

Interessado(a): SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

Assunto: DISPENSA ELETRÔNICA. ANÁLISE PRÉVIA

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO. DISPENSA ELETRÔNICA. MEDICAMENTO. EMERGÊNCIA E/OU URGÊNCIA. CUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL. ART. 75, VIII, DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021. POSSIBILIDADE COM CONDICIONANTES.

1 - DO RELATÓRIO

1.1. Versam os autos sobre Dispensa Eletrônica, com critério de menor preço, visando à aquisição de 1440 unidades do fármaco Cloridrato de Pazopanibe, 200 mg, para atender decisão judicial proferida em favor do paciente MARTA MARIA GOMES (19399), conforme Documento de Oficialização de Demanda- DOD (19356).

1.2. A estimativa de custo total da futura aquisição perfaz o montante de **R\$ 140.500,80 (R\$ Cento e Quarenta Mil e Quinhentos Reais e Oitenta Centavos)**, conforme Termo de Referência (61020).

1.3. Dos documentos anexados que instruem o caderno processual, destacam-se os seguintes: Documento de Oficialização de Demanda (19356), Portaria de Contratação (53361), Estudo Técnico Preliminar (60900), Termo de Referência (61020), Orçamento Estimado (60907) e Minuta de Termo de Julgamento e Homologação (61703).

1.4. Os autos aportaram nesta Setorial para análise e manifestação jurídica, mediante Solicitação de Análise Jurídica (61709), de lavra da Gerência de Licitações, nos termos do artigo 33, inciso IX, da Lei estadual nº 17.928/2012.

2 - DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

2.1. Há no ordenamento jurídico o dever mandamental de se promover as contratações administrativas mediante procedimento licitatório, encontrando fundamento no artigo 2º da Lei Geral de Licitações, que, por sua vez, remete à Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, e assim afirma: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”. No ensinamento de Matheus Carvalho:

(...) a Administração Pública possui a tarefa árdua e complexa de manter o equilíbrio social e ferir a máquina pública, composta por seus órgãos e agentes. Por essa razão não poderia deixar a critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo.

A exigência de um procedimento licitatório busca contornar esses riscos, por ser um procedimento que antecede o próprio contrato, por meio do qual várias pessoas podem concorrer em igualdade de condições e a Administração Pública pode escolher a proposta mais vantajosa, além de atuar na busca do Desenvolvimento Nacional. Dessa forma, a licitação é um procedimento administrativo prévio às contratações públicas, realizado em um a serie concatenada de atos, legalmente distribuídos, culminando com a celebração do contrato.

2.2. Percebe-se que o dever de licitar tem por finalidade viabilizar a Administração Pública, Direta e Indireta, a melhor contratação, perseguindo a proposta mais vantajosa, além de promover a competitividade, vez que permite a participação de qualquer interessado no certame, desde que preenchidos os requisitos constantes no artigo 5º da Lei 14.133/2021.

2.3. Embora haja a imposição legal de se promover a licitação, o próprio ordenamento jurídico regulamenta e admite a celebração sem a prévia realização do procedimento em comento. Têm-se, então, casos em que o legislador entendeu e dispôs ao agente público a contratação direta, desde que devidamente justificada, em virtude de determinados casos não suportarem o rito e a morosidade do procedimento normal.

2.4. Nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira “em determinadas hipóteses a licitação será considerada inviável por ausência de competição ou será inconveniente (ou inoportuna) para o atendimento do interesse público”. Ainda, segundo o doutrinador, os casos de contratação direta devem observar a formalização de um procedimento prévio, com a apuração e comprovação das situações de dispensa ou inexistência de licitar, por meio de decisão administrativa devidamente motivada.

2.5. Traçadas linhas gerais a respeito do dever de licitar, passa-se à explanação quanto à excepcional situação de contratação eletrônica, que se trata o caso em comento.

3 - DA DISPENSA ELETRÔNICA E REQUISITOS LEGAIS

3.1. A Dispensa Eletrônica é um sistema voltado para aquisições baseadas no artigo 75 da Lei nº 14.133/2021, o qual possibilita a eliminação do processo licitatório convencional em circunstâncias específicas. Essa abordagem se revela particularmente benéfica em situações que demandam celeridade e eficácia, nas quais a condução de um procedimento licitatório integral se apresenta impraticável ou dispensável.

