2.8, para que não constem disposições incompatíveis com o ordenamento jurídico. Enfatiza-se que não se admite a previsão de pagamentos descabidos, em prejuízo ao erário.

114. Quanto à subcláusula 2.9 recomenda-se que a área técnica avalie a adequação da previsão referente à aceitação dos produtos, sob o ponto de vista técnico.

f. CONSIDERAÇÕES QUANTO A CLÁUSULA 3 INTITULADA "ASSUNTOS REGULATÓRIOS E QUALIDADE"

115. Quanto à cláusula 3, relativa a "*Assuntos regulatórios e qualidade*", entende-se relevante que haja manifestação técnica dos órgãos/entes competentes, tendo em vista a matéria tratada.

116. Outrossim, entende-se necessário que se justifique a previsão de emissão de autorização para que o comprador **represente** os interesses perante as "Autoridades Estaduais no Território do Produto". Entende-se, s.m.j., que a previsão não é dotada de clareza, entendendo-se, inclusive, nos termos da BPC nº 7, que é possível que tenha havido equívoco na tradução. Outrossim, roga-se que se esclareça a que se refere "cGMP". São necessárias as justificativas/esclarecimentos para melhor análise.

g. CONSIDERAÇÕES QUANTO A PREVISÕES CONTIDAS NA CLÁUSULA 4 INTITULADA "PROPRIEDADE INTELECTUAL"

117. Quanto à subcláusula 4.1, reitera-se o exposto nos parágrafos 111 a 113.

118. De modo similar, registre-se que, também quanto à cláusula 4.2, entende-se necessária a sua revisão. Reforça-se que entende-se não haver fundamento para que a União (Ministério da Saúde) se coloque na posição de "distribuidora" (conforme raciocínio traçado nos parágrafos 66 a 69 deste opinativo). *A priori*, também parece não haver sentido na previsão, em contrato de compra e venda com a União, do uso de "*Marcas Registradas do Vendedor por terceiros*". É necessário que o órgão assessorado justifique a previsão da subcláusula 4.2.

119. Em relação à subcláusula 4.3, solicita-se que se justifique a previsão a respeito de "*produtos*

falsificados", do fornecimento de informações ao vendedor e que se esclareça no que consiste a responsabilidade pelo não cumprimento ou cumprimento impróprio da obrigação.

h. APONTAMENTOS RELACIONADOS À CLÁUSULA 5
INTITULADA "FARMACOVIGILÂNCIA"

120. Recomenda-se que a área técnica justifique as previsões contidas na cláusula 5ª, inclusive o estabelecimento de obrigações à União.

121. Ressalte-se, por exemplo, considerando o previsto na subcláusula 5.1, que devem ser respeitados os **direitos e garantias fundamentais** da pessoa humana. Deveras, orienta-se uma revisão da subcláusula, destacando-se a imprescindibilidade de que não haja violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Constituição Federal

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

122. Especificamente no que concerne à previsão da subcláusula 5.4., entende-se temerária a previsão, destacando-se que, segundo a cláusula: "(...) *A notificação deve incluir, além da comunicação da Autoridade Estadual, um resumo por escrito de todas as conversas entre o Comprador ou seus Representantes e a Autoridade Estadual e qualquer outra informação relacionada a tal comunicação*".

123. Além da previsão do art. 5º, X da Constituição Federal, cabe destacar o contido no inciso XII do mesmo artigo:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

124. Ademais, é importante mencionar a Carta Magna também prevê, por exemplo, o sigilo de informações que sejam imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. Devem ser obedecidos os mandamentos constitucionais e legais aplicáveis.

125. Apenas por excesso de zelo, registre-se que em relação às subcláusulas 5.5 e 5.6. aplicam-se todas as considerações tecidas neste tópico do parecer.

126. Quanto à subcláusula 5.7, segundo a qual "*O Comprador é responsável por quaisquer Eventos Adversos ocorridos no Território*", remeto às considerações do tópico seguinte ("i") deste parecer, que devem ser observadas também em relação à subcláusula 5.7.

127. Reforça-se que pretendendo-se o estabelecimento de cláusulas especiais, com fundamento no art. 12 da Lei nº 14.124/2021, devem ser observados os ditames da norma.

i. CONSIDERAÇÕES QUANTO ÀS CLÁUSULAS 6, 7 E 9
INTITULADAS "RESPONSABILIDADE", "IMUNIDADE DO VENDEDOR DE RESPONSABILIDADE" E "INDENIZAÇÃO"

128. Observa-se que as cláusulas 6 e 7 foram redigidas prevendo diversas formas de isenção de responsabilidade em relação ao vendedor. Vejamos o conteúdo das cláusulas 6 e 7:

6. RESPONSABILIDADE

6.1. A responsabilidade do Vendedor por qualquer ação que esteja fora de seu controle razoável, desde que o Vendedor aja de boa-fé, é excluída.

6.2. Sob nenhuma circunstância a responsabilidade do Vendedor pelo não desempenho ou desempenho impróprio deste Contrato excederá um valor igual a cem mil (100.000) USD ou 10% do preço total da Quantidade Comprometida, o que for menor.

6.3. Em nenhuma instância, o Vendedor será responsável perante o Comprador ou qualquer outra pessoa por perdas indiretas, consequenciais e remotas, tais como, mas não se limitando a, perda de oportunidade, perda de receita, perda de lucro (ou seja, receita que teria sido recebida por uma pessoa no curso normal dos negócios, se o direito dessa pessoa não tiver sido violado), perda imputada ao valor do dinheiro no tempo, questões de reputação, etc.

6.4. Para fins de clareza, o Vendedor não é responsável pela eficiência do Produto em nenhum caso.

7. IMUNIDADE DO VENDEDOR DE RESPONSABILIDADE

7.1. Nenhuma ou qualquer de suas Pessoas Conectadas do Vendedor estará sujeita a qualquer responsabilidade nos termos deste Contrato ou de outra forma por qualquer Perda sofrida pelo Comprador ou qualquer pessoa (incluindo pacientes e seus parentes) resultante do uso do Produto (incluindo responsabilidade por quaisquer reclamações que possam ser feitas contra o Vendedor por terceiros).

7.2. Para os fins do presente Contrato:

(a) "Pessoas Vinculadas" significa (em relação a uma Parte) os acionistas, executivos, servidores, funcionários, agentes e conselheiros dessa Parte ou qualquer de suas Afiliadas;

(b) "Afiliados" significa, em relação a qualquer pessoa, qualquer outra pessoa que, direta ou indiretamente, controle, seja direta ou indiretamente controlada por ou esteja sob controle comum direto ou indireto com essa pessoa, e "Afiliado" significa qualquer um deles; para os fins desta definição, "controle" significa a detenção de mais de 50% do poder de voto em relação ao direito de nomear um único diretor executivo, de eleger a maioria dos membros do conselho de administração ou do conselho de administração ou qualquer outro órgão de gestão colegial, que segundo as leis aplicáveis ou documentos constitutivos da pessoa relevante tenha uma autoridade semelhante, ou o direito de determinar as principais condições da conduta dos negócios de uma pessoa e "controlada", "controle" e "controlando" deve ser interpretado em conformidade;

(c) "Perda" significa todas as perdas, responsabilidades por danos, custos (incluindo custos legais e honorários de especialistas e consultores), encargos, despesas, ações, processos, reivindicações e demandas, danos punitivos, perda de lucros, perda de boa vontade, seja real ou potencial, perda consequencial, responsabilidade pelo produto ou qualquer outro efeito prejudicial (incluindo qualquer Efeito Adverso);

(d) "Efeito Adverso" significa qualquer observação em humanos, considerada ou não relacionada ao produto, que seja desfavorável e não intencional e que ocorra após qualquer uso do Produto. Estão incluídos eventos relacionados a reações nocivas em humanos após a exposição ao Produto, violações dos limites de resíduos aprovados, problemas ambientais potenciais e transmissão de qualquer agente infeccioso através do Produto, bem como quaisquer outras reações prejudiciais.

129. Já a cláusula 9 foi redigida prevendo concordância do "Comprador" em "*indenizar totalmente e manter indenizado o Vendedor e todas as suas Pessoas Conectadas*", **de forma bastante abrangente**. Vejamos:

9. INDENIZAÇÃO

9.1 O Comprador (em seu próprio nome e como agente de cada uma de suas Pessoas Conectadas) concorda em indenizar totalmente e manter indenizado o Vendedor e todas as suas Pessoas Conectadas de e contra quaisquer Perdas sofridas por qualquer uma delas como resultado de atos ou omissões de

(a) o Vendedor ou qualquer de suas Pessoas Conectadas em violação deste Contrato, ou

(b) qualquer terceira pessoa em conexão com o assunto deste Contrato ou qualquer uso do Produto no Território por essa ou qualquer outra pessoa

130. Pois bem. Não se olvida que o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário, entendeu não haver óbice a que o Estado Brasileiro aceite eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual das empresas fornecedoras, e também entendeu não haver óbice à limitação ou exoneração da empresa fornecedora quanto ao dever de indenizar os cidadãos em razão de danos causados pelas vacinas, de modo que a obrigação pelo pagamento seja assumida, total ou parcialmente, pelo Poder Público. **Todavia, a própria Corte de Contas estabeleceu ressalvas aos entendimentos.**

131. Cabe relembrar o teor dos itens 9.1.9, 9.1.10 e 9.1.12 a 9.1.15 do Acórdão:

9.1.9. considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há óbice jurídico, a partir da ampliação da autonomia contratual concedida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a que o Estado Brasileiro aceite eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual das empresas fornecedoras, **se esta condição estiver sendo praticada nos negócios firmados com os diversos países e for requisito intransponível para a aquisição do produto, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública;**

9.1.10. considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há óbice jurídico a que a União pactue, nos contratos firmados em razão das Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a limitação ou exoneração da empresa fornecedora quanto ao dever de indenizar os cidadãos em razão de danos causados pelas vacinas, de modo que a obrigação pelo pagamento seja assumida, total ou parcialmente, pelo Poder Público, **ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública. Isso será possível se a cláusula estiver sendo adotada nos negócios firmados com os diversos países e constituir condição indispensável para a aquisição das vacinas.**

(...)

9.1.12. é perfeitamente possível o Poder Público pactuar novas regras de distribuição de riscos, no que se refere aos contratos para aquisição de vacinas, considerando a maior autonomia contratual conferida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021 e a premência na remediação da situação de emergência causada pela pandemia do novo coronavírus;

9.1.13. essa opção deve ser devidamente motivada, cabendo ao Estado seguir as boas práticas de governança, gestão de riscos e controles internos, bem como as circunstâncias excepcionais postas, a fim de avaliar se os termos propostos pelas fornecedoras constituem cláusulas uniformes praticadas atualmente em outras contratações com outros países e se são imprescindíveis à obtenção de vacinas;

9.1.14. **como limite a essa autonomia contratual, não é possível o Estado assumir a responsabilidade por riscos ligados a danos decorrentes de atos praticados com dolo ou culpa grave dos fornecedores de vacinas ou terceiros ou que se mostrem contrários à ordem pública;** e

9.1.15. pelas dificuldades envolvidas na solução de eventual questão jurídica, seria importante que as cláusulas de alocação dos riscos dos contratos de aquisição de vacinas, assim como o seu inteiro teor, fossem precedidas de parecer jurídico da AGU, a fim de possibilitar o escoreito tratamento à questão.
(Grifo nosso)

132. **Enfatiza-se: o TCU ressaltou expressamente os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública.**

133. Ademais, o Tribunal manifestou de forma expressa quanto a aceite da eventual cláusula: **"se esta condição estiver sendo praticada nos negócios firmados com os diversos países e for requisito intransponível para a aquisição do produto".**

134. A respeito do conceito de normas de ordem pública, o voto do Ministro Relator, proferido no Acórdão supracitado, traz considerações. *In verbis*:

18. Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, *"as normas de ordem pública são normas de aplicação imperativa que visam directa e essencialmente tutelar os interesses primordiais da colectividade"* (COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. Coimbra: Editora Almedina, 2000, p. 473) .

