

Processo: 202400005007772

Nome: SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

Assunto: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ANÁLISE PRÉVIA

PARECER SES/PROCSET-05071

EMENTA: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART. 74, INCISO I, LEI Nº 14.133/21. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS. CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. REGULARIDADE DO FEITO. POSSIBILIDADE COM CONDICIONANTES.

1. DO RELATÓRIO

1.1 Versam os autos de procedimento de compra direta, via Inexigibilidade de Licitação, com fundamento no artigo 74, inciso I, da Lei nº 14.133/21, cujo objeto é a aquisição de CURATIVOS URGOTUL destinado à Central Estadual de Medicamentos, para atender às decisões judiciais proferidas em favor de VICTOR HUGO E SAMMUEL VICTOR DA SILVA MESQUITA, conforme Termo de Referência (23119).

1.2 A estimativa de custo total da futura aquisição perfaz o montante de **R\$ 955.800,00 (R\$ Novecentos e Cinquenta e Cinco Mil e Oitocentos Reais)**, conforme o Termo de Referência (23119).

1.3 Dos documentos anexados que instruem o caderno processual, destacam-se os seguintes: Documento de Oficialização de Demanda (15017), Portaria de Contratação (23090), Estudo Técnico Preliminar (23113), Termo de Referência (23119), Proposta Comercial (23575); Orçamento Estimado (24199) e Minuta de Termo de Julgamento e Homologação (31025).

1.4 Os autos aportaram nesta Setorial para análise e manifestação jurídica, mediante Solicitação de Análise Jurídica (31039), de lavra da Gerência de Licitações, nos termos do artigo 72, inciso III, da Lei estadual nº 17.928/2012 e art. 27 do Decreto 10.207/2023.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

2.1. A Constituição Federal, conforme princípios e normas estabelecidas pelo art. 37, caput, e inciso XXI, estabelece o dever mandamental de se promover as contratações administrativas mediante procedimento licitatório. O dever de licitar tem por finalidade viabilizar à Administração Pública uma melhor contratação, perseguindo sempre a proposta mais vantajosa, além de promover a competição.

2.2. Embora haja a imposição legal de se promover a licitação, o próprio ordenamento jurídico regulamenta e admite a contratação sem a prévia realização do procedimento em comento. Assim, há casos em que o legislador possibilitou a contratação direta, desde que devidamente justificada, em virtude de determinadas situações não suportarem o rito e a morosidade do procedimento normal, vejamos a previsão constitucional supramencionada:

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.

2.3. É o caso da inexigibilidade de licitação, prevista no art. 74, inciso I, da Lei 14.133/21, aplicável na hipótese de inviabilidade de competição, ou seja, quando inexistente uma pluralidade de participantes. Nas palavras de Marçal Justen Filho[1]:

[...]

1.3) “Inviabilidade de competição” como uma decorrência

É imperioso destacar que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação.

[...]

3) Ausência de pressupostos necessários à licitação

[...]

3.1) Ausência de pluralidade de alternativas

A primeira hipótese de inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública. Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação é impréstável. Mais precisamente, não há alternativa diversas para serem entre si cotejadas.

2.4. Os professores Edgar Guimarães e Ricardo Sampaio [2] distinguem a inviabilidade de competição entre relativa e absoluta, nos seguintes moldes:

[...]

A inviabilidade de competição pode ser absoluta (art. 74, inciso I e IV) ou relativa (art. 74, incisos II, III e V). Configura a inviabilidade absoluta a inexistência de competidores, ou seja, quando apenas uma pessoa pode executar o objeto pretendido pela Administração (art. 74, inciso I) ou quando a Administração precisa contratar todos os interessados que preencham as condições definidas para a contratação (art. 74, inciso IV). Será relativa quando, apesar de existir mais de uma pessoa capaz de executar o objeto pretendido, a Administração não dispuser de meios e critérios objetivos para selecionar a proposta mais vantajosa.

2.5. Nessa perspectiva, cumpre transcrever o teor da hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, inciso I, da Lei nº 14.133/2021:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos;

(...)

