PARECER Nº 31/2021 – PGM

Consulente: Comissão Permanente de Licitação.

REFERÊNCIA: Processo Administrativo Licitatório nº7/2021-050301.

Assunto: Aquisição de medicamentos farmacológicos e insumos hospitalares Covid – 19 atendendo a Secretaria Municipal de Saúde de Portel.

I. RELATÓRIO

01. Vem ao exame desta Procuradoria Geral, o presente processo administrativo que trata da aquisição de medicamentos farmacológicos e insumos hospitalares/Covid – 19 para atender a Secretaria Municipal de Saúde de Portel, na modalidade de dispensa de licitação, com fulcro no inciso IV, do art. 24 da Lei 8.666/93.

02. Busca-se, na consulta, manifestação desta Procuradoria acerca da legalidade do procedimento, antes de sua remessa para o encerramento do procedimento pela autoridade superior.

03. É o sintético relatório.

II. DO PARECER

04. Trata-se de parecer referente à solicitação da Comissão Permanente de Licitação no que tange à Dispensa de Licitação nº 7/2021-050301 para Aquisição de medicamentos farmacológicos e insumos hospitalares/Covid – 19 para atendimento da demanda da Secretaria Municipal de Saúde de Portel.

05. A priori, verifica-se que o município está acobertado pelo Decreto Municipal n° 1.699/2021 que declarou a situação de emergência/calamidade no âmbito do município de Portel ante o caos causado pela pandemia de COVID – 19.

06. Consta nos autos, que a gestão sucedida não realizou a regular transição de seu mandato, fato que inviabiliza a regular continuidade do serviço público municipal, em especial, o serviços de saúde, pois, a título de exemplo, não foi deixado nenhum

procedimento licitatório em vigência hábil à subsidiar o mínimo de estrutura para continuidade dos serviços públicos de saúde no município. Há, portanto, a necessidade da presente aquisição com dispensa de licitação.

06. Os autos foram instruídos com os seguintes documentos:

a) Solicitação de Despesa;

b) Decretos e demais documentos que justificam o Estado de Emergência e definem as medidas para o enfrentamento à Pandemia do Corona Vírus- Covid19;

c) Apresentação de Propostas/Orçamentos de Preços;

d) Comunicação Interna informando a disponibilidade de Dotação Orçamentária;

e) Autorização para Abertura de procedimento licitatório na modalidade Dispensa de Licitação;

f) Termo de Abertura de Processo (autuação);

07. Após estes procedimentos, a Comissão Permanente de Licitação enviou o presente processo a esta Procuradoria Municipal para a devida análise.

III – DO DIREITO

08. Como cediço, o processo licitatório é regido pela Lei Federal nº 8.666/93, denominada Lei de Licitações e Contratos. Trata-se de um procedimento administrativo utilizado pela Administração Pública, que tem por finalidade selecionar a proposta mais vantajosa, por meio de critérios objetivos e impessoais, visando a celebração de contratos relacionados a obras, serviços, compras e alienações, mediante processo que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, cujo processamento e julgamento deve se realizar 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, conforme disciplina o art. 3º da respectiva lei.

09. Pois bem. Inicialmente *mister* observarmos que o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, estabelece a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para contratações feitas pelo Poder Público. No entanto, o próprio dispositivo constitucional reconhece a existência de exceções à regra ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação, quais sejam a dispensa e a inexigibilidade de licitação, *in verbis:*

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

10. Acerca da obrigatoriedade e respectivas ressalvas leciona José dos Santos Carvalho Filho:

> "O princípio da obrigatoriedade da licitação impõe que todos os destinatários do Estatuto façam realizar o procedimento antes de contratarem obras e serviços. Mas a lei não poderia deixar de ressalvar algumas hipóteses que, pela sua particularidade, não se compatibilizam com o rito e a demora do processo licitatório. A ressalva à obrigatoriedade, diga-se de passagem, já é admitida na própria

> Constituição, a teor do que estabelece o art. 37, XXI. Regulamentando o dispositivo, coube ao legislador a incumbência de delinear tais hipóteses específicas, o que fez no art. 24 do Estatuto (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 189. PDF)"