19. O termo se notabiliza pela polissemia, cabendo trazer a síntese de Brunela Vieira de Vincenzi e César Rossi Machado:

"[...] há linha de entendimento doutrinário que tende a conceituar a Ordem Pública como a tradução do sentimento de toda uma nação (DOLINGER, 1997) ; e que há também outros pesquisadores, que entendem que a Ordem Pública está intrínseca no sistema jurídico de um Estado Soberano (GRECO FILHO, 1978) , de modo que uma situação notadamente estranha à cultura jurídica, à Constituição, ao interesse social e aos direitos mais basilares de um povo seria contrária à Ordem Pública (PUCCI, 2007) " (VINCENZI, Brunela Vieira de. MACHADO, César Rossi. Sentença Estrangeiras. A Complexidade da Ordem Pública entre outras culturas. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 11 de junho de 2009, 8h16. Disponível em: . Acesso em: 15/03/2021) .

20. Pela extração constitucional do termo, não obstante os múltiplos sentidos e o seu caráter vago, não seriam válidas cláusulas contratuais que, ao final, contrariassem a ordem pública. Tal assertiva está em linha de coerência com o Acórdão 1720/2016-TCU-Plenário, que negou validade à cláusula existente no contrato de compra e venda da Refinaria de Pasadena, sob o argumento de que *"a ofensa à ordem pública nacional constitui motivo suficiente para afastar a lei escolhida entre as soluções para a solução de eventuais conflitos"*.

(...)

22. Apesar disso, cabe ao Poder Público verificar eventual condição contratual que se mostre contrária a esse valor jurídico, o que exige o trabalho do intérprete para, primeiro, precisar o sentido do termo e, segundo, perceber a antinomia da situação concreta, sopesando com as consequências práticas que adviriam da recusa do contrato.

135. Destaco que é realizada citação no sentido que *uma situação notadamente estranha à cultura jurídica, à Constituição, ao interesse social e aos direitos mais basilares de um povo seria contrária à Ordem Pública.*

136. Para enriquecer a análise, cabe mencionar que André Ramos Tavares, em seu Curso de Direito Constitucional, faz alusão a normas de ordem pública, ao tratar da classificação das leis quanto a vinculação. Vejamos:

Quanto à vinculação, dividem-se as leis em **cogentes** e dispositivas, conforme esteja ou não seu cumprimento ao arbítrio dos particulares. **As primeiras, também denominadas imperativas, são as chamadas "normas de ordem pública". São relativas ao Direito de Família, do Trabalho, do Consumidor, parte dos direitos**

obrigacionais, dentre outras. Têm o caráter da indisponibilidade em virtude de tutelar um interesse público. As normas dispositivas, ao contrário, têm por fim permitir determinado ato ou suprir uma manifestação de vontade que as partes poderiam ter efetuado e não o fizeram. (Grifo nosso)

(Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013).

137. Como visto, para o jurista, as normas **cogentes**, também denominadas **imperativas**, são as chamadas "**normas de ordem pública**". André Tavares nos ensina que referidas normas tem o caráter da **indisponibilidade em virtude de tutela um interesse público**.

138. Feitas essas considerações iniciais, adianta-se que, em relação às cláusulas 6, 7 e 9 foram identificadas previsões em desacordo com o ordenamento jurídico, **o que demanda providências e reformulação do texto de modo que haja adequação às normas aplicáveis**.

139. Mencione-se, de pronto, o seguinte:

i) Na subcláusula 6.1 da minuta submetida à apreciação verifica-se s.m.j., de modo descabido, a exclusão de responsabilidade de forma ampla (a subcláusula somente requer que o Vendedor haja de boa-fé). Registre-se que deve ser observado o limite da ordem pública. Ademais, a cláusula poderia, salvo melhor entendimento, ser enquadrada no conceito de causa de irresponsabilidade (o que difere de eventual cláusula de não indenizar), e seria considerada contrária ao direito, consoante precedente desta CONJUR/MS (parágrafo 43 do PARECER n. 00098/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU). Também enfatiza-se que não é possível cláusula que limite a responsabilidade/dever de indenizar no caso de dolo ou culpa grave.

ii) Na subcláusula 6.2 é realizada limitação de responsabilidade do Vendedor pelo não desempenho ou desempenho impróprio do contrato, de modo que referida responsabilidade, de acordo com a subcláusula, não excederá um valor igual a cem mil USD ou 10% do preço total da quantidade comprometida, o que for menor. Trata-se de previsão não justificada nos autos. Reforça-se a necessidade de serem observadas as normas de ordem pública. Reitera-se que não é possível cláusula que limite a responsabilidade/dever de indenizar no caso de dolo ou culpa grave. Ademais, prever referida limitação por não desempenho ou desempenho impróprio do Contrato pode resultar em enriquecimento sem causa do Vendedor, e, a depender do caso, pode significar a própria desnaturação do contrato de compra e venda^[5]. Reitera-se, pois, a recomendação de adequação da previsão.

iii) Nas subcláusulas 6.3 e 6.4, também são previstas ausência de responsabilidade, de forma demasiadamente ampla. Reitera-se que devem ser observadas as normas de ordem pública, não sendo cabível isenção de responsabilidade de forma irrestrita. Em acréscimo, por excesso de zelo, mais uma vez reitera-se que não é possível cláusula que limite a responsabilidade/dever de indenizar no caso de dolo ou culpa grave.

iv) Em relação à subcláusula 7.1, que também prevê isenção de responsabilidade, de forma ampla, entende-se que aplicam-se as mesmas considerações supra. Em acréscimo, registre-se que a subcláusula 7.1 é, s.m.j., ainda mais abrangente, prevendo ausência de responsabilidade a "Pessoas Conectadas do Vendedor", o que é temeroso e juridicamente questionável.

v) Na subcláusula 9.1, observa-se que é previsto que o comprador "*concorda em indenizar totalmente e manter indenizado o Vendedor e todas as suas Pessoas Conectadas de e contra quaisquer Perdas sofridas por qualquer uma delas como resultado de atos ou omissões de (a) o Vendedor ou qualquer de suas Pessoas Conectadas em violação deste Contrato, ou (b) qualquer terceira pessoa em conexão com o assunto deste Contrato ou qualquer uso do Produto no Território por essa ou qualquer outra pessoa*". Trata-se, s.m.j., de previsão injustificada e contrária a normas de ordem pública (neste sentido, parágrafos 34, 35, 49, 50, 51, 54, 58, 59 e 65 do PARECER n. 00098/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU). Ressalta-se que de forma s.m.j. ilógica é previsto, inclusive, concordância do comprador em indenizar totalmente e manter indenizado o vendedor e todas as suas pessoas conectadas de e contra quaisquer perdas sofridas por qualquer uma delas como resultado de atos ou omissões de o Vendedor ou qualquer de suas Pessoas Conectadas em violação do contrato. Outrossim, enfatiza-se a abrangência do item "b" da subcláusula 9.1 que se refere a atos ou omissões de "qualquer terceira pessoa em conexão com o assunto deste Contrato ou qualquer uso do Produto no Território por essa ou qualquer outra pessoa". Não se recomenda a manutenção da subcláusula com a redação atual.

140. Mencione-se, ainda, que chamou a atenção deste subscritor o fato que, na subcláusula 7.2, são trazidos conceitos que entende-se, nos termos da BPC nº 7, demasiadamente abrangentes. Por exemplo, mencione-se que, segundo a minuta "*Efeito Adverso*" **significa qualquer observação em humanos, considerada ou não relacionada ao produto, que seja desfavorável e não intencional e que ocorra após qualquer uso do Produto. (...)**" (Grifo nosso). Recomenda-se a avaliação do setor técnico competente acerca das previsões.

141. **Deveras, entende-se, s.m.j., que referidas cláusulas 6, 7 e 9, da forma que encontram-se redigidas, não estão de acordo com o ordenamento jurídico.**

142. Peço vênha para tecer algumas considerações mais pormenorizadas inspirado em precedente desta Consultoria Jurídica (PARECER n. 00098/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU - NUP 25000.022435/2021-79).

143. Sabe-se que há entendimento jurídico no sentido que eventual cláusula de não indenizar teria campo de incidência restrito à responsabilidade contratual (e, ainda assim, com limites), não sendo eventual disposição oponível a terceiro. Observe-se ensinamento de Cavalieri Filho:

143 Limites

Uma vez assentado que a cláusula de não indenizar é uma estipulação ou ajuste de uma avença, uma cláusula acessória de um contrato destinada a afastar as normais consequências da inexecução, torna-se intuitivo que o seu campo de incidência está limitado à responsabilidade contratual. A cláusula é inadmissível na responsabilidade extracontratual porque, ali, as partes nada contratam. Ademais, os princípios da responsabilidade delitual são de ordem pública, estabelecidas em favor do interesse geral e das exigências do bem comum. Tais princípios, no dizer dos autores, constituem o penhor de nossa própria existência, o imperativo da sociedade humana.

(CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 530.)

144. Para o doutrinador, não seria admissível cláusula de não indenizar no que concerne à responsabilidade extracontratual.

145. Entende-se prudente deixar claro, inclusive considerando as **ressalvas** externadas pelo TCU no Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário, que há entendimento jurídico no sentido que a responsabilidade extracontratual, por ato ilícito, envolve **ordem pública**.

146. Neste sentido, é o ensinamento de Flávio Tartuce:

Na esteira da melhor doutrina contemporânea, a malfadada cláusula de não indenizar tem aplicação bem restrita. Senão, vejamos:

1.º) A cláusula de não indenizar somente vale para os casos de responsabilidade contratual, **uma vez que a responsabilidade extracontratual, por ato ilícito, envolve ordem pública**. Ressalte-se que a ordem pública é ainda mais patente nas hipóteses de atos ilícitos dolosos. (Grifo nosso)

(Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 4. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014)

147. Ademais, ressalte-se que o instituto da "responsabilidade civil" tem base **constitucional**, sendo cabível citar, por exemplo, disposição contida no título referente aos **direitos e garantias fundamentais**.

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, **além da indenização por dano material, moral ou à imagem**;

(Grifos originais e acrescidos)

148. Desse modo, tendo em vista que o TCU estabeleceu expressamente que as cláusulas estabelecidas em função do permissivo do art. 12 da Lei 14.124/2021 devem estar de acordo com a ordem pública (vide item 9.1.3 do Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário); tendo em vista, ainda, que o TCU, ao versar sobre a aceitação de eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual das empresas fornecedoras, ressaltou expressamente os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública (9.1.9 do Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário), **entende-se pela necessidade que haja a adequação das cláusulas concernentes a responsabilidade, inclusive para que não haja limitação ou isenção de responsabilidade extracontratual, em desacordo com a Lei** (as questões inerentes à Lei nº 14.125/2021 serão abordadas ainda neste opinativo).