3.2. A dispensa eletrônica consiste em uma ferramenta que viabiliza a divulgação antecipada, por parte dos órgãos competentes, da intenção de dispensa de procedimento licitatório.

3.3. Tal prática possibilita que fornecedores previamente cadastrados e interessados apresentem propostas, conferindo à

administração a oportunidade de efetuar contratações a preços potencialmente inferiores aos inicialmente orçados.

3.4. No âmbito federal, foi regulamentada pela Instrução Normativa nº 67, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia. Já na esfera estadual, o dispositivo que institui o Sistema de Dispensa Eletrônica é o Decreto nº 10.211 de 6 de fevereiro de 2023.

3.5. O artigo 3º do referido Decreto estadual estipula que:

A exigência de um procedimento licitatório busca contornar esses riscos, por ser um procedimento que antecede o próprio contrato, por meio do qual várias pessoas podem concorrer em igualdade de condições e a Administração Pública pode escolher a proposta mais vantajosa, além de atuar na busca do Desenvolvimento Nacional. Dessa forma, a licitação é um procedimento administrativo prévio às contratações públicas, realizado em uma série concatenada de atos, legalmente distribuídos, culminando com a celebração do contrato.

Art. 3º O Sistema de Dispensa Eletrônica será adotado:

I – obrigatoriamente, nos seguintes casos:

- a) contratação de serviços comuns de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores, no limite do disposto no art. 75, inciso I, caput, da Lei federal nº 14.133, de 2021; e
- b) contratação de bens e serviços comuns, no limite do disposto no art. 75, inciso II, caput, da Lei federal nº 14.133, de 2021; e

II – preferencialmente, nos seguintes casos:

- a) contratação de obras e serviços especiais de engenharia, no limite do disposto no art. 75, inciso I, caput, da Lei federal nº 14.133, de 2021;
- b) bens e serviços especiais, no limite do disposto no art. 75, inciso II, caput, da Lei federal nº 14.133, de 2021;
- c) nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção ou de grave perturbação da ordem, nos termos do disposto no art. 75, inciso VII, caput, da Lei federal nº 14.133, de 2021; e
- d) **nos casos de emergência ou calamidade pública, quando for caracterizada urgência de atendimento ou situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento à situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto nesta alínea, nos termos do disposto no art. 75, inciso VIII, caput, da Lei federal nº 14.133, de 2021.**

(...)

§ 7º As contratações com fundamento nas alíneas "c" e "d" do inciso II deste artigo poderão ser realizadas independentemente do valor, para a obtenção da proposta mais vantajosa.

3.6. No presente caso, pretende-se concretizar a aquisição do medicamento PAZOPANIBE para atender decisões judiciais, pautando-se na hipótese prevista no artigo 3º, II, “d” acima transcrito.

3.7. Trata-se de situação emergencial em que a paciente necessita de célere tutela do Estado para efetivar sua necessidade, podendo sofrer graves prejuízos e comprometer a sua segurança/saúde caso tenha que suportar a morosidade inerente do procedimento licitatório. Em que pese a previsão excepcional, tais situações devem ser analisadas em concreto, limitando-se o quantitativo apenas ao necessário para satisfazer determinada demanda.

3.8. Para a efetivação da Dispensa Eletrônica devem ser observados os requisitos previstos no artigo 7º do Decreto 10.211/23. Vejamos:

Art. 7º O processo de dispensa eletrônica de licitação será instruído com os seguintes documentos:

- I – documento de oficialização de demanda – DOD;
- II – portaria de designação das funções essenciais no processo de contratação;
- III – estudo técnico preliminar, na forma simplificada prevista em regulamento específico;
- IV – orçamento estimado da contratação acompanhado da memória de cálculo e documentos que lhe dão suporte, na forma de regulamento específico;
- V – termo de referência, projeto básico ou projeto executivo, na forma prevista em regulamento específico;
- VI – comprovação da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública ou situação que justifique a dispensa com fundamento no inciso II, alíneas "c" e "d", do art. 3º deste Decreto;
- VII – previsão dos recursos orçamentários;
- VIII – pareceres técnicos e autorizações cabíveis;
- IX – minuta do termo de contrato ou histórico da nota de empenho, se for o caso;
- X – parecer jurídico, se for necessário;
- XI – autorização do ordenador de despesas;
- XII – Aviso de Dispensa Eletrônica;

XIII – comprovante de publicação do aviso de dispensa eletrônica;

XIV – propostas e documentos do vencedor;

XV – Ata da Dispensa Eletrônica; e

XVI – termo de adjudicação e homologação.