11. Como se nota, em que pese a regra de se exigir da Administração o cumprimento do dever de licitar, há situações que autorizam a formalização de contratações diretas, seja por ausência de competição ou pela morosidade no atendimento do interesse público. Nesse sentido são as lições de Rafael Carvalho:

> "Em determinadas hipóteses a licitação será considerada inviável por ausência de competição ou será inconveniente (ou inoportuna) para o atendimento do interesse público. Nessas situações, a legislação admite a contratação direta devidamente motivada e independentemente de licitação prévia. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 4ª. ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 51. PDF)"

12. Segundo Hely Lopes Meirelles, "a lei diversificou os casos em que a Administração pode ou deve deixar de realizar licitação, tornando-a dispensada, dispensável e inexigível". (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 302.)

13. Note que, as hipóteses de dispensa de licitação representam exceções à regra constitucional da licitação, o que autoriza o administrador a dispensar, por razões de conveniência e oportunidade e proceder à contratação direta. Em razão dessa excepcionalidade as hipóteses de dispensa de licitação possuem rol taxativo. É como prescreve Carvalho Filho:

> "Há, porém, dois aspectos preliminares que merecem ser considerados. O primeiro diz respeito à excepcionalidade, no sentido de que as hipóteses previstas no art. 24 traduzem situações que fogem à regra

> geral, e só por essa razão se abriu a fenda no princípio da obrigatoriedade. O outro diz respeito à taxatividade das hipóteses. Daí a justa advertência de que os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo, via de consequência, ser ampliados pelo administrador. Os casos legais, portanto, são os únicos cuja dispensa de licitação o legislador considerou mais conveniente ao interesse público. (CARVALHO FILHO, 2017. p. 189. PDF)"

14. Veja que a lei não visa permitir o administrador contratar diretamente por dispensa de licitação a seu bel-prazer, mas, pelo contrário, procura solucionar uma situação extraordinária, que não podia ser vislumbrada pelo gestor público para que, anteriormente, preparasse o devido processo licitatório para dirimi-la.

15. Por sua vez, como já ilustrado alhures, as hipóteses que autorizam dispensa do processo licitatório estão previstas no art. 24, da Lei nº 8.666/93, sendo referidas hipóteses *numerus cláusus*, não permitindo ao administrador inovar as situações que autorizam dispensa de licitação.

16. Assim, considerando as informações e documentos encartados aos autos, verifica-se que o respectivo pedido de dispensa de licitação se enquadra nas disposições constantes do art. **24, IV, da Lei nº 8.666/93**, que assim prescreve:

> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> [...]
>
> IV - **nos casos de emergência ou de calamidade pública**, **quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas**, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias

> consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos; (negritei)
>
> [...]

17. No ano pretérito, no intuito de facilitar e assistir o enfrentamento ao surto do coronavírus no país, dentre outras medidas, o Governo Federal editou a Lei nº 13.979/2020 com eficácia até 31.12.2020, onde se estabeleceu uma nova hipótese de dispensa de licitação para contratações voltadas ao enfrentamento da situação emergencial.

18. O Legislador, compreendeu que, para enfrentamento da nova crise de saúde pública que se anunciava, seria inconveniente submeter as contratações não apenas ao regime das licitações, mas ao próprio regime de dispensa de licitação previsto na Lei nº 8.666/93.

19. Com efeito, o critério adotado pela referida Lei, para estabelecer a hipótese de dispensa de licitação era finalística, ou seja, atendida a finalidade legalmente posta, seria possível a contratação direta.

20. Nesse contexto, deverá existir o nexo de causalidade entre a aquisição daquele bem ou serviço pelo Administrador da coisa pública e o combate à situação emergencial, não se admitindo a contratação com finalidade diversa.

21. Nota-se, ainda, que o termo "emergência", significando que deve existir uma situação incialmente imprevisível e que haja perigo de dano ou risco ao interesse e segurança pública, caso a contratação não seja realizada de forma imediata, reiterando as palavras de Marçal Justen Filho:

> No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora

> para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores. (p. 339)

22. Não por outra razão, que a contratação possuirá natureza temporária, perdurando somente enquanto durar a situação de emergência, cessando-a, finalizado estará a vigência do contrato.