149. Por zelo, mencione-se que mesmo quando o TCU entendeu possível, no Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário, um "*rearranjo de riscos relacionados à eventual responsabilidade de natureza extracontratual*", **o fez com cautela**. Observe-se, inicialmente, o seguinte trecho do voto:

71. Sobre o assunto, entendo que a anuência a normas jurídicas contratuais produzidas por pessoa jurídica externa (Lei 14.121/2021) e a deslegalização de parte da matéria dos ajustes (Lei 14.424/2021) não implicam autorização para revogação de leis tratando de

questão estranha à relação entre Estado e fornecedores nem para a edição de cláusulas que contrariem a ordem constitucional.

72. Não obstante, compreendo que, da mesma forma que a responsabilidade contratual, as partes podem promover um rearranjo dos riscos relacionados à eventual responsabilidade de natureza extracontratual, como forma de viabilizar o fornecimento de vacinas e evitar que as contingências, ainda incertas quanto à extensão, onerem demasiadamente o preço da contratação a ponto de torná-la inviável.

73. Essa realocação da matriz de riscos decorre, como visto, da excepcionalidade da situação concreta que se busca remediar, na qual o Estado não tem como usar suas potestades por estar, contingencialmente, em situação de inferioridade factual perante os detentores da tecnologia, **in casu**, os fabricantes de vacinas. Justamente por esse motivo, a relação contratual em análise se aproxima do ambiente de maior autonomia dos contratos empresariais, sendo aceitável, no contexto descrito, a divisão de responsabilidades de natureza extracontratual em razão de vício do produto.

74. Dito isso, o que as regras especiais da Aliança Gavi e a maior autonomia contratual conferida pela Lei 14.424/2021 podem legitimamente tratar, dentro da ideia de redistribuição de riscos que a situação concreta pode supostamente demandar, é sobre a eventual assunção, por parte da União, da responsabilidade pelo pagamento das indenizações aos cidadãos, que eventualmente sofram danos em função do insumo consumido.

75. Aplica-se aqui a doutrina de Letícia Marquez de Avelar:

"As partes não podem, por vontade própria, exonerarem-se da responsabilidade que decorre da lei. O que se admite é a exoneração convencional do dever de indenizar, mas nunca da responsabilidade. Assim, o agente que causa dano a outrem porque descumprir uma obrigação convencionalmente contratualmente [...] não deixará de ser responsável, mas poderá ser eximido do pagamento da indenização que seria devida ao credor se houver sido estipulada a cláusula de não indenizar, desde que válida e eficaz no caso concreto." (AVELAR, Letícia Marquez de. A cláusula de não indenizar: uma releitura do instituto à luz do atual código civil brasileiro. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. pp. 41-42. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16082012-154850/pt-br.php>>. Acesso em: 12/3/2021)

76. Dessa forma, cabe responder ao consulente que não há óbice a que a União pactue, nos contratos firmados em razão das Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a limitação ou exoneração da empresa fornecedora quanto ao dever de indenizar os cidadãos em razão de danos causados pelas vacinas, de modo que a obrigação pelo pagamento seja assumida, total ou parcialmente, pelo Poder Público, ressalvados os limites expostos no capítulo V. Isso será possível se a cláusula estiver sendo praticada nos negócios firmados com os diversos países e constituir condição indispensável para a aquisição das vacinas.

150. Devido à sua importância, cumpre transcrever o "*capítulo V*" constante do voto:

V - É admissível que, em um contrato de fornecimento de vacinas, o Poder Público assumia a integralidade ou a quase integralidade dos riscos contratuais na alocação de riscos prevista? Considerando a situação delicada envolvida, qual deve ser a análise de riscos a ser feita pelo gestor ao decidir pela admissibilidade ou não de certas cláusulas de alocação de riscos?

80. Conforme visto, é perfeitamente possível o Poder Público pactuar novas regras de distribuição de riscos, no que se refere aos contratos para aquisição de vacinas, considerando a maior autonomia contratual conferida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021 e a premência na remediação da situação de emergência causada pela pandemia do novo coronavírus.

81. Essa opção deve ser devidamente motivada, cabendo ao Estado seguir as boas práticas de governança, gestão de riscos e controles internos, bem como as circunstâncias excepcionais postas, a fim de avaliar se os termos propostos pelas fornecedoras constituem cláusulas uniformes praticadas atualmente em contratações com outros países e se são imprescindíveis à obtenção de vacinas.

82. Como limites a essa assunção de riscos, cabe invocar as balizas trazidas pela doutrina.

83. Segundo Sílvio de Salvo Venosa, seria incabível uma cláusula de limitação de responsabilidade que abarcasse atos praticados com dolo ou culpa grave, uma vez que isso eliminaria a eficácia preventiva do direito da responsabilidade contratual. Em suas palavras:

"De qualquer forma, ainda que livremente convencionalizada, não opera essa cláusula em caso de dolo do agente. Não é porque o contratante sabe que está isento de indenizar que intencionalmente possa ocasionar o dano. Como nessa inconveniente cláusula, naturalmente o agente relaxa no cumprimento da obrigação, se sua culpa for de elevado nível (culpa grave), sua conduta se equipara ao dolo. O caso concreto vai elucidar o juiz." (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 336)

84. No mesmo sentido, cabe invocar a doutrina de José Luiz Bayeux Neto: *"Em contratos paritários, o único controle material das cláusulas de limitação de responsabilidade deve ser relativo à exclusão por dolo e culpa grave. Essas duas restrições seriam suficientes para se mitigar os efeitos do moral hazard decorrente da redução ou exclusão da responsabilidade do devedor."* (BAYEUX NETO, José Luiz. A validade da cláusula de limitação de responsabilidade no direito privado e, em especial, no contrato de transporte de carga.

2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.270. Disponível em: . Acesso em: 15/3/2021.

85. A academia traz outra condição à aceitação da cláusula de limitação de responsabilidade, que seria a ideia de ordem pública. Nesse sentido, invoco novamente as lições de Sílvia de Salvo Venosa (**op. cit.**, p. 335) , sendo oportuno transcrever o seguinte trecho da doutrina de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: *"Para esse novo Direito Civil, mais socializado, subversivo dos antigos paradigmas, a cláusula de não indenizar, posto que não seja vedada pelo Código Civil, é condicionada a alguns parâmetros como a igualdade dos estipulantes e a não infringência de superiores preceitos de ordem pública"* (FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 168) .

86. Cabe suscitar, entretanto, a dificuldade de se apontar, previamente, sem a devida consideração da situação concreta, quando ocorreria a infração à ordem pública, devido à polissemia e ao caráter abstrato do termo, o que implica a necessidade do labor do intérprete quanto ao seguimento das regras de hermenêutica e a devida consideração do art. 20 da LINDB. Invocam-se, aqui, as considerações tratadas no capítulo II deste voto, a respeito do que vem a ser ordem pública.

87. Pelas dificuldades envolvidas na solução de eventual questão jurídica seria importante que as cláusulas de alocação dos riscos dos contratos de aquisição de vacinas, assim como o seu inteiro teor, fossem precedidas de parecer jurídico da AGU, a fim de possibilitar o correto tratamento à questão.

151. Como visto, embora no voto, tenha, de fato, constado menção a *"rearranjo de riscos relacionados à eventual responsabilidade de natureza extracontratual"*, uma leitura mais pormenorizada do Acórdão demonstra, claramente, a subsistência das ressalvas anteriormente apontadas. No parágrafo 83, cita-se doutrinador para dizer que *"Segundo Sílvia de Salvo Venosa, seria incabível uma cláusula de limitação de responsabilidade que abarcasse atos praticados com dolo ou culpa grave, uma vez que isso eliminaria a eficácia preventiva do direito da responsabilidade contratual"*. E no parágrafo 85, menciona-se que *"A academia traz outra condição à aceitação da cláusula de limitação de responsabilidade, que seria a ideia de ordem pública"*.

152. Desse modo, entende-se, s.m.j., tendo em vista que responsabilidade extracontratual, por ato ilícito, envolve **ordem pública** (TARTUCE, 2014), que eventual rearranjo de riscos somente poderia se dar, **se fosse o caso**, observando-se, além das condicionantes externadas pelo TCU, **os exatos termos da previsão legal do art. 1º da Lei nº 14.125/2021 (referida Lei dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado)**. Vejamos o teor do dispositivo legal mencionado:

Art. 1º Enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), declarada em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), ficam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios autorizados a adquirir vacinas e a assumir os riscos referentes à responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrado, em relação a eventos adversos pós-vacinação, desde que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir garantias ou contratar seguro privado, nacional ou internacional, em uma ou mais apólices, para a cobertura dos riscos de que trata o caput deste artigo.

§ 2º A assunção dos riscos relativos à responsabilidade civil de que trata o caput deste artigo restringe-se às aquisições feitas pelo respectivo ente público.

§ 3º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão medidas efetivas para dar transparência:

I - à utilização dos recursos públicos aplicados na aquisição das vacinas e dos demais insumos necessários ao combate à Covid-19;

II - ao processo de distribuição das vacinas e dos insumos.

153. É necessário mencionar, entretanto, que no caso concreto, o que se identifica, salvo melhor entendimento, nas cláusulas 6 e 7 são previsões de limitação/isenção de responsabilidade em relação ao Vendedor (cláusula 6), havendo também referência a *"Pessoas Conectadas do Vendedor"* (Cláusula 7). Já em relação à cláusula 9 que, por sua vez, trata de dever do Comprador de indenizar, e que pode ser interpretada como uma cláusula de assunção de riscos pela União, tem-se, s.m.j. e nos termos da BPC nº 7, que a redação da tradução encaminhada não é clara, é demasiadamente abrangente e traz previsões questionáveis, não sendo possível a esta CONJUR/MS afirmar, neste momento, que há adequação com o texto do art. 1º da Lei nº 14.125/2021.

154. Ressalto, inclusive, que é pertinente que a área técnica esclareça nos autos, se em relação às vacinas objeto da contratação pretendida, se a ANVISA concedeu o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial.

155. Em continuidade, e ainda considerando a linha do entendimento do TCU, ressalto que também não deve constar na minuta **limitação ou isenção de responsabilidade (e/ou do dever de indenizar) relacionados a atos praticados com dolo ou culpa grave do fornecedor**.

