

PARECER Nº 787/2015 – NSAJ/SESMA

PROTOCOLO Nº: 1488793/2014.

INTERESSADO: DEAD/SESMA.

ASSUNTO: AQUISIÇÃO DE TICKETS DE ALIMENTAÇÃO.

ANÁLISE: POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO.

Senhor Secretário,

Tratam os presentes autos de solicitação feita pela Diretoria Administrativa e financeira, através do Memo de nº 115/2015 – DEAD/SESMA, para que seja providenciada a Aquisição Emergencial de 8.000 Tickets Alimentação impressos para atender demanda proveniente da realização da Campanha de Vacinação contra a Influenza a ser realizada em 09 de maio do corrente ano neste Município de Belém.

I - DOS FATOS

Recebo os presentes autos no estado em que se encontram.

Tratam os presentes autos de solicitação feita pelo DEAD, através do Memo de nº 115/2015 – DEAD/SESMA, para a Aquisição Emergencial de 8.000 Tickets Alimentação impressos para atendimento de necessidades desta SESMA em decorrência da realização da Campanha de Vacinação contra a Influenza a ser realizada em 400 postos de vacinação em 09/05/2015.

O Memo de origem justifica que a Campanha de vacinação é realizada no sábado de 08:00 às 17:00 hs, ininterruptamente, para que a cobertura seja eficaz, e os servidores que trabalham nas campanhas não recebem vale alimentação pelos sábados trabalhados, sendo necessário a aquisição solicitado para o atendimento regular dos usuários. Destaca também, o referido memorando, que consta em andamento Processo Licitatório para contratação de empresa especializada no fornecimento dos tickets para as finalidade alhures mencionada.

Consta dos autos: Memo de Origem com justificativa; propostas; cotação de preços; manifestação da Coordenadoria de Compras/DEAD, bem como, declaração da situação processual do processo licitatório; e manifestação do Fundo Municipal de

Saúde.

Após tramitação regular, com todas as informações pertinentes, veio a esta Assessoria para análise e emissão parecer Jurídico.

Em síntese é o relatório.

II - DO DIREITO

Primeiramente, é importante ressaltar que a presente análise, limitar-se-á aos aspectos jurídicos da matéria proposta, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, econômicos, financeiros e aqueles que exijam o exercício da competência e da discricionariedade administrativa a cargo dos setores competentes desta Secretaria.

Embora se tenha a licitação como regra geral a preceder as contratações em que a Administração figure na posição de contratante, como exigido constitucionalmente no art. 37, inc. XXI, o legislador infra-constitucional ao regulamentar o pré-falado dispositivo da Carta Maior, com a edição da Lei nº 8.666/93, excepcionou hipóteses nas quais as referidas contratações podem, em situações especiais, ser levadas a efeito sem o devido procedimento licitatório.

Tais hipóteses, constando de dispensa ou inexigibilidade de licitação, foram acrescidas ao texto regulamentador no intuito de viabilizar aquisições e contratações necessárias à Administração que, ao rigor da regra geral, não poderiam, por motivos específicos e peculiares, efetivar-se por meio de licitação, causando, assim, prejuízos ao bom andamento da atividade administrativa e, em última análise, à própria finalidade da Administração de promover o interesse coletivo.

No caso específico da dispensa, importante entender que para haver dispensa de licitação, dois são os fundamentos exigidos pela Constituição Federal: saber se o fato se ajusta à previsão taxativa da legislação ordinária ou se presente a urgência e, uma vez existente a citada adequação, se há conveniência e oportunidade da Administração para o afastamento do procedimento licitatório, sem esquecer que é também é dever da Administração fazer uma conjugação de legalidade com necessidade, em todos os casos.

No caso concreto, conforme informações dos autos se faz necessária a Aquisição Emergencial de Seringas de 20 ml para o atendimento regular das unidades de

Saúde, e o atendimento pleno e eficaz pelo SUS é lei e direito constitucional do cidadão, o que se fundamenta plenamente com seguintes disposições: Artigo 196 do CF, Artigo 2º da Lei 8080/90 e Portaria Ministerial nº 1.820/90, que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, senão vejamos:

"DA SAÚDE

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."(CF 1988). (Grifo nosso).

"Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (Lei Federal nº 8.080/1990). (Grifo nosso).

"Art. 2º Toda pessoa tem direito ao acesso a bens e serviços ordenados e organizados para garantia da promoção, prevenção, proteção, tratamento e recuperação da saúde" (Portaria Ministerial nº 1.820/90 - Carta do Direito dos Usuários do SUS) (Grifo nosso).

Com efeito, sendo indispensável a Aquisição solicitada, e também, se tratando de situação emergencial, alertando também para o fato que fica esta Secretaria sujeita a punições por parte do MS, bem como, deve se levar em consideração a tramitação de processo licitatório para aquisição regular, sendo perfeitamente justificável a Dispensa de Licitação.