3.9. No que tange aos documentos de instrução necessários, foram anexados: Documento de Oficialização de demanda - DOD (19359), Portaria de Contratação (53361), Estudo Técnico Preliminar (60900), Termo de Referência (61020) e Orçamento Estimado (60907).

3.10. Foi juntada, também, a minuta do Termo de Homologação para viabilizar a autorização do ordenador de despesas (61703), em atendimento ao art. 3º, inciso VI, da Instrução Normativa nº 5/2023 – SEAD.

3.11. Com relação à caracterização da situação emergencial, as decisões judiciais incluídas nos autos determinando o fornecimento do fármaco em prazos extremamente exíguos são suficientes para a caracterização do inciso VI.

3.12. Corroborando, ainda, com a caracterização de tal situação emergencial, a informação contida no Termo de Referência (61020), qual seja:

5.3. Consta no campo Particularidades da aquisição e/ou objeto, item 2.2 do DOD, que não há estoque desse medicamento, que não há empenho e não existe Ata de Registro de Preços Vigente que contemple esse fármaco.

5.4. Consta também que houveram processos desertos e/ou fracassados anteriormente, sob nº 202200010063122, é que existe um processo em andamento para registro de Ata, processo de contratação no SISLOG nº 100222.

5.5. O processo de aquisição do medicamento deverá ser deflagrado, pois não há possibilidade de cumprir o que nos fora imputado, visto não existir disponibilidade no estoque ou alguma política pública assistencial que contemple a dispensação administrativa dos mesmos.

3.13. No que tange à previsão dos recursos orçamentários, incumbe destacar a necessidade de apresentação da Programação de Desembolso Financeiro - PDF, com status liberado, e a Declaração de Adequação Orçamentária e Financeira - DAOF, a fim de, nos termos dos arts. 15 e 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), certificar que a despesa objeto do presente processo tem adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual, compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

3.14. Ademais, no que diz respeito ao instrumento de contrato, o artigo 9º do supracitado decreto estipula que “o instrumento de contrato poderá ser substituído por instrumento equivalente, salvo nos casos em que houver obrigações futuras, inclusive quanto à assistência técnica, independentemente de seu valor”. Sendo assim, o empenho deverá ser realizado e juntado aos autos no momento oportuno.

3.15. Já o que concerne ao aviso da Dispensa Eletrônica, o artigo 10 do Decreto nº 10.211/2023 estipula que o procedimento será divulgado no sistema oficial de contratações do Estado e no Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP, devendo conter:

Art. 11. O Aviso de Dispensa Eletrônica deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I – descrição sucinta do objeto a ser adquirido ou contratado;

II – valor mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta;

III – critério de julgamento, que poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

IV – informação quanto ao tratamento diferenciado para microempresa e empresa de pequeno porte previsto no art. 3º, §§ 5º e 6º, deste Decreto;

V – data e horário de realização da sessão de lances, respeitado o horário comercial, e o endereço eletrônico onde ocorrerá o procedimento; e

VI – prazo de duração da fase de lances, em conformidade com o art. 17 deste Decreto.

Parágrafo único. Deverão ser publicados como anexos do Aviso de Dispensa Eletrônica o termo de referência, o anteprojeto, o projeto básico ou o projeto executivo, a minuta do termo de contrato, ou instrumento equivalente, e a minuta da ata de registro de preços, quando for o caso.

3.16. Além disso, tem-se que o prazo para apresentação das propostas e dos documentos de habilitação não será inferior a 3 (três) dias úteis, contados entre a data de publicação do Aviso de Dispensa Eletrônica e a data da sessão pública de lances.