156. Reforça-se: **não devem constar na minuta, inclusive nas cláusulas que versam sobre responsabilidade, previsões que violem a ordem pública, ou previsões que importem limitação/isenção de responsabilidade (e/ou do dever de indenizar) relacionados a atos praticados com dolo ou culpa grave.** É oportuno mencionar, apenas a título exemplificativo, precedente do Superior Tribunal de Justiça acerca de direito ambiental:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - DIREITO AMBIENTAL- AÇÃO CIVIL PÚBLICA ? COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL ? IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL ? PEDIDO GENÉRICO ? ARBITRAMENTO DO QUANTUM DEBEATUR NA SENTENÇA: REVISÃO, POSSIBILIDADE - SÚMULAS 284/STF E 7/STJ. (...) Reparação pelos danos materiais e morais, consubstanciados na extração ilegal de madeira da área indígena.4. O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espalhando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado.5. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano.6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal.7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação.8. **O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis** e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental. (...) Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1120117/AC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 19/11/2009) (Grifo nosso)

157. Mencione-se que, **mesmo na responsabilidade contratual**, há limites a serem observados. Versando sobre o limite da **ordem pública**, afirma Cavalieri Filho:

Mesmo na responsabilidade contratual a cláusula de não indenizar sofre limitações. Ninguém desconhece que a liberdade de contratar não é absoluta, mas sujeita às restrições impostas pela ordem pública. Consequentemente, a cláusula de não indenizar só vigora quando relacionada com obrigações passíveis de modificação convencional, isto é, só pode ser estipulada quando a norma de Direito Comum que estabelece a responsabilidade, e que, pela convenção, ficará afastada, não tutele interesse de ordem pública. (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 531-532.)

158. **Deveras, não é admissível a previsão de cláusula em violação a norma de ordem pública, mesmo se tratando de responsabilidade contratual.**

159. Também, neste momento, relembro a importante questão referente ao **dolo e à culpa grave**. Não identificou-se, na minuta, previsão expressa no sentido que o Vendedor responde no caso de atuar com dolo ou culpa grave. Cabe citar, mais uma vez, lição de Cavalieri Filho:

143.2 Dolo e culpa grave

Outra limitação da cláusula de não indenizar, mesmo no campo de sua incidência, é o dolo e a culpa grave. E isso pelas mesmas razões já expostas: tolerar a culpa grave, ou o dolo, é assegurar a impunidade às ações danosas de maior gravidade, o que contradiz a própria ideia de ordem pública.

Tanto no dolo, como na culpa - nós todos estamos lembrados - a vontade do agente se dirige no sentido da realização da conduta. Só que no dolo a vontade abrange também a realização do efeito nocivo resultante do fato, isto é, o agente quer a conduta e o resultado, ao passo que na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão: o agente só quer o fato, não, porém, o seu efeito; quer a causa, mas não quer a lesão.

Sendo assim, a exoneração do dolo equivaleria à dispensa de prestar, à negação da própria obrigação, e não, simplesmente, do dever de reparar. Seria estabelecer a impunidade da má-fé prevista de antemão. O devedor que se reservasse o direito de não cumprir a obrigação por seu próprio arbítrio, em verdade, não a teria contraído.

A culpa grave, por sua vez, revela negligência extrema, grosseira ausência de vigilância, em que até o homem menos cuidadoso não incide nos seus próprios negócios. A interdição da cláusula de não indenizar, em casos tais, é exigência da moral e da boa-fé. Seria imoral, por exemplo, pudesse o médico liberar-se do erro grosseiro junto ao seu paciente com base na cláusula de não indenizar. Além do mais, já estaria, nesse caso, no terreno da responsabilidade delitual.

(CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 532.)

160. Destaco que, segundo o jurista, **a exoneração do dolo equivaleria à dispensa de prestar, à negação da própria obrigação, e não, simplesmente, do dever de reparar. Seria estabelecer a impunidade da má-fé prevista de antemão.**

161. Consoante exaustivamente exposto, não se considera consentâneo com o direito a previsão de cláusula de não indenizar (tampouco de ausência de responsabilidade) na hipótese em que o fornecedor atue com dolo ou culpa grave (ou, de qualquer modo, de forma contrária a normas de ordem pública).

162. Destaca-se que há cláusulas, que da forma redigida (ex: cláusula 6.1, 6.3, 6.4 e 7.1), enquadrariam-se, salvo melhor entendimento, no conceito de causa de irresponsabilidade, o que, também, seria algo considerado contrário ao direito. Neste sentido, cito a distinção feita por Cavalieri Filho:

Talvez, a esta altura, seja conveniente acentuarmos a distinção entre causa de irresponsabilidade e cláusula de não indenizar. A diferença entre uma e outra está em que a primeira exclui a responsabilidade e a segunda, como visto, afasta apenas a indenização. A causa de irresponsabilidade, por outro lado, não depende da vontade das partes, provindo sempre da lei.

Com efeito, só a lei pode excepcionar algumas situações em que, não obstante a conduta e o dano, o agente não será responsabilizado.[...] A convenção jamais poderá fazer isso, porque a ninguém é dado estipular que, em determinada situação, não será o sujeito passivo do dever de reparar. Isso escapa do campo das disposições das partes, onde só lhes é permitido negociar sobre as consequências da responsabilidade - a reparação. A responsabilidade, enfatiza-se uma vez mais, além de pessoal, é emanção da ordem jurídica, consequência automática do ato ilícito, de sorte que só por lei pode ser afastada.

(CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 529.)

163. Em continuidade, no que concerne à **assunção de responsabilidade pelo Comprador**, observa-se que a subcláusula 9.1 prevê que o comprador "*concorda em indenizar totalmente e manter indenizado o Vendedor e todas as suas Pessoas Conectadas de e contra quaisquer Perdas sofridas por qualquer uma delas como resultado de atos ou omissões de (a) o Vendedor ou qualquer de suas Pessoas Conectadas em violação deste Contrato, ou (b) qualquer terceira pessoa em conexão com o assunto deste Contrato ou qualquer uso do Produto no Território por essa ou qualquer outra pessoa*". **Trata-se, s.m.j., de previsão injustificada e contrária a diversas normas de ordem pública** (neste sentido, parágrafos 34, 35, 49, 50, 51, 54, 58, 59 e 65 do PARECER n. 00098/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU).

164. Ora, de forma s.m.j. ilógica é previsto, inclusive, concordância do comprador em indenizar totalmente e manter indenizado o vendedor e todas as suas pessoas conectadas de e contra quaisquer perdas sofridas por qualquer uma delas como resultado de atos ou omissões de **o Vendedor ou qualquer de suas Pessoas Conectadas em violação do contrato.**

165. Ressalta-se, em consonância com a fundamentação que vem sendo defendida neste opinativo, que entende-se não haver amparo jurídico para assunção de responsabilidade pela União da forma constante da minuta, e principalmente no caso em que o Vendedor "*ou qualquer de suas pessoas conectadas*" atue com dolo, culpa grave ou ainda em violação a norma de ordem pública.

166. Também não se recomenda previsões na minuta em contrariedade ao princípio da boa-fé. Orienta-se, inclusive, a observância aos conceitos parcelares da boa-fé objetiva.

167. Outrossim, enfatiza-se a abrangência do item "b" da subcláusula 9.1 que se refere a atos ou omissões de "*qualquer terceira pessoa em conexão com o assunto deste Contrato ou qualquer uso do Produto no Território por essa ou qualquer outra pessoa*". Entende-se, s.m.j., que não é adequada previsão no sentido que a União indenize o comprador em razão de ação ou omissão de terceira pessoa.

168. **Não se recomenda a manutenção da subcláusula com a redação atual**

169. Enfatize-se, inclusive, o fato que a responsabilidade e o dano potencial que estaria sendo assumido não é certo, não tendo sido identificada nos autos sequer estimativa. Nesse contexto, é possível que, mantendo-se a previsão da cláusula 9ª, haja violação às regras referentes à despesa pública, estipuladas, por exemplo, na Lei 4.320/1964 e na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/00), **o que não se recomenda.**

170. **Diante de todo o exposto, o recomendável é que se verifique a viabilidade de reformular as cláusulas 6, 7 e 9, com base nos fundamentos citados neste tópico, inclusive com base no entendimento manifestado no Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário (Acórdão com caráter normativo), de modo que sejam suprimidas/corrigidas as previsões que representam ofensa à ordem pública e as previsões que admitem isenção e/ou limitação de responsabilidade nos casos de dolo ou culpa grave do fornecedor.**

171. Além disso, após a reformulação cabível, deve o órgão assessorado verificar se as

condições remanescentes estão sendo praticadas nos negócios jurídicos firmados com os diversos países e se são requisitos intransponíveis para a aquisição do produto, conforme Acórdão do TCU.

j. APONTAMENTOS RELACIONADOS À CLÁUSULA 8 INTITULADA "ACORDO COMPLETO"

172. Observa-se que a subcláusula 8.1, de forma abrangente, prevê a "*exclusão de quaisquer termos implícitos por lei que podem ser excluídos por contrato*". Entende-se mais recomendável e consonante com o princípio da publicidade (e da transparência), que haja a reformulação da subcláusula para que eventuais "exclusões" que se pretenda pactuar sejam nominadas de forma específica e expressamente.

173. Em relação à subcláusula 8.2, entende-se que deve haver sua adequação, uma vez que a redação é demasiadamente abrangente, prevendo, inclusive, de forma ampla, renúncia a direito^[6] e recursos (incluindo aqueles por ato ilícitos ou decorrentes de lei). **Consoante exaustivamente exposto neste opinativo, devem ser obedecidas as normas de ordem pública.** Rememore-se o teor dos seguintes itens do Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário:

9.1.3. as cláusulas contratuais estabelecidas em razão das regras da Aliança Gavi sobre contrato, internalizadas pela Lei 14.121/2021, ou em função do permissivo do art. 12 da Lei 14.124/2021, devem estar de acordo com a ordem pública, de modo que eventual tratativa a respeito de sua incompatibilidade deve contar com o devido suporte da AGU, a fim de possibilitar o escorreito tratamento à questão;

(...)

9.1.5. a maior autonomia contratual, seja pela adesão às regras da Aliança Gavi, seja pela aceitação das cláusulas impostas pelo fornecedor de vacinas como condição à conclusão do negócio, não pode levar à estipulação de obrigações que contrariem outras normas cogentes do nosso ordenamento jurídico que não foram afastadas pelas leis mencionadas, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei 4.320/1964, até porque é requisito de validade de todo negócio jurídico que seu objeto seja lícito (art. 104, inciso II, do Código Civil);

9.1.9. considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há óbice jurídico, a partir da ampliação da autonomia contratual concedida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a que o Estado Brasileiro aceite eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual das empresas fornecedoras, se esta condição estiver sendo praticada nos negócios firmados com os diversos países e for requisito intransponível para a aquisição do produto, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública;

(...)

9.1.10. considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há óbice jurídico a que a União pactue, nos contratos firmados em razão das Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a limitação ou exoneração da empresa fornecedora quanto ao dever de indenizar os cidadãos em razão de danos causados pelas vacinas, de modo que a obrigação pelo pagamento seja assumida, total ou parcialmente, pelo Poder Público, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública. Isso será possível se a cláusula estiver sendo adotada nos negócios firmados com os diversos países e constituir condição indispensável para a aquisição das vacinas.

174. É importante rememorar que a observância ao princípio da legalidade é inerente ao Estado de Direito. Rememore-se que a Corte de Contas, quando questionada se as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 (a referida MP foi convertida na Lei nº 14.124/2021) possibilitam o afastamento de normas contrárias que não possuem natureza contratual, aduziu:

IV - As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 possibilitam o afastamento de normas contrárias que não possuem natureza contratual?

(...)