23. Conforme o que já fora exposto, as situações em que se verifica a possibilidade de dispensa de licitação são aquelas que fogem ao princípio constitucional da obrigatoriedade do ato, consagrando-se como exceções a este princípio. **Assim, este tipo de ato, apesar de discricionário, devido à sua importância e necessidade extrema de idoneidade, se submete ao crivo de fundamentada justificativa**.

24. Nesse sentido é o que estabelece o parágrafo único, do artigo 26, da Lei 8.666/93, senão vejamos:

> [...]
>
> Parágrafo único. **O processo de dispensa**, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, **será instruído, no que couber, com os seguintes elementos**:
>
> I – **caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa**, quando for o caso;
>
> **II – razão da escolha do fornecedor ou executante;**
>
> III – **justificativa do preço**;
>
> IV – documentos de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (grifo nosso)

25. Verificamos no presente caso, que o Gestor da Secretaria Municipal de Saúde visa o abastecimento urgente de suas unidades de saúde não só para enfrentamento à Pandemia do Novo Corona Vírus- COVID19, mas também, para o atendimento cotidiano de seus usuários diante da alta taxa de contaminação e disseminação do

vírus em nosso Município, portanto, a urgência na aquisição de medicamentos específicos se fazem essencial.

26. Inobstante a presente situação estar legalmente amparada, nos termos do que prescreve o art. 24, IV, da Lei de Licitação, o que, em tese, permite a contratação direta, faz-se imprescindível a observância e cumprimento dos seguintes apontamentos:

A) DO ORÇAMENTO (MENOR PREÇO)

27. **Em relação à justificativa do preço**, ressalta-se que, a contratação direta só será possível se o preço ofertado for compatível com as condições regulares de mercado.

28. É como se expressa Marçal Justen Filho, para o qual "a Administração deverá buscar a maior qualidade e o menor desembolso possíveis, segundo a natureza do interesse a ser satisfeito. Entre propostas de qualidade equivalente, deverá escolher-se a de menor preço".

29. O critério do menor preço deve presidir a escolha do adjudicatário direto como regra geral, e o meio de aferi-lo está em juntar aos autos do respectivo processo pelo menos 03 (três) propostas.

30. Nesse sentido é o que tem assentado o Tribunal de Contas da União:

> "[...] Quanto ao preço, é certo que, mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93. **Ressalte-se que este Tribunal tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo**; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar justificativa circunstanciada (Informativo TCU 188/2014). E, nos casos de inviabilidade de licitação, este Plenário se manifestou, conforme subitem 9.1.3 do Acórdão 819/2005, no

> sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas. [...]" (grifei) (ACÓRDÃO 1565/2015 – ATA 24/2015 – PLENÁRIO 24/06/2015)

31. Compulsando os autos, verifica-se a presença de apenas **03 (três)** orçamentos, sendo eles: **1 - Orçamento Empresa "BIOMED DISTRIBUIDORA DIAGNOSTICA E HOSPITALAR EIRELI."** pelo valor total de R$ 1.143.053,90; **2 - Orçamento Empresa "PHARMA BRA COMERCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS EIRELI"** pelo valor de R$ 1.227.655,09; **3 - Orçamento Empresa "CRISTAL FARMA COMÉRCIO REPRESENTAÇÃO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA"** pelo valor de R$ 949.209,29.

B) DA HABILITAÇÃO

32. **Acerca da habilitação**, há de se ressaltar que, a caracterização de situação que permita a contratação direta por dispensa de licitação não afasta a necessidade de se exigir documentos comprobatórios para fins de habilitação do licitante. É dizer, aquele que não satisfizer os requisitos de habilitação não pode contratar com a administração.

33. Conforme disciplina os arts. 27 a 31, da Lei 8.666/93, a regularidade é medida que se impõe ao licitante, a fim de que se comprove sua situação regular, inclusive com o fisco, condição *sine qua non* para que o mesmo seja habilitado no certame, possibilitando assim, contratar com a Administração Pública.

34. Assim, os requisitos de habilitação devem ser atendidos tais como certidões negativas, Alvarás válidos, Autorização da Vigilância Sanitária para comercialização de medicamento, Balanço Patrimonial, certidão de falência e concordata, comprovando a qualificação econômico financeiro, bem como a indicação do responsável técnico (certidão de regularidade técnica emitida pelo Conselho).