3.17. Por oportuno, destaca-se que a elaboração dos documentos da etapa preparatória da contratação direta seguirá, como regra, as previsões da Instrução Normativa nº 05/2023, e no que couber, o disposto no Decreto estadual nº 10.207, de 27 de janeiro de 2023 e art. 72 da Lei federal nº 14.133, de 2021.

4 - DA JUSTIFICATIVA DA PESQUISA DE PREÇOS

4.1. Além dos requisitos traçados pelo artigo 4º do Decreto Estadual nº 10.211/23, o artigo 72 da Lei Geral de Licitações aduz a necessidade de ser apresentada a justificativa de preços. Vejamos:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

4.2. De acordo com o art. 6º, VI, do Decreto nº 9.900/2021, na hipótese de realização de pesquisa direta com fornecedores, devem ser apresentados, no mínimo, 3 (três) orçamentos distintos, mediante solicitação formal de cotação, devendo haver justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório. Nos termos do Orçamento Estimado (60907), foi realizada "Pesquisa de preço com fornecedor para composição de preços". No entanto, não foi apresentada justificativa para a escolha de tais fornecedores e também inexistente fundamentação relativa ao quantitativo de menos de 3 (três) orçamentos, o que deve ser providenciado.

4.3. Cumpre reforçar, por fim, que não cabe a esta Setorial emitir qualquer juízo de valor acerca da pesquisa de preços, valores, cálculos, bem como em relação a aspectos técnicos contidos no processo, em especial a especificação do termo de referência pela área requisitante, tampouco em relação à conveniência e oportunidade da possível aquisição pretendida pela requisitante, pois dizem respeito a elementos extrajurídicos que escapam da competência e conhecimento dos servidores desta Pasta.

5 - DA CONCLUSÃO

5.1. Por todo exposto, manifesta-se pela possibilidade jurídica de realizar a compra do medicamento, mediante Dispensa Eletrônica, com fundamento no artigo 3º, inciso II, alínea “d”, do Decreto nº 10.211/2023 e art. 75, inciso VIII, da Lei nº 14.133/21, condicionada ao seguinte:

- a) Adequação da justificativa de preços (item 4.2);
- b) Previsão dos recursos orçamentários, juntada da Programação de Desembolso Financeiro-PDF, com status liberado, da Declaração de Adequação Orçamentária e Financeira-DAOF e conformidade com o Plano Anual de Contratações;
- c) Juntada, no momento oportuno, da nota de empenho;
- d) Publicação do aviso de dispensa, atendendo as especificações contidas no Decreto estadual nº 10.211/2023;
- e) Assinatura do Termo de Homologação com a autorização do ordenador de despesas.

5.2. Frisa-se, que diante do advento da Instrução Normativa nº 01/2024, de autoria da Controladoria- Geral do Estado, passou a ser desnecessária a disponibilização do processo ao órgão do controle interno, já que a instituição possui livre acesso ao sistema de contratação: “A Controladoria-Geral do Estado - CGE terá livre acesso, via SISLOG ou COMPRASNET, aos procedimentos licitatórios e todas as suas modalidades e aos chamamentos públicos para celebração de contratos de gestão e termos de parceria, dos órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo estadual”.

5.3 Importa frisar a responsabilidade dos setores técnicos pelas informações, justificativas prestadas e escolhas administrativas feitas, por não incumbir a este órgão consultivo adentrar no mérito administrativo.

5.4. Por conseguinte, qualquer inexistência apurada em manifestações técnicas não é corroborada por esta Procuradoria Setorial neste opinativo, com arrimo em posicionamento que deflui do princípio da segregação de funções desempenhadas por cada seção desta Pasta – mecanismo que concorre para a diminuição de riscos de conflitos de interesses, ocultação de erros e ocorrência de fraudes na gestão da res pública.

5.5. Ressalte-se que, com o atendimento das condicionantes indicadas no item anterior, não será necessário o retorno dos autos para conferência por esta Procuradoria Setorial, podendo a área técnica dar continuidade diretamente ao feito, salvo quando o ajuste superar o montante de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões).

5.6. Isso posto, encaminhem-se os autos à **Superintendência de Gestão Integrada/Coordenação de Licitações** da Secretaria de Estado da Saúde para prosseguimento.

Carolina Correia Campelo

Procurador(a) do Estado

Gerente de Processos Administrativos