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

2.6. Nesse sentido, a Procuradoria-Geral do Estado, respondendo à consulta formulada por esta Setorial nos autos do processo SEI nº 202000010027209, emitiu Despacho referencial nº 31/2021-GAB (000017648322), que traça relevantes orientações acerca do instituto da inexigibilidade de licitação e sua escoreita aplicação. Em que pese a manifestação tenha sido elaborada sob a égide da revogada Lei nº 8.666/93, as diretrizes descritas se aplicam subsidiariamente ao caso em tela, veja-se:

- a) Resta assentada, como regra geral, a obrigatoriedade da realização de licitação prévia para contratação de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública, com a ressalva de situações excepcionais disciplinadas pela Lei Nacional nº 8.666/93 e, supletivamente, pela Lei Estadual nº 17.928/2012, em que o certame não se revela exigível por inviabilidade de competição, ou pode ser dispensado nas hipóteses enumeradas;
- b) No que diz respeito ao aparente conflito entre inexigibilidade e dispensa de licitação, frisa-se que a inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Na inexigibilidade, a disputa é inviável; já na dispensa, embora a competição seja possível, a licitação pode vir a ser afastada frente à caracterização de alguma hipótese previamente apontada pelo legislador como suficiente a autorizar a contratação direta.
- c) Em relação à inexigibilidade de licitação, há circunstâncias em que “a inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública”, “porque existe um único sujeito para ser contratado”, sendo que ainda que não enquadrada no rol exemplificativo dos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93, podem se “fundar direta e exclusivamente” no seu caput. Ou seja, existem situações em que pela ausência de alternativas de contratação, consubstanciada na existência de um único sujeito a ser contratado, a inexigibilidade poderá ser fundada no caput do artigo 25 da Lei nº 8.666/93.
- d) Na hipótese suscitada nos autos, tem-se que a inexigibilidade depende da comprovação de circunstância fática atinente à inviabilidade de competição por exclusividade na comercialização de determinado produto. Ainda que a produção seja marcada por exclusividade, existindo mais um de fornecedor, a competição se mostra em tese possível e, por conseguinte, não há que se falar em inexigibilidade. Correta, portanto, a conclusão esposada na peça opinativa no sentido de que o art. 25, I, da Lei n. 8.666/93 pressupõe, além de fabricação exclusiva, a comercialização exclusiva de determinado bem.
- e) Pontua-se que a declaração de exclusividade é um ponto de partida para a caracterização da inexigibilidade, sem afastar, contudo, a necessidade de restar aferida a efetiva inviabilidade de competição.
- f) A existência de certames anteriores não pode ser considerada prova cabal contra a inexigibilidade, haja vista a possibilidade, em tese, de realização de certames a despeito da inviabilidade de competição, seja por falta de percepção quanto à ocorrência de exclusividade de fornecimento (hipótese outrora enfrentada no Despacho "AG" n. 001508/2012), seja pelo interesse na realização de licitação visando ao registro de preços enquanto estratégia administrativa para aquisições.
- g) O que importa aferir para fins de celebração de contratação direta por inexigibilidade de licitação é a efetiva caracterização de inviabilidade de competição, o que pressupõe, além da exclusividade na produção, também a exclusividade no fornecimento.

2.7. Aclara-se que a comprovação de exclusividade da fabricação do produto não se confunde com a exclusividade em sua comercialização. Portanto, ainda que a produção seja marcada por exclusividade, existindo mais de um fornecedor, a competição se mostra possível, não sendo viável o seguimento por inexigibilidade.

2.8. Ademais, frisa-se que o critério da exclusividade (art. 74, I, Lei nº 14.133/2021), o qual justifica a inexigibilidade de licitação, deve

ser comprovada documentalmente. Segundo a parte final do parágrafo 1º, esta comprovação se dará “... mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo”.

2.9. No caso, no sentido de comprovar a exclusividade da empresa **Imperial Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares LTDA**, CNPJ20.140.256/0001-01, o caderno processual foi instruído com Atestados que declaram a exclusividade no fornecimento (23560).

2.10. De outro norte, o § 1º do art. 74 da Lei de Licitações prevê a competência da Administração para demonstrar a inviabilidade de competição mediante confirmação da veracidade da documentação apresentada.

2.11. A área técnica especializada teceu considerações quanto à possível exclusividade do fornecedor que justifica a aquisição direta via inexigibilidade de licitação, de modo que empresa apresentou Declaração de Exclusividade emitida pela ACIEG, Atestado de Exclusividade emitido pelo SINAT e Credenciamento emitido pela LM Farma Indústria e Comércio LTDA. (23560). Ressalta-se: a referida justificativa é imprescindível para a possibilidade de prosseguimento do feito nos moldes delineados pelo art. 74, I, § 1º, da Lei nº 14.133/2021.

2.12. Pela pertinência, rememora-se, com base no princípio da segregação de funções, que a responsabilidade pelas informações prestadas, para comprovação da exclusividade, repousa inteiramente sobre seus subscritores.

