

PARECER JURÍDICO

Processo Licitatório nº 012/2021

Dispensa nº 005/2021

Interessado: Ao Fundo Municipal de Saúde de Gameleira (PE)

Assunto: Dispensa de Licitação

**CONTRATO ADMINISTRATIVO -
AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E
MATERIAIS - REALIZAÇÃO DE PROCESSO
REGULAR DE LICITAÇÃO -
IMPOSSIBILIDADE DE CONCLUSÃO DO
CERTAME EM TEMPO HÁBIL - PROCESSO
DE DISPENSA DE LICITAÇÃO VISANDO OS
SERVIÇOS DE FORMA IMEDIATA -
POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO
INCISO IV, DO ART. 24, DA LEI 8.666/93.**

I - RELATÓRIO:

Cuida-se de consulta formulada pelo Fundo Municipal de Saúde de Gameleira, por intermédio do seu Secretário, acerca da possibilidade de realização de um processo de dispensa de licitação, para aquisição de medicamentos e material médico hospitalar em caráter emergencial, destinados a atender as Unidades de Saúde do Município da Gameleira - PE.

Expõe o consulente que foram deflagrados os contratos nºs 001 e 002/2021 com vigência de 90 (noventa) dias a partir da Dispensa Emergencial de nº 001/2021, amparada pelo Decreto Municipal de nº 001/2021 que decretou emergência administrativa e financeira no âmbito do Município da Gameleira - PE.

Logo, ficou estabelecido na dispensa emergencial que o processo licitatório para o mesmo objeto seria publicado e concluído dentro do prazo de até 90 (noventa) dias.

Assim sendo, denota-se nos autos que foram publicados os processos licitatórios dentro do cronograma estabelecido e, possivelmente seriam finalizados uma vez que as sessões para disputa de lances foram marcadas para os dias 20 e 23 de abril, ou seja, anterior ao término da vigência dos contratos emergenciais.

Neste lapso temporal, o TCE/PE através da Ilustríssima Auditora, Sra. Rosana Gondim de Oliveira, solicitou os processos licitatórios para análise, assim, os mesmos foram suspensos até a conclusão e entrega do relatório preliminar.

Com efeito, sustenta o consulente que todos os esforços foram intensificados no sentido de tornar ágil o processo de tomada de decisão de modo a serem evitadas contratações emergenciais.

Descreve ainda que a aquisição em análise é de extrema necessidade no atendimento aos usuários do sistema municipal de saúde, ou seja, a sua interrupção, irá acarretar prejuízos irreversíveis à população municipal.

Logo, considerando que determinadas despesas não podem aguardar a resolução acerca do processo licitatório tendo em vista o ocasionamento de prejuízo as demandas de saúde.

Diante da situação, e de iminente apresentação dos questionamentos, o consulente afirma a necessidade de realização de processo de dispensa de licitação para o objeto em comento, justificando que a dispensa encontra limites no exato contorno da necessidade de contratação para solucionar ou minorar os problemas advindos. Desta forma, a contratação se legitima tão somente para suprir as necessidades temporárias, tendo em vista a inviabilidade temporal de se concluir os processos licitatórios nºs 008 e 009/2021.

Anote-se por cautela, outrossim, que para efetivar a compra em análise para abastecimento via processo licitatório normal, além de demandar tempo, far-se-á necessário, antes, aguardar as recomendações pelo TCE/PE que serão exaradas por relatório preliminar.

Acostaram os seguintes documentos: Memorando nº 056/2021; Termo de Referência; Ofícios do TCE/PE; E-mails; Cotações de preços; Documentos de habilitação, entre outros.

É o relatório, passo a opinar.

II – ANÁLISE JURÍDICA:

Preliminarmente, assevere-se que a presente manifestação tem por referência os elementos constantes dos autos do processo administrativo em epígrafe. Destarte, que o presente parecer sob o prisma estritamente jurídico, não lhe sendo possível adentrar a análise da conveniência e da oportunidade

da prática de atos administrativos e nem ainda manifestar-se sobre os aspectos de natureza eminentemente técnico administrativa.

