

Interessado(a): SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

Assunto: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ANÁLISE PRÉVIA

**EMENTA:**INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART. 74, INCISO I, DA LEI Nº 14.133/2014. AQUISIÇÃO DE BENS E MATERIAIS E SERVIÇO CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. REGULARIDADE DO FEITO. POSSIBILIDADE COM CONDICIONANTES.

## 1. DO RELATÓRIO

1.1. Versam os autos sobre 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 1 (uma) unidade do fármaco Inebilizumabe, 10 mg/mL, solução para infusão, para atender a Decisão Judicial, conforme Documento de Oficialização de Demanda - DOD (Nº SISLOG 77230).

1.2. A estimativa de custo total da futura aquisição perfaz o montante de R\$: 1.388.133,90 (Hum milhão, trezentos e oitenta e oito mil, cento e trinta e três reais e noventa centavos) , conforme Termo de Referência (Nº SISLOG 104224).

1.3. Dos documentos anexados que instruem o caderno processual, destacam-se os seguintes: Documento de Oficialização de Demanda (Nº SISLOG77230), Portaria de Contratação (Nº SISLOG101458), Estudo Técnico Preliminar (Nº SISLOG 77235), Termo de Referência (Nº SISLOG 104224), Orçamento Estimado (Nº SISLOG 104361).

1.4. aportaram nesta Setorial para análise e manifestação jurídica, mediante Solicitação de Análise Jurídica (Nº SISLOG105042), 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. De início, registra-se que os documentos instrutórios do feito não dispõem, de forma clara e específica, a fundamentação legal da pretensa aquisição, o que deve ser corrigido nos processos vindouros.

2.2. 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.

2.3. 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.

2.4. 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 imprestável. Mais precisamente, não há alternativa diversa para serem entre si cotejadas.

2.5. 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 preenchem 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 comercial 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 comercial 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 correta 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 SPECIALTY PHARMA GOIAS LTDA CNPJ 31.731.807/0001-28, o caderno processual foi instruído com Atestado que declara a exclusividade no fornecimento.

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 exclusividade do fornecedor que justifica a aquisição direta via inexigibilidade de licitação, com a apresentação de Declaração de Exclusividade (Nº SISLOG 104255). 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:

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 (Nº SISLOG 104213), Invoices de vendas para outras instituições (Nº SISLOG 104361) e Orçamento Estimado (Nº SISLOG 104368), o qual justificou a metodologia utilizada da seguinte forma:

**“Os processos de inexigibilidade de licitação deverão ser instruídos com a justificativa de que o preço ofertado à administração é condizente com o praticado pelo mercado, em especial por meio de:**

**I – documentos fiscais ou instrumentos contratuais de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada, emitidos no período de até 1 (um) ano anterior à data da autorização da inexigibilidade pela autoridade competente; e**

**II – tabelas de preços vigentes, divulgadas pela futura contratada, em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, que contenham a data e a hora de acesso.”**

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

- **Parâmetro I** - Foram juntadas aos autos *Invoices* de vendas realizadas a outros clientes com preços superiores e também iguais aos ofertados a esta Secretaria de Estado da Saúde.

- **Parâmetro II** - Pesquisas em banco de preços públicos, foi encontrada uma venda realizada ao Fundo Estadual de Saúde do Estado da Bahia, com preço equivalente ao apresentado à SES-GO.

Em complemento a justificativa de preços foi anexado aos autos a tabela CMED que apresenta a lista de todos os medicamento comercializados no Brasil com seus preços(PF) e venda (PMC e PMVG) em todos os cenários permitidos no Brasil.

Verifica-se, portanto, a equivalência do valor a ser cobrado da Administração com os valores praticados pela contratada em outros ajustes que contemplam o mesmo objeto.

Esclarecemos, ainda, que a proposta apresentada pela empresa SPECIALTY PHARMA GOIAS LTDA, atende aos Requisitos Técnicos elencados no Termo de Referência.