II.1 - DA DISPENSA DE LICITAÇÃO

A Licitação é o procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite),

empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços.

Nessa esteira, é usual se afirmar que "supremacia do interesse público" fundamenta a exigência, como regra geral de licitação prévia para contratação da administração pública - o que significa em outras palavras que a licitação é um pressuposto de desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas.

No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções da Administração Pública.

Por isso autoriza-se a Administração a adotar um procedimento em que as formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. Essa flexibilidade não significa discricionariedade na escolha das hipóteses da contratação direta. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos simplificados.

Por igual definiu os casos de não incidência do regime formal de licitação. A contratação direta não significa que não são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa. O Administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais.

A contratação direta para fornecimento dos Tickets solicitado DEAD deve necessariamente ser precedida de um processo administrativo, bem como da vinculação estatal à realização de suas funções.

Insta frisar, que a ausência de licitação não equivale a contratação informal realizada com quem a administração bem entender sem cautelas nem documentação. Ao contrário a contratação direta para aquisição exige um procedimento administrativo prévio em observância de etapas e formalidades imprescindíveis.

Dessa forma, nas etapas internas iniciais a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Em momento inicial, a Administração verificará a necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração dos projetos, apuração de compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, externando-se em documentação constante dos respectivos

autos.

A diferença residirá em que momento de definir fórmulas para a contratação da administração constatará a inaplicabilidade das regras acerca de licitação. Assim, ao invés de elaborar o ato convocatório da licitação e instaurar a fase externas apropriada, a atividade administrativa interna desembocará na contratação direta.

Ainda assim não se admitirá que a Administração simplesmente contrate ou adquira sem a observância de outras formalidades. Definido o cabimento da contratação ou aquisição direta, a Administração deverá pesquisar a melhor solução, tendo em vista os princípios da isonomia, supremacia e indisponibilidade dos valores atribuídos à tutela estatal. Logo deverá buscar a melhor solução (na medida do possível) o mais amplo acesso dos interessados a disputa pela contratação ou aquisição.

Ocorre que a falta dos tickets solicitados para o suporte de realização da Campanha de Vacinação contra Influenza certamente acarretaria danos irreparáveis ao atendimento da população, razão pela qual, o disposto no artigo 24, IV da Lei 8.666/93 permite, nesses casos, a realização da aquisição direta.

Na oportunidade faz-se mister transcrever o teor do art. 24, IV da Lei 8.666/93:

“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.”

In casu, a aquisição direta far-se-á com fundamento no disposto do artigo supra mencionado, afinal a emergência do caso em comento retrata a necessidade de atendimento imediato de certos interesses, notadamente do direito a vida, a saúde, uma vez que estamos tratando do atendimento aos usuários do SUS, portanto, essenciais ao

funcionamento e atendimento do sistema de saúde.

Essa situação emergencial certamente colocaria em risco a satisfação dos valores buscados pela própria norma ou pelo ordenamento em seu todo.

Nessa toada, a demora na realização do procedimento licitatório acarreta o sacrifício de valores tutelados no ordenamento jurídico, fazendo, portanto imperiosa a tomada de medidas de urgência, entre as quais estão a possibilidade da aquisição direta.

No presente caso a dispensa de licitação para a Aquisição Emergencial de dos Tickets Alimentação é o meio mais adequado e eficiente para tentar minorar a situação de possíveis prejuízos à saúde municipal, tendo em vista que a espera pela finalização do procedimento licitatório ocasionará a supressão de direitos considerados fundamentais, especialmente a vida e a saúde.

Dessa forma, não pairam dúvidas que a situação em epígrafe aborda os requisitos tanto a concreta e efetiva da potencialidade de dano quanto a caracterização de que a aquisição é a via adequada e efetiva para eliminar o risco, afinal a espera pela finalização do procedimento licitatório acarreta de forma veemente o risco à saúde e, consequentemente à vida.

É importante ressaltar, finalmente, que apesar de o Tribunal de Contas da União, inclusive já se manifestou sobre a questão, através do acórdão nº 1.876/2007, senão vejamos:

"(...) se caracterizada a existência de situação em que a demora no atendimento possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, **faz-se não apenas recomendável, mas imperativa a adoção de imediata solução, ainda que implique na realização de contratação direta, sem licitação.**

Não se pode olvidar que, uma vez presentes todos os requisitos previstos no dispositivo legal, cabível será a dispensa de licitação por emergência, independentemente da culpa do servidor pela não realização do procedimento licitatório à época oportuna.