44. A Lei 14.124/2021, por sua vez, excluiu as regras da Lei 8.666/1993 que se mostrarem contrárias ao regime instituído por ela, inclusive no tocante às cláusulas excepcionais previstas no art. 12, cuja regulamentação remeteu às partes. Nesse sentido, o § 1º do referido dispositivo estabeleceu que a lei geral de licitações se aplica às cláusulas dos contratos e dos instrumentos de que trata o caput deste artigo, no que couber.

45. O inciso III do art. 12 deu uma grande margem de autonomia contratual às partes, ao permitir que elas disciplinassem outras condições indispensáveis à celebração do instrumento, mediante a devida fundamentação. Sob a perspectiva da Administração, isso implica que ela pode pactuar a alocação de riscos e responsabilidades contratuais que melhor atendam ao interesse público, segundo as especificidades da situação concreta que se busca remediar.

46. Por evidente, essa maior autonomia contratual, seja pela adesão às regras da Aliança Gavi, seja pela aceitação das cláusulas impostas pelo fornecedor de vacinas como condição à conclusão do negócio, não pode levar à estipulação de obrigações que contrariem outras normas cogentes do nosso ordenamento jurídico que não foram afastadas pelas leis mencionadas, até porque é requisito

de validade de todo negócio jurídico que seu objeto seja lícito (art. 104, inciso II, do Código Civil).

(...)

(Grifo nosso)

175. Quanto à parte final da subcláusula 8.2, relacionada a responsabilidade, reiteram-se as recomendações tecidas no tópico antecedente, para que também haja a adequação.

176. Em relação à subcláusula 8.3, na mesma linha de ideias da recomendação tecida quanto à subcláusula 8.1, recomenda-se, inclusive de modo a possibilitar uma avaliação mais escorreita do órgão consultivo, que quaisquer exclusões ou renúncias pretendidas sejam previstas de forma específica e expressa. Entende-se s.m.j. temerária adotar a redação da forma posta na minuta.

177. Quanto à subcláusula 8.4, entende-se, s.m.j., que a redação encontra-se confusa, sendo pertinente que haja esclarecimento pelo setor competente, para análise mais adequada. Por excesso de zelo, desde já reitera-se o exposto no tópico antecedente, com ênfase para a necessidade de observância às normas de ordem pública.

178. Quanto à subcláusula 8.5, orienta-se que seja esclarecido a que se refere a concordância pela União (Parte) "*como agente de cada uma de suas Pessoas Conectadas*", para melhor análise.

K. CONSIDERAÇÕES RELATIVAS À CLÁUSULA 10 INTITULADA "PRAZO E RESCISÃO"

179. Quanto à subcláusula 10.1, entende-se recomendável que o marco inicial da vigência seja estipulado da forma mais clara possível, de modo a evitar questionamentos futuros.

180. Em relação à subcláusula 10.2, especialmente quanto ao prazo de vigência, considerando a previsão de 3 anos, em dissonância com o previsto no art. 57 da Lei nº 8.666/93, entende-se que deve restar devidamente fundamentada a "cláusula especial", em conformidade com o art. 12 da Lei nº 14.124/2021, atentando o setor competente, inclusive, ao contido no §2º do artigo mencionado. Chamo a atenção, ainda, para a necessária observância às normas de direito financeiro, inclusive considerando o entendimento externado no item 9.1.5 do Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário.

181. Quanto à cláusula 10.3, orienta-se uma revisão de seu conteúdo. Observa-se, por exemplo, a existência de diversos itens, na referida subcláusula, que são s.m.j. incompatíveis com o regime jurídico da União, que se trata de pessoa jurídica de direito público, **solvente**.

182. É possível encontrar menção à solvência do Estado em inúmeras obras jurídicas. De forma exemplificativa, cito Celso Antônio Bandeira de Mello e Matheus Carvalho:

A fim de que os administrados desfrutassem de proteção mais completa ante comportamentos danosos ocorridos no transcurso de atividade pública - e não a fim de proteger os funcionários contra demandas promovidos pelos lesados - é que se instaurou o princípio geral da responsabilidade do Estado (...) **Em suma: a exposição de um patrimônio sempre solvente, como o é o do Estado**, e bem assim a abertura de campo mais largo à responsabilização, nada tem a ver com qualquer propósito de colocar os funcionários públicos a salvo de ações contra eles intentáveis pelos agravados patrimonialmente em decorrência de atos contrários ao Direito.
(Curso de direito administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello - 32ª ed. revista e atualizada - Editora Malheiros, 2015. Pág. 1065 e 1066)

Impenhorabilidade - os bens públicos não podem ser penhorados em juízo para garantia de uma execução contra a fazenda pública, por exemplo. A penhora e arrematação do bem seriam de inquestionável prejuízo a toda a sociedade que dele usufrui. A penhora não surtiria os efeitos necessários, inclusive, pelo fato de que o orçamento público é garantia da execução contra o Estado, uma vez que os débitos judiciais serão inscritos e pagos com respeito à ordem cronológica de precatórios prevista no art. 100 da Constituição Federal de 1988. **Dessa forma, o ente estatal é solvente e não depende da constrição judicial dos seus bens para garantir seus débitos.**

(Manual de direito administrativo / Matheus Carvalho - 8. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2021. Pág. 953)

183. Além disso, observa-se que a previsão é de rescisão ("retirada") unilateral **do Vendedor**, o que não encontra paralelo na Lei nº 8.666/93 (vide, por exemplo, art. 79 da referida Lei). Sendo assim, a previsão demanda justificativa, e demonstração do atendimento dos requisitos da Lei nº 14.124/2021 quanto a previsão de "cláusulas especiais", devendo ser observado, ainda, o seguinte entendimento do TCU:

IV - As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 possibilitam o afastamento de normas contrárias que não possuem natureza contratual?

(...)

44. A Lei 14.124/2021, por sua vez, excluiu as regras da Lei 8.666/1993 que se mostrarem contrárias ao regime instituído por ela, inclusive no tocante às cláusulas excepcionais

previstas no art. 12, cuja regulamentação remeteu às partes. Nesse sentido, o § 1º do referido dispositivo estabeleceu que a lei geral de licitações se aplica às cláusulas dos contratos e dos instrumentos de que trata o caput deste artigo, no que couber.

45. O inciso III do art. 12 deu uma grande margem de autonomia contratual às partes, ao permitir que elas disciplinassem outras condições indispensáveis à celebração do instrumento, mediante a devida fundamentação. Sob a perspectiva da Administração, isso implica que ela pode pactuar a alocação de riscos e responsabilidades contratuais que melhor atendam ao interesse público, segundo as especificidades da situação concreta que se busca remediar.

46. Por evidente, essa maior autonomia contratual, seja pela adesão às regras da Aliança Gavi, seja pela aceitação das cláusulas impostas pelo fornecedor de vacinas como condição à conclusão do negócio, não pode levar à estipulação de obrigações que contrariem outras normas cogentes do nosso ordenamento jurídico que não foram afastadas pelas leis mencionadas, até porque é requisito de validade de todo negócio jurídico que seu objeto seja lícito (art. 104, inciso II, do Código Civil).

(...)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que versam sobre consulta formulada pelo Ministro de Estado da Saúde Eduardo Pazuello a respeito da melhor exegese dos arts. 2º da Medida Provisória 1.003/2020 e 12 da Medida Provisória 1.026/2021, que foram, respectivamente, convertidas nas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 1º, XVII, da Lei 8.443/1992 c/c art. 264, VI, do Regimento, para responder ao consulente que:

(...)

9.1.2. no caso de contradição entre as cláusulas especiais estabelecidas nos limites do art. 12 da Lei 14.124/2021 **e as demais normas legais que tratem da designada teoria geral dos contratos**, aplicam-se aquelas, por expressa opção do legislador;

9.1.3. as cláusulas contratuais estabelecidas em razão das regras da Aliança Gavi sobre contrato, internalizadas pela Lei 14.121/2021, ou em função do permissivo do art. 12 da Lei 14.124/2021, **devem estar de acordo com a ordem pública**, de modo que eventual tratativa a respeito de sua incompatibilidade deve contar com o devido suporte da AGU, a fim de possibilitar o correto tratamento à questão;

(...)

9.1.5. a maior autonomia contratual, seja pela adesão às regras da Aliança Gavi, seja pela aceitação das cláusulas impostas pelo fornecedor de vacinas como condição à conclusão do negócio, **não pode levar à estipulação de obrigações que contrariem outras normas cogentes do nosso ordenamento jurídico que não foram afastadas pelas leis mencionadas, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei 4.320/1964, até porque é requisito de validade de todo negócio jurídico que seu objeto seja lícito (art. 104, inciso II, do Código Civil);**

(...)

(Grifos nossos)

I. CONSIDERAÇÕES QUANTO À CLÁUSULA 12 INTITULADA "LEI APLICÁVEL E RESOLUÇÃO DE DISPUTAS"

184. Observa-se que, na subcláusula 12.1 é previsto que *"Este Contrato será regido e interpretado de acordo com as leis da Inglaterra e do País de Gales, excluindo todas as disposições aplicáveis da lei de colisão (privada internacional)"*.

185. Já as subcláusulas 12.3 e 12.4 versam sobre arbitragem, sendo apontado o Centro Internacional de Arbitragem de Cingapura ("SIAC") para resolução de qualquer disputa. Vejamos:

12.3. Qualquer disputa decorrente de ou em conexão com este contrato, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou rescisão, será encaminhada e finalmente resolvida por arbitragem administrada pelo Centro Internacional de Arbitragem de Cingapura ("SIAC") de acordo com as Regras de Arbitragem do Centro Internacional de Arbitragem de Cingapura ("Regras do SIAC") no momento em vigor, cujas regras são consideradas incorporadas por referência nesta cláusula.

12.4. O tribunal arbitral será composto por três árbitros. O local da arbitragem será Cingapura. A arbitragem será conduzida no idioma inglês. A decisão arbitral será final para as Partes.

186. Tratar-se-á primeiramente a respeito da lei de regência do contrato.

187. Ressalte-se que há precedente desta CONJUR/MS (PARECER n. 00098/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU), em que realizou-se análise quanto à possibilidade ou não do afastamento da legislação

pátria considerando a Medida Provisória nº 1.026/2021, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 14.124/2021.

188. Entendeu-se, naquela oportunidade, que a Medida Provisória nº 1.026/2021 não permitia a alteração de norma de regência (entendimento constante, por exemplo, dos parágrafos 108 e 111 a 115 do PARECER n. 00098/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU).

189. Deveras, embora a Lei nº 14.124/2021 apresente dispositivos que possibilitem a previsão de cláusulas especiais, entende-se temerário interpretar que a norma possibilita o afastamento integral da legislação brasileira, no que concerne ao ajuste em questão.

190. Cabe, então, verificar o que dispõem as normas de direito internacional privado no que concerne a obrigações resultantes de contrato (o estudo da norma tem relevância para a presente análise, embora não se olvide que a aplicabilidade ou não do art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 a contrato internacional em que a União seja parte é tema que já suscitou dúvidas no âmbito deste órgão consultivo - vide parágrafo 120 do PARECER n. 00098/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU).

191. O art. 9º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/1942, tem a seguinte redação:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

192. Como visto, é previsto que para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que constituírem. O §1º da norma prevê que, destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. Por fim, o §2º estatui que **a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.**

193. É pertinente mencionar, ainda, que o art. 17 do mesmo diploma normativo, prevê que "*As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*".