2.13. Apesar da possibilidade de a Administração Pública contratar diretamente, fato é que tal circunstância excepcional não a isenta de comprovar a regularidade dos preços e desconsiderar propostas excessivas ou inexequíveis. Com efeito, nos processos de licitação que envolvam dispensa ou inexigibilidade, é obrigatória a consulta dos preços correntes no mercado, dos fixados por órgão oficial competente ou, ainda, dos constantes em sistema de registro de preços. A ausência de pesquisa de preços configura, aliás, descumprimento de exigência legal (Acórdão 2380 - Plenário, Tribunal de Contas da União - TCU, 04/09/13).

2.14. Vale observar que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) é firme em indicar que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade. In verbis:

Ainda que afastada a existência de sobrepreço ou superfaturamento, a falta de pesquisa de mercado no âmbito do processo de contratação direta representa irregularidade grave, por descumprimento ao art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993, sendo suficiente para a aplicação de multa pelo TCU. (Acórdão 4984/2018 - Primeira Câmara - TCU – 29/05/2018)

2.15. Nesse cenário, a justificativa de preços na inexigibilidade de licitação dar-se-á pela comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas, art. 23, § 4º, da Lei de Licitações:

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

2.16. Quanto à justificativa de preço (art. 72, VII, Lei 14.133/2021), foram acostados aos autos os seguintes documentos: Proposta comercial (23575), Planilha comparativa (24110), Pesquisas na Internet (24088), Justificativa para ausência de Notas fiscais (24084), Pesquisas em Banco de Preços Públicos (24080) e Orçamento Estimado (24199), em que justificou a metodologia utilizada da seguinte forma:

Como resultado da pesquisa, tivemos a seguinte situação para cada parâmetro.

- **Parâmetro I** - A empresa declarou a inexistência de notas fiscais de vendas do produto para outras instituições (doc. em anexo)

- **Parâmetro II** - Foram anexadas pesquisas em Banco de Preços Públicos (doc. em anexo)

* Pesquisas em Banco de Preços contratados por essa Secretaria, que consolida as informações dos valores de aquisições e serviços praticados por diferentes órgãos públicos dos últimos 12 (doze) meses, foi encontrado valores referenciais para os itens, 03 e 04;

* Pesquisa de Preços de aquisições realizadas por outras instituições, foram encontrados valores de referência para os itens 01,02,03. (doc. anexo). Apesar de terem sido encontrados vendas realizadas por outros fornecedores, esclarecemos que a empresa LM FARMA, detentora dos registros sanitários perante aos órgãos de controle do produto da marca URGO E CURATEC, declara que a empresa Imperial Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda, é distribuidora exclusiva no Estado de Goiás, atestada pela Carta de Exclusividade.

* Em complemento a pesquisa de preços, foram realizadas pesquisa em sites de vendas onde foram colhidos valores de referência para os itens 03 e 04.

* Foram juntados aos autos tabela de preços vigentes, fornecido pela empresa Imperial Comercial de Medicamentos (doc. em anexo).

Verifica-se, portanto, a equivalência dos valores a ser cobrado da Administração, com a média dos valores praticados no mercado que contemplam o mesmo objeto, através das pesquisas realizadas e documentos apresentados.

Esclarecemos, ainda, que a proposta apresentada pela empresa, **Imperial Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares LTDA**, atende aos Requisitos Técnicos elencados no Termo de Referência.

2.17. Para fins de conformidade com o Decreto nº 9.900/2021, para composição de preços, os lapsos temporais previstos no art. 6º deverão ser cumpridos.

2.18. De outro giro, foi juntada aos autos a Minuta do Termo de Homologação (31025), em atendimento ao art. 3º, inciso VI, da Instrução Normativa nº 5/2023 – SEAD.

2.19. Por derradeiro, em atenção ao art. 72, inciso VIII, da Lei 14.133/21, faz-se necessária a assinatura do Ordenador de Despesas na Minuta do Termo de Homologação (31025).

2.20. Ainda no que concerne à publicidade da contratação, atenta-se para o teor do art. 94, II, da Lei nº 14.133, de 2021, sendo condição para a eficácia do contrato a publicação no Portal Nacional das Contratações Públicas - PNCP, o que deve ocorrer no prazo de 10 (dez) dias úteis, por se tratar de contratação direta. Recorda-se, também, a necessidade de oportuna comunicação da contratação ao TCE.

