

PARECER Nº 186 /2015-NSAJ/SESMA

PROTOCOLO Nº: 1461077.

INTERESSADO: UMS - FÁTIMA/SMS/SUS - BELÉM.

ASSUNTO: AQUISIÇÃO DE FÓRMULA NEOCATE

ANÁLISE: MODALIDADE DE LICITAÇÃO.

Senhor Secretário,

Tratam os presentes autos de solicitação feita pela UMS -FÁTIMA, por intermédio do Memo de nº 007/2015 - UMS - FÁTIMA/SMS/SUS - BELÉM, para que seja providenciada a aquisição de fórmula Neocate.

**DOS FATOS**

Recebo os presentes autos no estado em que se encontram.

O feito em questão iniciou com a solicitação feita pela UMS -FÁTIMA, por intermédio do Memo de nº 007/2015 - UMS - FÁTIMA/SMS/SUS - BELÉM, para a aquisição de fórmula Neocate para atender a demanda específica mencionada no Memo acima exposto.

As fls. 02, consta solicitação do UMS - FÁTIMA informando que algumas crianças manifestaram alguma reação na utilização da fórmula Alfamino, e que, a fórmula pretendida neste processo supri a necessidade das crianças especificadas as fls. 02.

As fls. 18, encontra-se justificativa técnica do setor competente (RT Nutricional/SESMA), na qual informa a necessidade da fórmula solicitada.

O Setor de COMPRAS/SESMA, por intermédio da Cotação de Preços 055/2015 - SC/SESMA, juntou 03 (três) orçamentos, além de mapa comparativo de cotação de preços, apresentando proposta com menor valor a empresa Equinócio Hospitalar Ltda, CNPJ Nº 07.329.169/0003-09, no valor de **R\$-49.350,00 (quarenta e nove mil e trezentos e cinquenta reais)**, datada de 30 de janeiro de 2015.



O Núcleo de Assessoramento em Gestão do Fundo Municipal de Saúde (NAG-FMS) informou a dotação orçamentária, conforme fls. 28.

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

Em síntese é o relatório.

## 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 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 da

fórmula Neocate para atender a demanda específica, em decorrência de manifestação adversa de algumas crianças (fls. 03 e 13) para coma a fórmula Alfamino, necessitando então da fórmula objeto desta solicitação.

Para executar a presente medida, esta SESMA, possui amparo na legislação vigente em nosso país, senão vejamos: 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 obrigatória e emergencial, não é justificável não ter a fórmula no sistema de saúde municipal.

#### **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 estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa.

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 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 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 sem a

observância de outras formalidades. Definido o cabimento da contratação 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.

Na presente situação, a aquisição emergencial do produto caracteriza-se pela reação adversa apresentada por algumas crianças que utilizam a fórmula Alfamino e para que essas reações cessem é necessária a aquisição da fórmula objeto desse processo, a Neocate.

Ocorre que a falta desta Solução Saneante, certamente acarretaria danos irreparáveis ao atendimento específico, razão pela qual a o disposto do artigo 24, IV da Lei 8.666/93 permite, nesses casos, a realização da contratação 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 dos pacientes, notadamente do direito a vida, a saúde, uma vez que estamos tratando do atendimento aos usuários que necessitam da fórmula para uma vida saudável.

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

Essa contratação direta feita, através da dispensa de licitação prevista no inciso IV do art. 24 da Lei de Licitações deve segundo Marçal Justen Filho preencher, basicamente, dois requisitos, quais sejam: a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano e a

caracterização de que a contratação é a via adequada e efetiva para eliminar o risco.

O primeiro deles consiste na necessidade de se evidenciar concretamente, com informações precisas, a situação emergencial existente, deixando claro, ainda, quais seriam os prejuízos dela decorrentes, que devem possuir, de seu turno, natureza irreparável.

O segundo requisito significa para o agente público responsável o dever de comprovar que a aquisição imediata é o meio adequado e eficiente para lidar com o problema e afastar o perigo de caráter irreparável.

Nas palavras de Marçal Justen Filho deve-se "em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade. A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação do risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco".

Dessa forma, não pairam dúvidas que a situação em epígrafe aborda os dois requisitos tanto a concreta e efetiva da potencialidade de dano quanto a caracterização de que a contratação é a via adequada e efetiva para eliminar o risco, afinal a espera pela finalização de um novo procedimento licitatório acarretaria a supressão de direitos fundamentais, notadamente da saúde e, conseqüentemente da 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.