2.17. Acerca da pesquisa de preços, convém reiterar o entendimento vertido por esta Setorial no Parecer Jurídico nº 423/2024 (Nº SEI 60219425), corroborado pelo Despacho nº 847/2024/GAB (Nº SEI 61071537) do Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado:

Com efeito, para além da diferença de propósitos, a evidenciar o afastamento do PMVG da pesquisa de preços, o que se constata é que a utilização do PMVG como teto, quando mais baixo do que o valor encontrado por meio da utilização dos parâmetros normativos, tem o potencial de gerar o acatamento de preço ilusório, em descompasso com o mercado, com a consequente frustração do certame, acompanhada do desperdício de recursos pela realização de procedimento que não alcançou sua finalidade. [grifos nossos]

2.18. Dessa forma, recomenda-se que o PMVG não seja utilizado para integrar a média da cesta de preços, tendo em vista que os valores da CMED são referenciais máximos que a lei permite a um fabricante de medicamento vender o seu produto, o que não se confunde com os preços praticados no mercado<sup>1</sup>.

2.19. De outro giro, foi juntada aos autos a Minuta do Termo de Homologação (105032), em atendimento ao art. 3º, inciso VI, da Instrução Normativa nº 5/2023 – SEAD.

2.20. Por derradeiro, em atenção ao art. 72, inciso VIII, da Lei 14.133/21, faz-se necessária também a assinatura do Ordenador de Despesas no Termo de Homologação.

2.21. 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:

**a) Habilitação Jurídica (artigo 66 da Lei nº 14.133/21) - 104265:** foram juntados o Contrato Social (fls. 03 a 08); documento pessoal do sócio (fl. 09); Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral junto ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (fl. 01);

**b) Qualificação Técnica (artigo 67 da Lei nº 14.133/21):** foi juntado Alvará Sanitário e publicações correlatas (fls. 01 a 17; 104251), Atestado de Capacidade Técnica (fls. 03 a 04; 104281);

**c) Regularidade Fiscal, Social e Trabalhista (artigo 68 da Lei nº 14.133/21):** foi juntada declaração junto ao SICAF(fl. 01; 104287), que informou a regularidade junto à Receita Estadual (validade até 18/08/2024) e Municipal (validade até 11/08/2024); Regularidade junto ao FGTS (validade até 14/08/2024); Regularidade Trabalhista e também quanto à Receita Federal e PGFN. **Logo, devem**

**ser apresentados os documentos com validade vencida, bem como:** Certidão negativa de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade; Declaração do CADIN estadual; Certidão negativa Correccional da Controladoria-Geral da União.

**d) Qualificação Econômico-Financeira (artigo 69 da Lei nº 14.133/21):** foi juntado Balancete e Demonstrativo do Resultado do Exercício em 2023 (fls. 02 – 06; 104287) e **ausente a Certidão negativa de falência informando se existem ou não de pedidos de falência, concordata, recuperação judicial e extrajudicial.**

**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 (fls. 01 a 04; 104281).

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, devem ser juntados: Indicação Orçamentária, Declaração de Adequação Orçamentária e Financeira, Programação de Desembolso Financeiro - PDF, com status liberado, e a Nota de Empenho, em momento oportuno.

4.2. Ademais, a Gerência de Planejamento deve juntar o Anexo II, indicando o código e descrição do programa e ação, onde deve ser apropriada/enquadrada a despesa pretendida, para cumprir 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 às recomendações elencadas neste opinativo, especialmente ao seguinte:

- a) Renovação e juntada aos autos das certidões de habilitação desatualizadas, faltantes e, eventualmente, as que vencerem no decurso do processo (item 3.1);
- b) Aposição de assinatura no Termo de Homologação (item 2.20);
- c) 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 2.21);
- d) Juntada da documentação orçamentária e financeira faltante (item 4.1).

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, não será necessário o retorno dos autos para simples 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), ocasião em que será necessária análise conclusiva do feito.

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

PROCURADORIA SETORIAL DA SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE, aos 26 dias do mês de novembro de 2024.

**Carolina Correia Campelo**

Procurador(a) do Estado

Gerente de Processos Administrativos