Ora, caso a demora no procedimento normal puder ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras ou serviços, públicos ou particulares, não

restam dúvidas que mesmo assim deve-se proceder à dispensa por emergência, pois o interesse público em questão conduz necessariamente nesse sentido. **ENTRETANTO, DEVE-SE PUNIR O AGENTE QUE NÃO ADOTOU AS CAUTELAS NECESSÁRIAS EM TEMPO OPORTUNO.**

Ou seja, por motivos de ordem econômica e social, se ficar caracterizada a emergência e todos os outros requisitos estabelecidos nesse dispositivo, pouco importa que a mesma decorra da inércia do agente da administração ou não. Caracterizada a tipificação legal, não pode a sociedade ser duplamente penalizada pela incompetência de servidores públicos ou agentes políticos: dispensa-se a licitação em qualquer caso.

Assim, o direito subjetivo a saúde deve ser garantido a qualquer custo, sob pena de o Estado estar fraudando as justas expectativas nele depositadas, razão pela qual a aplicação da medida instituída no artigo 24, IV da Lei 8.666/93 fez-se extremamente necessário para a manutenção do sistema de saúde municipal.

II.2 - DA CARACTERIZAÇÃO DA SITUAÇÃO EMERGENCIAL (ARTIGO 26, I DA LEI 8.666/93)

Para Marçal Justen Filho, a necessidade (aí abrangida a emergência) retrata-se na existência de situação fática onde há potencial de dano caso sejam aplicadas as regras-padrão.

Assim, o referido autor aduz que "o conceito de emergência não é meramente "fático". Ou seja, emergência não é simplesmente uma situação fática anormal. A emergência é um conceito relacional entre a situação fática anormal e a realização de certos valores.

Continua o Autor, afirmando que a emergência consiste em ocorrência fática que produz modificação na situação visualizada pelo legislador como padrão. A ocorrência anômala (emergência) conduzirá ao sacrifício de certos valores se for mantida a disciplina jurídica estabelecida como regra geral. A situação emergencial põe em risco a satisfação dos valores buscados pela própria norma ou pelo ordenamento em seu todo" (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Dialética, 2012, p. 238 e 239).

Nessa esteira, a situação emergencial externalizada não deixa margem de

dúvidas, quanto a caracterização da emergência a que a falta do material solicitado pode ocasionar, afinal tratamos do Direito fundamental a saúde que é indissociável a vida, não se podendo aguardar a a finalização do procedimento licitatório, razão pela qual fez-se extremamente necessário a adoção de medidas de urgência no sentido de se fazer cessar essa situação emergencial.

II.3 - RAZÕES DA ESCOLHA DA FORNECEDORA (ARTIGO 26, II DA LEI 8.666/93)

O disposto do artigo 26, parágrafo único, inciso II da Lei 8.666/93 aduz sobre a necessidade de se instruir o processo de dispensa de licitação com a razão de escolha do fornecedor ou executante, vejamos:

"Art. 26
(...)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

II - razão da escolha do **fornecedor** ou executante;"

É assim porque a contratação não poderá ofender o princípio da isonomia. Existindo diversas instituições em situação semelhante, caberá a licitação para selecionar aquela que apresente a melhor proposta. A Administração não pode privilegiar certa instituição de modo injustificado. Se diversas instituições desempenham atividades equivalentes e todas podem ser contratadas pela Administração, é imperioso justificar o motivo de preferência por uma delas especificamente.

Nesta mesma linha de posicionamento já se pronunciou o Tribunal de Contas da União:

"... é ilegal a inexistência nos autos da razão da escolha do fornecedor e da justificativa do preço do bem adquirido." (TCU. Processo nº 825.028/95-7. Decisão nº 035/1996 - 1ª Câmara)

"... restrinja a subjetividade nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, incluindo nas justificativas para contratação, documentos e/ou estudos técnicos que dêem suporte à escolha da empresa e ao preço avençado." (TCU. Processo nº TC - 007.307/2003-4. Acórdão nº 837/2004 - Plenário)

Assim, ao se analisar o processo em epígrafe verificou-se, sob o ponto de vista jurídico, que o processo está devidamente instruído, aduzindo a escolha, com base na empresa que forneceu o menor preço, tendo em vista que situação a falta da contratação pode ocasionar, razão pela qual vislumbrou-se o atendimento do disposto do art. 26, parágrafo único, inciso II da lei 8.666/93.

II.4 - JUSTIFICATIVA DO PREÇO (ARTIGO 26, III DA LEI 8.666/93)

Para Edmir Netto de Araújo, em seu Curso de Direito Administrativo, a contratação de instituições, por preços compatíveis com os de mercado, é possível independentemente de licitação, sejam elas particulares ou oficiais.

"A validade da contratação depende de verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração", argumenta Marçal Justen Filho.