No Direito Administrativo Brasileiro, a regra é a obrigatoriedade de licitação tanto para aquisição de bens como para que haja prestação de serviços ou realização de obras públicas para a Administração, tendo como fundamento Legal, na norma constitucional, o art. 37 inciso XXI, *ipsis litteris*:

Art. 37.

(...)

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.

Na norma infraconstitucional, o art. 2º da Lei nº 8.666/93 também trata da matéria, com o seguinte teor:

Art. 2º. 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.

Ocorre que, a legislação que estatuiu a obrigatoriedade de realização do certame também prevê situações em que esta é dispensada. Nestes casos, o certame não é o meio mais adequado de se atingir o interesse público, na medida em que há outros interesses tutelados, além daqueles meramente econômicos.

Analisando a Constituição Federal de 1988, encontramos a saúde como direito fundamental em seu art. 6º¹.

¹Art. 6º **São direitos sociais** a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Com efeito, mais adiante, a Carta Magna de 1988 em seus arts. 196 e 197, *Caputs*, no concernente a saúde, aduz que:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

“São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Complementada também pela Lei 8.080/90, em seu art. 2º: **“A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.**

Assim, a Constituição Federal de 1988 obriga ao Estado, no caso concreto o Município da Gameleira, a prestar o serviço público de saúde sem interrupções, considerando o bem público tutelado, *in casu*, a saúde.

Com efeito, para as políticas públicas de saúde pública serem efetivadas, necessariamente estão condicionadas a contratação em comento, uma vez que a grande maioria da população gameleirense depende do sistema público de saúde municipal.

Logo, pelos motivos narrados pelo consultante o novo processo licitatório está na fase de pesquisa de preços, portanto, optou pela contratação direta.

Pensando nessas hipóteses o legislador enumerou as situações em que pode o administrador efetuar a contratação direta. Inclusive, poderá o Gestor valer-se das exceções dispostas na lei. Vejamos:

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 à prorrogação dos respectivos contratos.

Também sobre a contratação direta, diz Marçal Justen Filho:

“A contratação direta deverá objetivar apenas a eliminação do risco de prejuízo, não podendo a execução do contrato superar cento e oitenta dias (vedada a prorrogação). Supõe-se que, durante esse prazo a Administração promoveria licitação para solucionar de modo mais amplo o problema existente. Isso importará, eventualmente, em um fracionamento do objeto a ser contratado. Assim, a Administração efetivaria a contratação direta de parte do objeto a ser executado, remetendo o restante a uma contratação posterior, precedida de licitação formal. Trata-se de manifestação do princípio da proporcionalidade” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 10ª ed, Dialética, p.241).

Sabe-se que, embora seja viável a competição entre particulares, e seja a licitação, a regra, e a dispensa uma exceção, o procedimento licitatório em algumas situações afigura-se como objetivamente inconveniente ao interesse público quando exige solução imediata, sob pena de serem causados danos irreparáveis.

O risco além de concreto e efetivamente provável deve ser eminente e especialmente gravoso. Assim, a situação, quando anômala, conduz ao sacrifício de valores padrões, valendo salientar a necessidade de que seja mantida toda a disciplina que o ordenamento jurídico requer e exige.

Acerca do tema o TCU entendeu que:

o risco a ser considerado para justificar a dispensa de licitação é aquele efetivo e contritamente demonstrado pela Administração. A urgência de atendimento para a

dispensa de licitação é aquela qualificada pelo risco da ocorrência de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens públicos e particulares, caso as medidas requeridas não sejam adotadas de pronto (Processo nº TC-009-248/1994-3. Decisão nº 347/1994 – Plenário).

Fator essencial a ser verificado é a imprevisibilidade da situação, afinal deve sempre estar presente a chamada doutrinariamente de “emergência real” aquela caracterizada por ser realmente imprevisível. São requisitos para validade da contratação direta, sendo entendimento pacífico da Doutrina e Jurisprudência Pátrias:

- a) Situação Emergencial;
- b) Urgência de Atendimento;
- c) Risco (potencial e iminente), e
- d) Contratação direta como meio adequado para afastar o risco.

É fundamental que se tenha extrema cautela ao aplicar o dispositivo. Segundo Antônio Carlos Cintra do Amaral, *a emergência é, a nosso ver, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização da licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas* (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Dispensa de Licitação por emergência. Revista Diálogo Jurídico*)

A contratação imediata deverá representar uma modalidade de atividade acautelatória do interesse público, quando for à única via adequada, satisfatória e efetiva para eliminar o risco de sacrifício dos interesses envolvidos.