194. De acordo com a instrução processual, a empresa identificada na minuta tem endereço na Rússia^[7]. A União, evidentemente tem domicílio no Distrito Federal (art. 75, I, Código Civil). Desse modo, ainda que hipoteticamente se entendesse que a empresa em questão seria a "proponente", tem-se que na cláusula foi indicada legislação de País diverso.

195. Registre-se, entretanto, que a subcláusula 12.1 pretende a exclusão, até mesmo, de disposições da lei de colisão (privada internacional). Enfatize-se: a subcláusula 12.1, **além de prever a sujeição do contrato às leis da Inglaterra e do País de Gales, ainda pretende excluir todas as disposições aplicáveis da lei de colisão (privada internacional).**

196. Ora, mesmo antes de aprofundar o mérito acerca da aplicabilidade ou não de determinadas normas de direito internacional privado a contratos internacionais em que a União seja parte (como dito, trata-se de tema que já suscitou dúvidas no âmbito deste órgão consultivo), tem-se que, **entendendo-se aplicável a norma de direito internacional privado, tem-se, s.m.j., que somente por lei seria possível afastar tais disposições.**

197. Considerando todo o exposto, entende-se que, eventual concordância com a subcláusula 12.1 que prevê adoção das leis da Inglaterra e do País de Gales, como normas de regência do contrato, e exclusão de disposições de lei de colisão (privada internacional), **depende de prévia autorização legislativa.**

198. Por zelo, orienta-se, nos termos da BPC nº 7, que haja análise quanto ao interesse público relacionado à questão, uma vez que pode haver riscos em se firmar contratos regidos por legislação estrangeira, cujas normas, inclusive, não são s.m.j. de conhecimento deste órgão consultivo.

199. Deveras, sendo eventualmente adotada legislação estrangeira, esta Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde hodiernamente não detém, s.m.j., capacidade técnica para analisar e aprovar/rejeitar eventual minuta a ser celebrada (neste sentido, parágrafos 122 a 124 do PARECER n. 00098/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU).

200. **Em continuidade, cumpre, neste momento, realizar apontamentos quanto às previsões da minuta relativas a arbitragem, especialmente quanto ao contido nas subcláusulas 12.3 e 12.4.**

201. Pois bem. Sabe-se que a Lei nº 9.307/1006, que dispõe sobre a arbitragem, possibilitou que a Administração Pública direta e indireta utilize-se da arbitragem para dirimir **conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis**. Vejamos o teor do art. 1º da referida Lei:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. [\(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. [\(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)

202. Como visto, também há previsão expressa acerca da **autoridade ou o órgão competente da Administração Pública Direta** para a celebração de convenção de arbitragem que, segundo a Lei, **é a mesma para a realização de acordos ou transações**.

203. Também importa mencionar que, de acordo com a Lei, a arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. Observe-se:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. [\(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)
(Grifo nosso)

204. No âmbito doutrinário, Leonardo Carneiro da Cunha ensina que, embora seja possível a arbitragem que envolva entes integrantes da Administração Pública, é necessário realizar algumas adaptações. Vejamos:

Enfim, é possível a arbitragem que envolva entes integrantes da Administração Pública.

Há, entretanto, algumas adaptações que devem ser feitas. A Administração Pública, de qualquer dos poderes, está submetida aos princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal, a saber: legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência.

Diante disso, a arbitragem que envolva o Poder Público não pode ser sigilosa, nem confidencial, em razão da necessidade de observância ao princípio da publicidade. Além disso, em virtude do princípio da legalidade, a doutrina entende que não é possível arbitragem por equidade, quando o Poder Público figurar como uma das partes envolvidas; só é possível a arbitragem por legalidade.

(...)

Ao lado disso tudo, uma sentença arbitral que imponha uma condenação pecuniária ao Poder Público deve acarretar a expedição de precatório, em razão do que dispõe o art. 100 da Constituição Federal, regra que não pode ser afastada, ainda que se trate de arbitragem. Se a condenação for de pequeno valor, não se expede precatório, mas Requisição de Pequeno Valor - RPV, a ser paga em sessenta dias, nos termos da legislação de regência. Só não haverá necessidade de precatório ou de RPV, se o ente que integra a Administração Pública for uma sociedade de economia mista ou uma empresa pública, cujo regime jurídico é de direito privado, não estando sujeitas ao precatório.

Com essas ressalvas e adaptações, admite-se a arbitragem que envolva entes da Administração Pública.

(A Fazenda Pública em juízo / Leonardo Carneiro da Cunha. - 14. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pág 651 e 652)

205. De fato, a Administração Pública é submetida aos princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal, dentre os quais destaco o princípio da legalidade.

206. Marina Martins Martes, em artigo intitulado "*Arbitragem e Administração Pública: a compatibilidade, os limites e o procedimento arbitral envolvendo o Poder Público*", aduz que o princípio da legalidade não implica somente a necessidade de autorização legislativa para a adoção da arbitragem pelo Poder Público, **mas também a necessidade de o procedimento arbitral se adequar às normas atinentes à Administração Pública**. Vejamos:

Ademais, o princípio da legalidade não implica somente a necessidade de autorização legislativa para a adoção da arbitragem pelo Poder Público, mas também a necessidade de o procedimento arbitral se adequar às normas atinentes à Administração Pública, como será demonstrado posteriormente.

(MARTES, Marina Martins. Arbitragem e Administração Pública: a compatibilidade, os limites

207. No caso dos autos, foi indicado, na subcláusula 12.3 que qualquer disputa, nos termos da subcláusula, seria resolvida *"por arbitragem administrada pelo Centro Internacional de Arbitragem de Cingapura ("SIAC") de acordo com as Regras de Arbitragem do Centro Internacional de Arbitragem de Cingapura ("Regras do SIAC") no momento em vigor, cujas regras são consideradas incorporadas por referência nesta cláusula"*.

208. Não encontrou-se qualquer justificativa para a previsão. Ademais, salvo melhor entendimento, há questões que geram dúvidas. Por exemplo: a) As regras de arbitragem do Centro Internacional de Arbitragem de Cingapura se tratam de regras meramente procedimentais? b) Quais normas de direito material seriam aplicáveis à arbitragem? Seriam as leis da Inglaterra e do País de Gales citadas na subcláusula 12.1? c) Houve análise do órgão assessorado quanto à vantajosidade/interesse público em prever a realização de arbitragem com utilização do direito material brasileiro, no Brasil e em português?

209. Ressalta-se que, de acordo com as normas de regência, a União somente pode utilizar-se de arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, §1º, Lei 9.307/96). Deve ser observado a previsão quanto a autoridade/órgão competente (art. 1º, §2º, Lei 9.307/96). Devem ser observadas as normas, regras e princípios aplicáveis, dentre os quais o da **publicidade** (art. 2º, §3º, Lei 9.307/96). A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito (art. 2º, §3º, Lei 9.307/96).

210. Além disso, cabe ressaltar que é possível identificar a existência de mais de um posicionamento quanto a necessidade de adoção da legislação brasileira, no que concerne às regras de direito material para fundamentar a decisão arbitral.

211. Há precedentes desta CONJUR/MS (PARECER n. 00113/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU, parágrafo 104; PARECER n. 00098/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU, parágrafo 88) nos quais entendeu-se *"temerário (e potencialmente ilegal) que no silêncio da Lei seja possibilitada a realização da arbitragem em país estrangeiro, em língua estrangeira e com a aplicação de normas estrangeiras"*.

212. Os precedentes levaram em consideração, por exemplo, alguns atos normativos que, ao regulamentarem a questão, possibilitarem a fixação de cláusula de arbitragem com certos requisitos. Vejamos:

DECRETO Nº 10.025, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019

Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do **caput** do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.

(...)

Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições:

I - será admitida exclusivamente a arbitragem de direito;

II - as regras de direito material para fundamentar a decisão arbitral serão as da legislação brasileira;

III - a arbitragem será realizada na República Federativa do Brasil e em língua portuguesa;

IV - as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira;

V - a arbitragem será, preferencialmente, institucional;

VI - uma câmara arbitral previamente credenciada pela Advocacia-Geral da União deverá ser escolhida para compor o litígio; e

VIII - a decisão administrativa contestada na arbitragem deverá ser definitiva, assim considerada aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo.

(...)

LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004.

Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

(...)

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os [§§ 3º e 4º do art. 15](#), os [arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), podendo ainda prever:

I - exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do [inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#);

II - **(VETADO)**

III - o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, **a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa**, nos termos da [Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996](#), para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao

contrato.

(...)

LEI Nº 13.448, DE 5 DE JUNHO DE 2017.

Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

(...)

Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

§ 1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no **caput** deste artigo.

§ 2º As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

§ 3º A arbitragem será realizada no Brasil e em língua portuguesa.

§ 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

§ 5º Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Lei.

(Grifou-se).

213. Por outro lado, Luísa Quintão, no artigo "*Breves notas sobre arbitragem e Administração Pública no Brasil*", aduz que "*no que tange à lei aplicável às arbitragens envolvendo à Administração Pública Brasileira, os árbitros podem fundamentar suas decisões em 'regras internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas'*" (BREVES NOTAS SOBRE ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL. Brief notes on arbitration and State Entities in Brazil. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 59/2018 | p. 121 - 146 | Out - Dez / 2018).

214. Mencione-se que o entendimento é alicerçado no Enunciado nº 11 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal. Vejamos:

Jornada

I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios

Coordenador-Geral

Ministro Luís Felipe Salomão

Comissão de Trabalho

Arbitragem

Coordenador da Comissão de Trabalho

Ministro Antonio Carlos Ferreira

Número

11

Enunciado

Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, é permitida a adoção das regras internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas.

215. Após os esclarecimentos da área técnica quanto ao suscitado no parágrafo 208, inclusive em relação à norma de direito material que se pretende adotar em eventual arbitragem, entende-se que pode haver maior aprofundamento quanto ao tema, inclusive à luz da multicitada Lei nº 14.124/2021.