Nessa esteira é necessário que a instituição fornecedora seja contratada por preço compatível com o praticado no mercado, motivo pelo qual o artigo 26, parágrafo único, III, da Lei Federal nº 8.666/93, exige que os processos de dispensa de licitação sejam instruídos com a justificativa do preço.

O Tribunal de Contas da União já se posicionou a respeito, senão vejamos:

"... faça constar dos processos de dispensa de licitação a quantidade mínima de três cotações válidas de fornecedores, nos termos da jurisprudência deste Egrégio Tribunal." (TCU. Processo nº TC - 012.045/2003-0. Acórdão nº 222/2004 - 1ª Câmara)

In casu ao se analisar os autos, apesar de o Núcleo Setorial de Assessoria Jurídica não possuir conhecimentos técnicos quanto a avaliação e pesquisa de mercado, do ponto de vista jurídico verificou-se que o Setor de Compras realizou a cotação de preço com base nas propostas de 03 (Três) empresas, fazendo planilha com a indicação do preço médio.

Assim, com base na pesquisa de mercado realizada pela Secretária Municipal de Saúde e nos procedimentos internos sob o ponto de vista jurídico, atendeu-se o disposto no art. 26, parágrafo único, inciso III da Lei 8.666/93.

Frise-se que as dispensas, exceto por valor, as situações de inexigibilidade e o retardamento, previstos na Lei de Licitações, deverão ser comunicados dentro de três dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos, necessariamente justificados.

Veja que conforme demonstrado acima, os presentes autos do processo de dispensa de licitação obedeceu às disposições da Lei 8.666/93, não merecendo qualquer censura quanto a tais procedimentos.

Dessa forma este NSAJ, analisa tão somente a legalidade dos procedimentos realizados neste procedimento de dispensa, notadamente da exigência mínima de habilitação decorrente da emergencialidade da situação com a apresentação da regularidade FISCAL, FGTS, PREVIDÊNCIA E CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS, documentos esses, apresentados por todas as empresas.

Vale ressaltar, também, que possui Fé pública, que é a credibilidade que a lei dá aos funcionários públicos no exercício de sua função, sendo considerado como verdadeiro tudo que atestam no transcorrer deste exercício, as Declarações dos vários setores desta SESMA, explicitando a necessidade de contratação solicitada, o que por via de consequência justifica a Dispensa de Licitação, aqui sugerida. (Lei nº 8.027/90 - "Art. 1º Para os efeitos desta lei, **servidor público é a pessoa legalmente investida em cargo ou em emprego público na administração** direta, nas autarquias ou nas fundações públicas.").

Desta feita, a opção pela dispensa de licitação deve ser justificada pela Administração, comprovando indiscutivelmente a sua conveniência, regularidade, sempre resguardando o interesse social público, o que em outras linhas quer dizer, o gestor público, por sua vontade própria, sem comprovado resguardo com o erário público e ao interesse da administração, não pode optar pela dispensa de licitação, pois, **ela precisa ser oportuna e legal, sob todos os aspectos para o Poder Público.**

Assim, para que a situação possa se caracterizar numa dispensa de licitação, deve o caso concreto enquadrar-se no dispositivo legal, preenchendo todos os requisitos legais, isto é, dentro das hipóteses elencadas no artigo 24 da Lei nº 8.666/93, o que restou comprovado no presente caso.

III - DA CONCLUSÃO

Ex positis, diante das razões aqui entabuladas, bem como, a composição documental e instrutória dos autos, este NSAJ, instado a se manifestar sobre a autorização para a Aquisição Emergencial de 8.000 Tickets Alimentação impressos para o atendimento dos serviços realizados por esta SESMA, através da dispensa de licitação, consoante estabelece o artigo 24, IV da Lei 8.666/93.

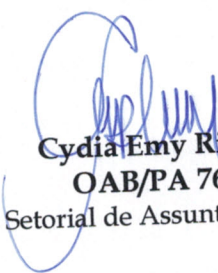
Ressaltando-se a necessidade da comunicação dentro de três dias à autoridade superior a referida dispensa para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos, necessariamente justificados.

A abertura de Procedimento para a apuração daqueles que deram causa ao falta do material solicitado, encaminhando-se os presentes autos, após o autorizo do Senhor Secretário, ao setor competente para providencias cabíveis, em tudo observadas as formalidades legais.

Ressalte-se o caráter meramente opinativo deste parecer, respeitando o poder soberano do Titular desta SESMA, caso entenda de forma diversa, para melhor atender ao interesse público.

É o parecer. S.M.J.

Belém, 04 de Maio de 2015.



Cydia Emy Ribeiro
OAB/PA 7623.

Diretora do Núcleo Setorial de Assuntos Jurídicos - NSAJ/SESMA.