No caso concreto, o Município da Gameleira não dispõe de tempo suficiente para conclusão do processo licitatório em andamento, considerando diligências, julgamentos, recursos, adjudicação, homologação e assinatura dos contratos, visto que o objeto do certame envolve a aquisição de medicamentos e materiais médicos para atender as necessidades das unidades de saúde municipal.

A falta dos serviços de saúde para os pacientes até a finalização da contratação oriunda de processo licitatório regular, na perspectiva da obtenção

de resultados concretos e da melhoria de vida da população, além de afrontar diversas normas e princípios legais, causariam prejuízos incalculáveis aos usuários, inclusive risco de morte.

A assistência ao fornecimento de medicamentos para pacientes nas Unidades de Saúde integrantes da rede assistencial do município da Gameleira integram o rol de serviços de caráter essencial, pois viabiliza o acesso à saúde, obrigação constitucional da Administração Municipal, razão pela qual não pode sofrer descontinuidade.

Portanto, segundo o ordenador de despesas através do Memorando nos autos e Termo de Referência devidamente assinado pelo farmacêutico municipal, resta configurada a situação emergencial. Seriam iminentes os prejuízos a população caso o atendimento ao usuário do sistema municipal de saúde for suspenso diante da ausência de contratação pelo poder público.

In casu, a contratação direta poderia ser a maneira mais eficaz de resguardar o interesse público e evitar danos aos munícipes gameleirenses.

Sobre o tema a deliberação do TCU que assim dispõe:

É admissível a celebração de contrato provisório para prestação de serviços até a realização da nova licitação, quando ficar caracterizado a urgência de atendimento à situação que poderá ocasionar prejuízo ou comprometimento a segurança de pessoas, serviços e instalações (TCU. Processo nº TC-019.983/1993-0. Decisão nº 585/1994 – Plenário. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Vade-Mécum de licitações e contratos. Legislação: organização e seleção, jurisprudência, notas e índices de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes / Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011). (Grifou-se)

Admite-se, em caráter emergencial, e com fundamento no interesse público, contratação emergencial da prestação de serviços que não possam sofrer solução de continuidade, desde que justificada adequadamente no respectivo processo e apontados os problemas que poderão advir da paralisação de tais serviços, comprovando-se a ocorrência de prejuízo público e que a contratação será apenas durante o prazo necessário

para a realização do novo processo licitatório, observando-se o disposto no art. 26 da lei nº 8.666/93." Acórdão TCU 727/2009 Plenário. (Grifou-se)

Quanto ao tempo da contratação, é sabido que a situação de emergência admite a dispensa de licitação para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial.

Como preleciona Hely Lopes Meireles, *a emergência caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a incolumidade ou segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas consequências lesivas a coletividade* (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 281).

Segundo ensinamento de Marçal Justen Filho, 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 (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 4º ed. São Paulo. Dialética. 2000, p. 240).

Com efeito, consta em memorando expedido pelo Secretário de Saúde, Sr. Luiz Antônio Neves Mendes de Lima, que o prazo de vigência será de até 90 (noventa) dias, devendo o procedimento licitatório ser finalizado dentro do prazo do contrato provisório emergencial.

Vale ressaltar, ainda a obrigatoriedade da observância do art. 26 da Lei 8.666/93, posto que a contratação direta impõe o cumprimento de vários requisitos que justificam não apenas a presença dos pressupostos de ausência de licitação, mas também o fundamento da escolha, senão vejamos:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º 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.

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 – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Saliente-se que, não cabe a esta Assessoria Jurídica analisar as cotações de preços e justificativa dos valores a serem contratados, devendo, portanto o ordenador de despesas por razões de competência justificar os preços a serem contratados, em consonância com o Princípio da Economicidade.

Com efeito, o ordenador de despesas em seu memorando atestou que os preços foram obtidos através de pesquisa de preços junto a prestadores de serviços do ramo e que os valores estão dentro da realidade de mercado.