216. Por fim, em relação a este tópico, registre-se, seguindo linha de raciocínio traçada no PARECER n. 00157/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU (NUP: 25000.022435/2021-79), que o uso da arbitragem, em si, em países ou tribunais arbitrais desconhecidos é arriscado, mas tal risco não é passível de mensuração por esta CONJUR, já que não possui caráter jurídico, estritamente.

m. CONSIDERAÇÕES RELACIONADAS À CLÁUSULA 13 INTITULADA "DIVERSOS"

217. A subcláusula 13.1 trata a respeito de confidencialidade nos seguintes termos:

13.1. Qualquer informação relativa a este Acordo, incluindo o fato da existência deste Acordo, os termos e condições deste Acordo, o conteúdo de negociações orais e escritas ou correspondência, quaisquer outros documentos, declarações relacionadas a este Acordo e

as informações (incluindo, mas não limitado ao prazo e à quantidade de fornecimento do Produto, ao preço do Produto (incluindo o preço por dose ou componente do Produto), outras condições de fornecimento do Produto e a seção "Definições e Interpretações", todos os Artigos e Cronogramas deste Acordo, quaisquer informações proprietárias e dados de natureza financeira, comercial ou técnica, know-how, informações científicas, métodos, processos, planos de negócios, Direitos de Propriedade Intelectual que não estão publicamente disponíveis e são de propriedade ou controlados pela divulgação Parte) recebidas por qualquer Parte em conexão com este Contrato serão consideradas confidenciais ("Informações Confidenciais") e não devem ser divulgadas por qualquer das Partes a terceiros sem o consentimento prévio por escrito da outra Parte, exceto para os casos (i) de processo criminal do Comprador por não divulgação das Informações Confidenciais nos termos da lei aplicável e (ii) quando tal divulgação for exigida de o Vendedor em conexão com as solicitações legais das autoridades estaduais ou tribunais competentes nos termos da lei aplicável ("Divulgação Permitida"). Em caso de Divulgação Permitida pelo Comprador, o Comprador deverá notificar o Vendedor sobre tal divulgação ("Aviso de Divulgação") dentro de um (1) Dia Útil a partir da data de tal divulgação. O Aviso de Divulgação deve conter as informações relativas aos fundamentos para divulgação das Informações Confidenciais, referências às leis e regulamentos aplicáveis, lista de Informações Confidenciais divulgadas. Em caso de violação desta cláusula 13.1 pelo Comprador, o Comprador deverá pagar ao Vendedor por cada evento de violação o seguinte ("Danos Liquidados"):

(i) uma compensação pelas perdas resultantes da outra Parte, ou

(ii) uma compensação no valor de um milhão (1.000.000) de USD, o que for mais alto.

218. Ressalto que a regra para os atos da Administração Pública é a **publicidade**, nos termos do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, que assim determina:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência e, também, ao seguinte:

(Grifo nosso)

219. Apesar disto, a Lei nº 14.124/2021, em seu artigo 12, §4º, possibilitou a previsão de cláusulas de confidencialidade, conforme segue:

Art. 12. O contrato ou o instrumento congênere para aquisição ou fornecimento de vacinas contra a covid-19, firmado antes ou após o registro ou a autorização de uso emergencial concedidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), poderá estabelecer as seguintes cláusulas especiais, desde que representem condição indispensável para obter o bem ou para assegurar a prestação do serviço:

(...)

§ 4º Os contratos de que trata este artigo poderão ter, caso exigido pelo contratado, cláusulas de confidencialidade.

(Grifo nosso)

220. Como visto, a Lei prevê expressamente que os contratos de que trata o art. 12 poderão ter, caso exigido pelo contratado, cláusulas de confidencialidade.

221. Registre-se, por oportuno, que embora possível o estabelecimento de cláusula de confidencialidade, no caso em análise não identificou-se a fixação de prazo concernente à confidencialidade, sendo recomendável, nos termos da BPC nº 7, que o órgão assessorado avalie este ponto.

222. É oportuno mencionar, a título argumentativo, que mesmo quando a Lei nº 12.527/2011, em seu art. 24, tratou de prazos de restrição de acesso a informação, o fez mediante estabelecimento de prazos definidos. Vejamos:

Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.

§ 1º Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no **caput**, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:

I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;

II - secreta: 15 (quinze) anos; e

III - reservada: 5 (cinco) anos.

§ 2º As informações que puderem colocar em risco a segurança do Presidente e Vice-Presidente da República e respectivos cônjuges e filhos(as) serão classificadas como reservadas e ficarão sob sigilo até o término do mandato em exercício ou do último mandato, em caso de reeleição.

§ 3º Alternativamente aos prazos previstos no § 1º, poderá ser estabelecida como termo final de restrição de acesso a ocorrência de determinado evento, desde que este ocorra antes do transcurso do prazo máximo de classificação.

§ 4º Transcorrido o prazo de classificação ou consumado o evento que defina o seu termo

final, a informação tornar-se-á, automaticamente, de acesso público.

§ 5º Para a classificação da informação em determinado grau de sigilo, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados:

I - a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e

II - o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final.

223. Ainda no que concerne à questão da publicidade, entende-se imprescindível destacar que o §2º do art. 2º da Lei nº 14.124/2021 traz a seguinte previsão:

§ 2º Serão conferidas ampla transparência e publicidade a todas as aquisições ou contratações realizadas nos termos desta Lei, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da data da realização do ato, em sítio oficial na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), no qual serão divulgados:

I - o nome do contratado e o número de sua inscrição na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia ou identificador congênere no caso de empresa estrangeira que não funcione no País;

II - o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou de contratação;

III - o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato;

IV - a discriminação do bem adquirido ou do serviço contratado e o local de entrega ou de prestação do serviço;

V - o valor global do contrato, as parcelas do objeto, os montantes pagos e o saldo disponível ou bloqueado, caso exista;

VI - as informações sobre eventuais aditivos contratuais;

VII - a quantidade entregue ou prestada em cada ente federativo durante a execução do contrato, nas contratações de bens e serviços; e

VIII - as atas de registros de preços das quais a contratação se origine, se houver.

224. Mediante uma interpretação sistemática entre a previsão do §2º do art. 2º e do §4º do art. 12, ambos da Lei nº 14.124/2021, entende-se, salvo melhor juízo, que, embora seja possível estabelecer cláusula de confidencialidade, **que deve ser ressalvada, na cláusula, a possibilidade de ser conferida ampla transparência e publicidade no que concerne às informações previstas no §2º do art. 2º da Lei nº 14.124/2021.**

225. Quanto à parte final da subcláusula 13.1, no que concerne a previsão de compensações em caso de violação da subcláusula, entende-se, s.m.j., que há um **desequilíbrio**. Somente foi previsto pagamento a título de compensação na hipótese de haver violação da cláusula 13.1 **pelo comprador**. Observe-se o trecho:

(...) Em caso de violação desta cláusula 13.1 pelo Comprador, o Comprador deverá pagar ao Vendedor por cada evento de violação o seguinte ("Danos Liquidados"):

(i) uma compensação pelas perdas resultantes da outra Parte, ou

(ii) uma compensação no valor de um milhão (1.000.000) de USD, o que for mais alto.

226. Orienta-se a revisão da previsão, inclusive com justificativa acerca do valor previsto no item "ii".

227. Registre-se, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que cláusula penal [\[8\]](#) inserta em contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve voltar-se aos contratantes **indistintamente**. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.119.740 - RJ (2009/0112862-6)

RELATOR : MINISTRO MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL - CONTRATO BILATERAL, ONEROSO E COMUTATIVO - CLÁUSULA PENAL - EFEITOS PERANTE TODOS OS CONTRATANTES - REDIMENSIONAMENTO DO QUANTUM DEBEATOR -NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO.

1. A cláusula penal inserta em contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve voltar-se aos contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes.

2. A cláusula penal não pode ultrapassar o conteúdo econômico da obrigação principal, cabendo ao magistrado, quando ela se tornar exorbitante, adequar o quantum debeat.

3. Recurso provido.

228. Ademais, entende-se pertinente registrar que, de acordo com o art. 412 do Código Civil, o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

229. Quanto à subcláusula 13.3, solicita-se, inicialmente esclarecimento quanto a previsão, uma

vez que s.m.j. a redação adotada pode gerar imbróglis. Ademais, orienta-se que haja análise técnica quanto a subcláusula, inclusive no que concerne à vantajosidade da avença, uma vez que a previsão, s.m.j. e nos termos da BPC nº 7, tem impacto na despesa pública. Por zelo, mencione-se que, mesmo mediante estabelecimento de eventuais cláusulas especiais, nos termos do art. 12 da Lei nº 14.124/2021, não entende-se possível afastar **legislação tributária** pátria, que deve ser observada. Neste sentido, observe-se o item 9.1.5 do Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário:

9.1.5. a maior autonomia contratual, seja pela adesão às regras da Aliança Gavi, seja pela aceitação das cláusulas impostas pelo fornecedor de vacinas como condição à conclusão do negócio, **não pode levar à estipulação de obrigações que contrariem outras normas cogentes do nosso ordenamento jurídico que não foram afastadas pelas leis mencionadas, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei 4.320/1964, até porque é requisito de validade de todo negócio jurídico que seu objeto seja lícito (art. 104, inciso II, do Código Civil);**

(...)

(Grifos nossos)

230. Quanto à subcláusula 13.4, orienta-se, por zelo, inclusive considerando a menção a "*direito de alterar unilateralmente o Contrato*", para que não haja previsões que traduzam **desequilíbrio** em desfavor da Administração Pública.

n. ANEXOS

231. **Quanto aos anexos, por envolver principalmente matéria técnica, recomendo que haja análise pela área técnica competente. Reiteram-se as recomendações e os fundamentos jurídicos externados nos tópicos antecedentes, que devem ser observados.**

232. Adicionalmente, registro as seguintes considerações.

233. Observa-se no tópico "*ACEITAÇÃO. RECLAMAÇÕES*" que foi previsto que "*O Comprador não tem o direito de devolver os Produtos ao Vendedor, salvo acordo em contrário entre as Partes por escrito*". Salvo melhor juízo, tal previsão é temerária, considerando, por exemplo, o curto prazo para o procedimento de aceitação dos produtos (no momento da entrega, consoante cláusula 2). Reitera-se a recomendação de avaliação técnica quanto ao prazo de aceitação.

234. Além disso, observa-se que no tópico condiciona-se a substituição ou fornecimento de quantidades em falta dos Produtos à existência de reclamação **aceita** pelo Vendedor, sendo previsto ainda a ausência de direito a qualquer outra compensação de qualquer natureza.

235. Salvo melhor entendimento, há potencial **desequilíbrio** na previsão, que sujeita a substituição/fornecimento de produtos faltantes à **aceite** do Vendedor, sem haver previsão expressa de procedimento para o caso de **recusa** ilegítima. Outrossim, há limitação de responsabilidade sem justificativa nos autos. Recomenda-se a reavaliação da previsão, inclusive com fulcro no princípio da razoabilidade/proporcionalidade, de modo que não constem previsões em prejuízo ao Poder Público.

236. Por zelo, oriento que sejam analisadas com cautela determinadas previsões que possivelmente pretendam limitar a atuação da União, como a constante do tópico "*RECUPERAÇÃO DE PRODUTOS*" (ANEXO 2). Foi previsto que "*O Comprador não deve iniciar ou realizar qualquer retirada de lote sem consulta prévia e o acordo por escrito do Vendedor quanto ao método e procedimentos mais apropriados para implementar a retirada de lote*".

237. Orienta-se, por previdência e nos termos da BPC nº 7, que a área técnica avalie a adequação técnica de tal previsão. Evidentemente, não se admite violação à soberania da República Federativa do Brasil.

Constituição Federal

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

(...)

238. Ressalta-se que a soberania, além de **fundamento da República Federativa do Brasil**, foi prevista como **princípio da ordem econômica** (art. 170, I, CRFB/88). Pedro Lenza, ao tratar da soberania nacional enquanto princípio da ordem econômica esclarece que "*No fundo, garante-se a ideia de independência nacional*" (Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. - 22. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado). Pág. 1558).

2.7 CONSIDERAÇÕES COMPLEMENTARES

239. Sabe-se que o Estado brasileiro, assim como os demais Estados soberanos, gozam da dita "imunidade de execução". Acerca do conceito/abrangência de tal imunidade, Márcio André Lopes Cavalcante, que escreve o portal "Dizer o direito", afirma o seguinte:

IMUNIDADE DE EXECUÇÃO

Imunidade de execução é a garantia de que os bens dos Estados estrangeiros não serão expropriados, isto é, não serão tomados à força para pagamento de suas dívidas.