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.

#### 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).

No caso concreto, a situação que deflagrou a necessidade de aquisição emergencial do produto, pois adveio da falta de contrato com a empresa vencedora do item.

Nessa esteira, a situação emergencial externalizada não deixa margem de dúvidas; quanto a caracterização da emergência a que a falta da Contratação pode ocasionar, afinal tratamos do Direito fundamental a saúde que é indissociável a vida, não se podendo aguardar a realização de um novo procedimento licitatório, razão pela qual fez-se extremamente necessário a adoção de medidas de urgência no sentido de se fazer cessar essa situação emergencial.

**RAZÕES DA ESCOLHA DA CONTRATADA (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)

#### 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 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.

Observa-se ainda que respeitou-se o entendimento do Tribunal de Contas da União e das jurisprudências pátrias, que mencionam serem necessárias na cotação de preços, análise de no mínimo de 03 (três) propostas. Vejamos:

Assunto: LICITAÇÕES. DOU de 02.12.2010, S. 1, p. 170. Ementa: determinação à ELETROBRAS para que observe, quando da aquisição de bens, a Decisão nº 431/1993-P, no que concerne à realização de pesquisa de preços em pelo menos 3 empresas pertencentes ao ramo do objeto licitado, visando a comprovação da compatibilidade dos preços propostos com os praticados no mercado, e que seja feita inclusão da pesquisa de preços nos processos licitatórios (item 9.2.10, TC-010.173/2004-9, Acórdão nº 7.049/2010-2ª Câmara).

Assunto: CONTRATOS. DOU de 06.10.2010, S. 1, p. 117. Ementa: alerta à Gerência Regional de Administração em Rondônia (GRA/RO) para que, antes de prorrogar qualquer contrato, realize detalhada estimativa de preços com base em pesquisa fundamentada em informações de diversas fontes propriamente avaliadas, como, por exemplo, cotações específicas com fornecedores, contratos anteriores do próprio órgão, contratos de outros órgãos e, em especial, os valores registrados no Sistema de Preços Praticados do SIASG e nas atas de registro de preços da Administração Pública Federal, de forma a possibilitar a estimativa mais real possível, em conformidade com os arts. 6º, inc. IX, alínea "f", e 43, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993 (item 1.5.2.5, TC-019.918/2007-6, Acórdão nº 8.110/2010-1ª Câmara).

Assim, consoante a lei 8.666/93, verifica-se plenamente justificável a dispensa aqui explanada, ademais a aquisição requerida é de caráter primordial para o resguardo da saúde da população, pois com intuito de evitar maiores danos, a contratação é a via adequada e efetiva para eliminar o risco.



Levando-se em consideração os fatores acima explanados, não resta a esta Secretaria outra alternativa senão socorrer-se do procedimento de dispensa de licitação, dada a necessidade premente de aquisição dos medicamentos solicitados e a inviabilidade da espera pela conclusão de um novo processo licitatório e a adequação aos pressupostos e requisitos exigidos pela lei.

Importando ressaltar que a empresa a ser contratada deverá apresentar os documentos relacionados no Art. 29, da Lei nº 8.666/93, relativos à sua regularidade fiscal.

### CONCLUSÃO

Assim sendo, o Núcleo setorial de Assessoria Jurídica – NSAJ, **OPINA** pela possibilidade jurídica de dispensa de licitação, com fulcro no artigo 24, IV da lei 8.666/93, considerando ainda que foram atendidos os requisitos do art. 26 parágrafo único e incisos "I a III" da referida Lei para aquisição **EMERGENCIAL** da fórmula Neocate especificada nestes autos.

Que Seja encaminhado o referido procedimento após a publicação no Diário Oficial ser encaminhado a *posteriori* ao Tribunal de Contas do Município;

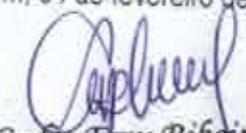
Ressaltando o caráter **MERAMENTE OPINATIVO** da presente manifestação cabendo ao Secretário Municipal de Saúde o desfecho da demanda.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Belém, 04 de fevereiro de 2015.

  
Ronaldo de Siqueira Alves  
Assessor Jurídico NSAJ/SESMA

1. Aprovo o Parecer;
  2. Após, à Autoridade Superior competente para as providências que se fizerem necessárias.
- Belém, 04 de fevereiro de 2015

  
Cydia Emy Ribeiro  
OAB / Pa 7623  
Diretora do NSAJ / SESMA