Logo, a necessidade da comparação de preços entre fornecedores e prestadores de serviços está presente no espírito da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, especialmente o art. 26 e seu parágrafo único. As contratações em tela não fogem à regra. A comparação de preços mediante uma pesquisa de mercado é necessária para justificar-se o preço contratado.

Para o caso vertente, colecionamos abaixo um julgado do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, em assunto correlato e aplicável a um município contíguo, senão vejamos:

PROCESSO T.C. Nº 0701571-9

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA

ACÓRDÃO T.C. Nº 2086/08

CONSIDERANDO que, dentro dos fatos que motivaram a presente Denúncia, subsiste apenas o descumprimento do disposto no **artigo 26 e seu parágrafo único** da Lei nº 8.666/93 em julgar PROCEDENTE, EM PARTE, a presente Denúncia, determinando ao atual Prefeito do Município de Bom Jardim, com base no artigo 69 da Lei Estadual nº 12.600/2004 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado), **o cumprimento das exigências previstas no**

artigo 26, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93, quando da formalização de processos de dispensas previstos nos §§ 2º e 4º do artigo 17 e no inciso III e seguintes do artigo 24, assim como nas situações de inexigibilidade referidas no artigo 25 daquele Diploma legal, a partir da data de publicação desta decisão, sob pena de, em caso de reincidência, aplicação da multa prevista no inciso XII do artigo 73 da citada Lei Orgânica deste Tribunal.

Assim TCU decidiu, em caráter normativo, ao responder consulta:

Além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizada no art. 24, Inciso IV, da mesma lei: a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantidades técnicas apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado. (Decisão 347 – Plenário, DOU 21.06.1994)

Em arremate, o TCU - em Decisão nº 302/1998 posicionou-se no sentido de que a Administração realize dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso IV, quando restar absolutamente caracterizados os casos de emergência e calamidade pública estabelecidos no citado dispositivo legal.

Convém consignar que a contratada deverá manter durante a execução do contrato todas as condições que a habilitaram a prestar os serviços avançados (art. 55, XIII, da Lei nº 8.666, de 21 junho de 1993).

Em relação ao instrumento da contratação, provavelmente essa será formalizada mediante contrato, em atenção aos dispostos nos artigos 55 e 62, ambos da Lei nº 8.666, de 1993, haja vista que o instrumento de contrato é obrigatório para o presente caso.

Por fim, considerando que os itens relacionados no Termo de Referência em anexo pela Farmacêutica Municipal, o qual justificou em sua plenitude todos os motivos necessários para aquisição emergencial; considerando o Memorando expedido pela autoridade competente que ratifica os termos do TR

e solicita a abertura do processo de dispensa; considerando a impossibilidade de deflagrar imediatamente o processo de licitação normal para aquisição necessária; considerando o caráter essencial do serviço de saúde, não resta alternativa para a Secretaria de Saúde, senão realizar a compra emergencial, via dispensa de licitação, com base no art. 24, IV da Lei nº 8.666/1993.

III – CONCLUSÃO

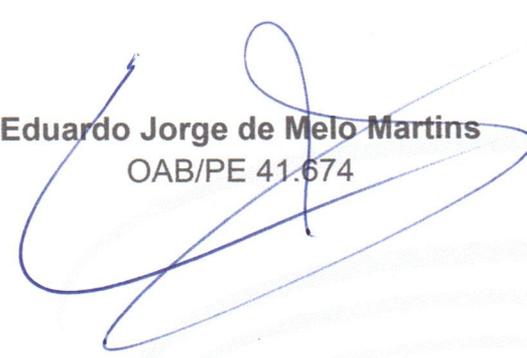
Isto posto, ao que nos parece, a situação narrada na consulta tem previsão/enquadramento legal para uma contratação direta, por meio do procedimento administrativo de dispensa de licitação.

Vale registrar que, o prazo da presente contratação será proporcional até a realização dos processos licitatórios em andamento.

Reforço ainda a necessidade de cumprimento de todas as formalidades previstas no art. 26 da Lei nº 8.666/93 para haver condição de eficácia do processo administrativo correlato.

É o parecer, **S. M. J.**

Gameleira(PE), 18 de maio de 2021.



Eduardo Jorge de Melo Martins
OAB/PE 41.674