Para a posição majoritária, os Estados gozam de imunidade de execução mesmo quando pratiquem atos de gestão.

Assim, para o entendimento prevalente, caso um Estado estrangeiro pratique um ato de gestão, ele poderá ser julgado no Brasil, ou seja, poderá ser réu em um processo de conhecimento (mesmo contra a sua vontade). No entanto, na hipótese de ser condenado, este Estado não poderá ter seus bens executados, salvo se renunciar à imunidade de execução.

“Em resumo, a imunidade de execução do Estado estrangeiro ainda resiste quase absoluta. Em todo caso, podem ser elencadas as seguintes possibilidades de satisfação do débito do ente estatal estrangeiro derrotado em processo judicial:

- pagamento voluntário pelo Estado estrangeiro;
- negociações conduzidas pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil e, correlata a esta possibilidade, a solicitação de pagamento pelas vias diplomáticas;
- expedição de carta rogatória ao Estado estrangeiro;
- execução de bens não afetados aos serviços diplomáticos e consulares do Estado estrangeiro, como recursos financeiros vinculados a atividades empresariais disponíveis em contas bancárias;
- renúncia à imunidade de execução pelo Estado estrangeiro.”

(PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 172)

(Conforme disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2014/05/execucao-fiscal-proposta-contra-estado.html>)

240. Desse modo, recomenda-se que não constem **quaisquer** disposições nos autos que possam ser interpretadas como renúncia à imunidade de execução. Recomenda-se, por exemplo, a adequação da subcláusula 8.2, entendendo-se prudente que conste expressamente que o Estado brasileiro não renuncia à sua imunidade de execução.

241. Por cautela, rememore-se que os bens públicos gozam de determinadas prerrogativas decorrentes do regime jurídico de direito público que lhes é peculiar. Tais garantias podem ser divididas em quatro regras válidas para os bens que ostentem a titularidade pública. Saliente-se que as garantias não visam assegurar o direito do ente público (titular do bem), mas sim dos particulares que utilizam estes bens, colocados à disposição da coletividade. A inserção dessas garantias no regime desses bens é corolário da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Observe-se.

Impenhorabilidade - os bens públicos não podem ser penhorados em juízo para garantia de uma execução contra a fazenda pública, por exemplo. A penhora e a arrematação do bem seriam de inquestionável prejuízo a toda a sociedade que dele usufrui. A penhora não surtiria os efeitos necessários, inclusive pelo fato de que o orçamento público é garantia da execução contra o Estado, uma vez que os débitos judiciais serão inscritos e pagos com respeito à ordem cronológica de precatórios prevista no art. 100 da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, o ente estatal é solvente e não depende de constrição judicial dos seus bens para garantir seus débitos.

Ressalte-se, ainda, que, mesmo os bens dominicais, que não estão atrelados a qualquer finalidade pública, gozam desta prerrogativa.

A penhora de bens e o regime de arrematação previsto no Código de Processo Civil não se coadunariam com a impossibilidade de livre alienação de bens. Com efeito, conforme se explicará, doravante, é possível a alienação de bens públicos, somente após o cumprimento dos requisitos da Lei 8666/93, inclusive a licitação. Dessa forma, a hasta pública judicial seria uma forma não regulamentada de alienação de bens públicos e inadmissível na legislação administrativa brasileira.

Não-onerabilidade - os bens públicos não pode ser objeto de direito real de garantia, ou seja, um determinado bem público não fica sujeito à instituição de penhor, anticrese ou hipoteca para garantir débitos do ente estatal.

Sendo assim, o ente público jamais pode oferecer um bem público como garantia real dos débitos por ele contraídos, mesmo porque, essa garantia não poderia ser executada, em caso de inadimplemento da obrigação estatal.

Imprescritibilidade - Trata-se da prescrição aquisitiva (usucapião) e sua inoponibilidade ao Poder Público. Nesse sentido, os bens públicos não podem ser adquiridos pela posse mansa e pacífica por determinado espaço de tempo continuado, nos moldes da legislação civil. Importante salientar que a imprescritibilidade atinge inclusive os bens não afetados, não sendo estes, também, passíveis de usucapião.

Sendo assim, a posse mansa e pacífica de particulares sobre bens públicos, por 15 anos ininterruptos e sem oposição do ente estatal, não ensejam a aquisição da propriedade por usucapião.

(...)

Alienabilidade condicionada - o entendimento mais moderno é o de que os bens públicos

podem ser alienados, desde que atendidos os requisitos estampados no artigo 17 da Lei 8666/93. O primeiro requisito é estar desafetado da destinação pública, haja vista os bens afetados terem a característica da inalienabilidade. A segunda exigência é a demonstração do interesse público na alienação deste bem. Ademais, se faz necessária a avaliação prévia do referido bem e, por fim, indispensável a realização do regular procedimento licitatório, prévio à alienação.

Manual de direito administrativo / Matheus Carvalho - 3. ed. rev.ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2018. P 1065-1068.

242. Também entendo pertinente ressaltar que pretendendo-se o estabelecimento de cláusulas especiais, com fundamento no art. 12 da Lei nº 14.124/2021, devem ser observados os ditames da norma. Enfatizo que o legislador previu, por exemplo, a necessidade que o gestor **comprove que as cláusulas são indispensáveis para a obtenção do bem ou serviço e que justifique a previsão.**

243. Enfatizo, também, que mesmo nos casos de cláusulas especiais **estas devem estar de acordo com o ordenamento jurídico, inclusive com as normas de ordem pública**, consoante entendimento do TCU e consoante defendido neste opinativo.

244. Ainda em relação à minuta, é relevante mencionar que é recomendável que as cláusulas sejam redigidas da maneira mais clara possível, observando-se o tipo de contrato que as partes pretendem eventualmente celebrar. No caso dos autos, observou-se uma certa confusão entre institutos, sendo, por exemplo, mencionado o "Comprador" como "distribuidor" (subcláusula 1.2). Em eventual nova submissão dos autos, o recomendável, nos termos da BPC nº 7, é que sejam submetidos os documentos com redação clara e correta, de modo a evitar quaisquer questionamentos, inclusive acerca do objeto da avença e da natureza do contrato.

245. Pois bem. Encaminhando-nos para a conclusão, entendo necessário ressaltar que no presente opinativo foram tecidas considerações acerca da minuta, diante da urgência mencionada no Ofício nº 531/2021/AISA/GM/MS. Todavia, como visto, entende-se que no presente caso não restou demonstrada a observância do procedimento legal necessário a eventual contratação.

246. Consoante exposto em linhas pretéritas, o que se observa, é que foi encaminhado para análise "*contrato de fornecimento de vacinas (documentos 0019537382 e 0019537441 - em tradução livre)*" (vide Ofício 531, doc. Sei nº 0019556244), **sem a comprovação da instauração de procedimento de dispensa de licitação ou da instauração de procedimento licitatório. Não identificou-se nos autos a observância do procedimento previsto no ordenamento jurídico, não constando sequer nota técnica com a justificativa para a contratação pretendida.**

247. Deveras, diante desse cenário, não se recomenda, juridicamente, o prosseguimento do feito em desacordo com as normas de regência.

248. Outrossim, ressalto que observou-se diversas previsões na minuta em desacordo com o ordenamento jurídico. Também identificou-se pontos que necessitam da manifestação da área técnica do órgão assessorado.

249. Aponte-se que a análise, completa, poderá ser realizada após a adequação da instrução processual, inclusive quando restar claro nos autos se pretende-se eventual contratação através de procedimento licitatório ou através de procedimento de dispensa de licitação.

250. Somente com a instrução adequada dos autos poder-se-á tratar sobre o atendimento ou não de requisitos tais quais: disponibilidade orçamentária; autorização da autoridade competente; motivação etc. Havendo retorno dos autos, é possível que haja considerações/recomendações adicionais.

251. Assim, após a adequação da instrução processual, orienta-se que haja nova provocação deste órgão consultivo para análise jurídica complementar.

3. CONCLUSÃO

252. Pelo exposto, restringindo-se ao exame dos aspectos jurídico-formais do processo, abstraídas as questões técnicas, as quais fogem à competência da análise desta área jurídica, inclusive as de oportunidade e conveniência na formalização do instrumento proposto, conclui-se que **o processo administrativo não encontra-se adequadamente instruído, tendo sido identificados, ademais, diversos riscos jurídicos para a União na minuta de contrato submetida a apreciação.**

À consideração superior.

Brasília, 29 de março de 2021.

PAULO EDUARDO FEITOSA BRITO
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000038547202141 e da chave de acesso 3c664990

Notas

1. [^] Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)*
2. [^] Transcreveu-se trecho do relatório do Acórdão nº 534/2021-TCU-Plenário, na parte em que feita referência à consulta protocolada pelo Ministro de Estado da Saúde.
3. [^] José Maria Trepas Cases apud Flávio Tartuce em *Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce*. 4. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
4. [^] Para enriquecimento do presente opinativo, cumpre transcrever trecho do voto proferido no Recurso Extraordinário nº 407.099-5/RS, relacionado à atuação estatal na economia. In verbis: "A atuação estatal na economia, CF, arts. 173, 174 e 177 ocorrerá: 1) mediante a exploração estatal de atividade econômica (CF, arts. 173 e 177), que será: 1.1. necessária (CF, art. 173); 1.1.1. quando o exigir a segurança nacional, ou 1.1.2. ou o interesse coletivo relevante, tanto um quanto outro definidos em lei. **Os instrumentos de participação do Estado na economia serão: a) as empresas públicas, b) as sociedades de economia mista; c) outras entidades estatais ou paraestatais, vale dizer, as subsidiárias** (CF, art. 37, XIX e XX; art. 173, §§ 1º, 2º e 3º). Ocorrerá, ainda, a atuação estatal na economia: 2) com monopólio: CF, art. 177, incidindo, basicamente, em três áreas: petróleo, gás natural e minério ou minerais nucleares. A intervenção do Estado no domínio econômico dar-se-á (CF, art. 174): figurando o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, na forma da lei, fiscalizando, incentivando e planejando. Os instrumentos dessa intervenção são as agências reguladoras". (Grifo nosso)
5. [^] Código Civil. Art. 481. *Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.*
6. [^] Quanto à imunidade de execução, remete-se às "considerações complementares".
7. [^] Considerou-se a informação contida na minuta. Havendo comprovação de "residência" em País diverso, é possível que esta CONJUR/MS seja cientificada para análise.
8. [^] Conforme leciona Sílvio de Salvo Venosa "A cláusula penal pode dirigir-se a inexecução completa da obrigação (inadimplemento absoluto), ao descumprimento de uma ou mais cláusulas do contrato ou ao inadimplemento parcial, ou simples mora". *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos/ Sílvio de Salvo Venosa*. - 13. ed. - São Paulo : Atlas, 2013. - (Coleção direito civil; v. 2)

Documento assinado eletronicamente por PAULO EDUARDO FEITOSA BRITO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 597996336 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO EDUARDO FEITOSA BRITO. Data e Hora: 29-03-2021 16:46. Número de Série: 13811633. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.