35. Ademais, é sabido que a contratação direta exige requisitos para ser realizada. Dentre esses requisitos, é compulsório a existência do Termo de Ratificação que será assinado pelo Ordenador de despesas da Secretaria Municipal de Portel. É obrigatório a publicação do Termo no Órgão de Imprensa Oficial, além da Justificativa que embase a dispensa de licitação. Outro requisito é a elaboração de Contratos, estes estipulando em suas cláusulas as condições da contratação. Além da previsão orçamentária, a qual já existe nos autos.

36. Oportunamente, imperioso destacar o caráter meramente opinativo do parecer jurídico nesta fase processual que, por força da dispensa de licitação e diante da inexistência de exigência legal, não se reveste de caráter vinculante ao gestor.

37. Acerca da matéria, colhe-se acórdão nº 2.121/2010-Plenário, em que o Colendo Tribunal de Contas da União corrobora o entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal, nos seguintes temos, *in verbis*:

> "12. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal em sede do MS 24.584-1/DF, a teor do disposto no art. 38 da Lei nº 8.666/93, **a atuação do gestor fica condicionada ao exame e à aprovação prévios da assessoria jurídica no que tange às minutas dos editais de licitação e dos contratos**, **acordos, convênios ou ajustes** (parágrafo único do dispositivo citado), o que torna possível a responsabilização dos pareceristas jurídicos nessas hipóteses, quando a ação do administrador se vincula à sua manifestação, imprescindível para a validade do ato.13. A compulsoriedade legal, no entanto, **não alcança os atos de dispensa e de inexigibilidade de licitação**. Em que pese esteja prevista, no art. 38, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, a juntada oportuna ao processo administrativo de pareceres técnicos ou jurídicos emitidos, a LLC não exige expressamente que se submeta a matéria à apreciação e à aprovação dos assessores jurídicos. Assim, apesar de bastante recomendável que a decisão pela dispensa ou pela

> inexigibilidade esteja respaldada em parecer jurídico, em não havendo exigência legal para a consulta, **a manifestação do parecerista jurídico não se reveste de caráter vinculante, mas opinativo**. 14. A esse ponto, observo que a análise e a aprovação das minutas dos contratos pela assessoria jurídica não envolvem, necessariamente, a avaliação do cabimento das hipóteses de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação. (grifonosso)

38. Assim, tem-se que a opinião emitida por esta Procuradoria não vincula a decisão final proferida pelo gestor.

IV – DA CONCLUSÃO

39. Pelo exposto, concluímos que o presente processo licitatório se encontra apoiado na Lei de Licitações e Contratos, já que fora demonstrado o caso emergencial que o justifica, através dos documentos acarreados e razões apresentadas.

40. Importante salientar, que o exame dos autos processuais se restringe aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente se municiou dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.

41. De outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Assim sendo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, bem como, os Atos Normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para

tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do procedimento.

42. Postas as orientações e apontamentos alhures, e por tudo mais que dos autos consta, resguardado o poder discricionário do gestor quanto à oportunidade e conveniência do ato administrativo, esta Procuradoria **OPINA** pela **possibilidade jurídica** de adoção da modalidade de **Dispensa de Licitação**, nos moldes do **art. 24, IV, da Lei 8.666/93, com fundamento no Decreto Municipal nº 1.699/2021.**

43. Oportunamente, recomenda-se, ainda, à Secretaria Municipal de Saúde que realize estudo técnico quanto aos medicamentos farmacológicos e insumos hospitalares, entre outros, que serão possivelmente necessários pelo período de pelo menos 06 (seis) meses, para atender a demanda das Unidades de Saúde do Município de Portel, para que seja realizado devido processo licitatório, evitando-se fracionamento de despesa e insuficiência de material.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Procuradoria Jurídica Municipal de Portel, Estado do Pará, em 03 de Março de 2021.

ADILSON DOS SANTOS TENORIO:48099503287 Assinado de forma digital por ADILSON DOS SANTOS TENORIO:48099503287

ADILSON DOS SANTOS TENÓRIO
PJM DE PORTEL/PA – MAT. nº 517.181–9
PGM DE PORTEL/PA - DEC. nº 1.690/GP/2021
OAB/PA nº 10.880