3. DAS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO

3.1. Nos termos do artigo 62 da Lei nº 14.133/21, para comprovar as condições habilitatórias da empresa contratada, é necessária a documentação relativa a: (i) habilitação jurídica; (ii) qualificação técnica; (iii) regularidade fiscal, social e trabalhista; e (v) qualificação econômico-financeira. Dessa forma, passa-se à análise da documentação necessária conforme o conteúdo dos Anexos (26613; 26614; 26615):

a) Habilitação Jurídica (artigo 66 da Lei nº 14.133/21): foram juntados Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral junto ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica 23559, fl. 01); QSA (23559, fl. 02), 4ª Alteração do Contrato Social da Imperial Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares LTDA (23559, fls. 3 - 10); e documento pessoal dos sócios (23559, fls. 12 - 13);

b) Qualificação Técnica (artigo 67 da Lei nº 14.133/21): foi juntado Alvará Sanitário e publicações correlatas, Certidão de Responsabilidade e Capacidade Técnica (23565);

c) Regularidade Fiscal e Trabalhista (artigo 68 da Lei nº 14.133/21): foi juntada Declaração junto ao SICAF 23584, fl. 07). Juntou, também, Certidão Negativa Municipal (31035, fl. 24), Certidão Negativa Estadual (31035, fl. 22), Certidão Negativa Trabalhista (23616, fl. 02), Certificado de Regularidade junto ao FGTS 31035, fl. 45, com validade até 15/05/2024); Declaração do CADIN estadual (31035, fl. 21); Certidão Negativa de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da união (31035, fl. 23); Certidão negativa de Suspensão/Impedimento de Licitar 23616, fl. 05, com validade até 10/05/2024); Certidão negativa de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade (23616, fl. 06) e Certidão Negativa Correcional da Controladoria-Geral da União (31035, fl. 26, com validade até o dia 16/05/2024); Ressalta-se a necessidade de atualização de todas as certidões eventualmente vencidas.

d) Qualificação Econômico-Financeira (artigo 69 da Lei nº 14.133/21): foi juntado Balancete e Demonstrativo do Resultado do Exercício em 2022 (23584, fls. 01/06). Oportunamente, deve ser juntado o Balancete referente ao exercício de 2023;

e) Declarações: foram juntadas declarações quanto ao art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988 e Declaração de cumprimento do art. 9º, III, da Lei nº 14.133/21 (31035, fls. 42 e 44). Contudo, não foram encontradas as assinaturas nos referidos documentos, o que deve ser regularizado.

3.2. Ressalta-se ainda que, em atendimento ao prescrito no artigo 91, § 4º, da Lei Federal nº 14.133/21, faz-se necessária a atualização das certidões antes da formalização do contrato, bem como a manutenção de todas as condições habilitatórias durante a execução do contrato.

4. DA DOCUMENTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA/FINANCEIRA

4.1. No que se refere à documentação orçamentária e financeira, foram juntados: Indicação Orçamentária (28562), Declaração de Adequação Orçamentária e Financeira (33213), Programação de Desembolso Financeiro - PDF, com status liberado (33193), e deve ser providenciado o Empenho no momento oportuno.

4.2. Ademais, a Gerência de Planejamento juntou o Anexo II (28562), indicando o código e descrição do programa e ação, onde deve ser apropriada/enquadrada a despesa pretendida, atendendo os objetivos previstos no Plano Plurianual.

5. DA CONCLUSÃO

5.1. Cumpre assinalar, terminantemente, que a verificação atinente aos valores apresentados, bem como aos quesitos técnicos contidos nos autos é de responsabilidade dos setores técnicos competentes da SES/GO, vez que averiguações dessa natureza são impraticáveis por esta Especializada, a qual compete, tão somente, a apreciação de questões eminentemente jurídicas.

5.2. Por todo exposto, manifesta-se pela possibilidade jurídica de realizar a compra dos medicamentos, por Inexigibilidade de Licitação, com fundamento no artigo 74, inciso I, da Lei nº 14.133/21, condicionada ao seguinte:

- a) Observância da recomendação contida nos itens 2.17 e 2.19 deste opinativo;
- b) Juntada de ato que autoriza a contratação, que deve ser publicado em sítio eletrônico oficial, bem como publicação no Portal Nacional das Contratações Públicas - PNCP (item 2.20);
- c) Atualização das certidões vencidas (item 3.1, "c") e juntada de declarações com aposição de assinatura (item 3.1, "e");
- d) Renovação e juntada aos autos das certidões de habilitação desatualizadas, faltantes e, eventualmente, as que vencerem no decurso do processo (item 3.1);
- e) Juntada da documentação orçamentária e financeira faltante (itens 4.1 e 4.2).

5.3. Acerca do atendimento integral dos requisitos legais para enquadramento da hipótese legal do artigo 74, inciso I, da Lei nº 14.133/21, 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 inexatidão 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/Gerência de Licitações da Secretaria de Estado da Saúde para prosseguimento.

PROCURADORIA SETORIAL DA SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE, aos 27 dias do mês de Maio de 2024.

Carolina Correia Campelo

Procurador(a) do Estado

Gerente de Processos Administrativos