

PARECER REFERENCIAL PGE/MS/PAA/Nº 003/2021

Processo nº 15/006.267/2020

Consulente: Secretaria Estadual de Saúde do Estado de Mato Grosso do Sul.

Assunto: Elaboração de parecer referencial e lista de verificação (*Check List*) – dispensa de licitação para aquisição de medicamentos e insumos – demandas judiciais.

Precedente: PARECER PGE/MS/PAA/Nº 115/2020 (aprovado pela DECISÃO PGE/MS/GAB/N. 319/2020)

**Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul,
Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto do Consultivo,**

I – DA QUESTÃO:

Trata-se de solicitação formulada pela Coordenadoria Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado na Secretaria de Estado de Saúde, mediante CI nº 188, de 09/11/2020 (fl. 03), encaminhada a esta Especializada por intermédio de despacho exarado à fl. 04 pela Procuradora-Chefe da PAG, com vistas à elaboração de pareceres referenciais para a “orientação jurídica uniforme para as aquisições de medicamentos e insumos por dispensa de licitação para atendimento de demandas judiciais”.

Segue o parecer.

II – PARECER REFERENCIAL:

II.1. Requisitos para elaboração:

O artigo 12 do Anexo VII, da RESOLUÇÃO/PGE/MS nº 194/2010 (Regimento Interno da PGE - RIPGE), permite a adoção de parecer referencial na seguinte situação, *verbis*:

Artigo 12. O Parecer Referencial será emitido pelo Procurador do Estado quando houver volume de processos e expedientes administrativos **com os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos**, para os quais seja possível estabelecer orientação jurídica uniforme, cuja observância dependa de simples conferência de dados ou documentos constantes dos autos. (grifo nosso).

O Parecer Referencial consagra o Princípio da Eficiência previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e é utilizado como ferramenta de racionalização do trabalho consultivo, considerada a existência de repetidos casos com os mesmos

pressupostos fáticos e jurídicos no âmbito da Administração Pública, para os quais é possível estabelecer orientação jurídica uniforme, que permite aos técnicos aferir a regularidade do procedimento, apenas conferindo o cumprimento de requisitos e a documentação necessária.

In casu, considerando o que foi relatado pelo Procurador Coordenador da CJUR/SES, em que pontua o “grande volume de processos para aquisição de medicamentos e insumos por dispensa de licitação para o atendimento de demandas judiciais no âmbito da SES/MS”, bem assim que é fato público, e notória a extensa e crescente judicialização da saúde no âmbito estadual, o parecer referencial mostra-se aplicável à espécie, nos termos regimentais.

II.2. Pressupostos de aplicabilidade:

O presente Parecer Referencial visa a orientação uniforme quanto aos procedimentos prévios a serem adotados no âmbito da Administração Pública relativamente à aquisição de medicamentos e insumos por dispensa de licitação para o atendimento de demandas judiciais, no caso de emergência.

A aplicabilidade do Parecer fica condicionada ao preenchimento dos seguintes pressupostos:

- i. Aplicação restrita às aquisições de medicamentos e insumos por dispensa de licitação no caso de emergência, a fim de atender à determinação judicial;
- ii. Observância de todos os requisitos estabelecidos na legislação pertinente, incluídos os especificados neste Parecer;
- iii. A lista de verificação (*check list*) apresentada por meio deste parecer deve ser rigorosamente seguida, limitando-se o órgão público assessorado ao preenchimento das informações referentes à aquisição específica;
- iv. A aplicabilidade do parecer é mantida enquanto ainda estiver em vigor a Lei nº 8.666/93 e a legislação estadual utilizada como sustentáculo da conclusão do presente não for alterada de modo a retirar o fundamento de validade de quaisquer das recomendações aqui apontadas, caso em que o parecer perde a eficácia, necessitando de atualização; **esclareça-se, nesse ponto, que a análise empreendida no presente Parecer tomou por fundamento a Lei Federal nº 8.666/93, de modo que não serão**

abordadas questões pertinentes à Lei Federal nº 13.979/2020¹ e à Lei Federal nº 14.133/2021²; e

v. O caso concreto não deve apresentar outras questões que necessitem de análise jurídica específica e de maior relevância.

Outrossim, registra-se que os processos que versem sobre assuntos idênticos ao aqui tratado, referente à dispensa de licitação por emergência para dar atendimento à determinação judicial, estão dispensados de análise jurídica individualizada, **desde que a área técnica competente ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos do presente Parecer, conforme modelo de “ATESTADO DE CONFORMIDADE DE PROCESSO COM PARECER REFERENCIAL”** (Anexo II).

III. ANÁLISE JURÍDICA:

III.1. Da inafastabilidade do cumprimento da ordem judicial:

Antes de mais nada, é oportuno firmar a premissa de que “ordem judicial deve ser cumprida”. Até porque há sanções para o descumprimento, a exemplo da fixação de elevadas multas, bloqueio de verbas públicas e menção à incorrência em crime de desobediência pelo administrador.

Por isso, a ordem judicial que determina o fornecimento gratuito de medicamento ou insumo, enquanto válida e eficaz, deve ser acatada pela Administração Pública.

Discussões sobre a competência do ente federado a quem cabe fornecer, se o paciente/autor da ação precisa realmente daquela medicação determinada pelo juiz ou pode receber o disponível na rede pública, se o medicamento possui registro na ANVISA ou não, dentre outras, devem ser travadas nos autos do processo judicial.

Não cabe neste Parecer discutir a melhor tese de enfrentamento dessas questões, pois compete à CJUR-SES fazer as alegações, impugnações e recursos em defesa do Estado de Mato Grosso do Sul no intuito de suspender, anular ou reformar decisões judiciais desfavoráveis aos interesses do Estado.

¹ Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

² Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Enquanto isso não ocorre, cabe ao gestor dar cumprimento à decisão, e o objetivo do presente Parecer é orientá-lo a atender ao comando judicial, dentro do prazo estabelecido, seguindo as normas jurídicas relativas às aquisições e contratações públicas.

III.2. Noções Gerais sobre aquisições e contratações públicas:

As aquisições e contratações públicas seguem, em regra, o princípio do dever de licitar, previsto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição, visando isonomia e a busca do melhor benefício para a Administração Pública.

Contudo, o próprio comando constitucional já enuncia que a lei poderá estabelecer exceções à regra geral, com a expressão “ressalvados os casos especificados na legislação”:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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. (grifo nosso).

Nesse sentido, a Lei Federal n. 8.666/93, conhecida como Lei Geral de Licitações, disciplina as situações, dentro do regime geral, em que a Administração Pública pode contratar sem licitação, quais sejam: **os casos de licitação dispensada** (art. 17)³, de **dispensa de licitação** (art. 24)⁴ e de **inexigibilidade de licitação** (art. 25)⁵.

Em relação à dispensa de licitação, que interessa à presente análise, esclarece-se que essa é possível em casos em que a competição é viável, mas a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público⁶. Um exemplo é o caso de emergência, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo

³ Por exemplo, a doação de bens públicos para Entes Públicos.

⁴ Situações pontuais que exigem um atendimento rápido e eficaz, fundamentados na emergência, que não justificam a movimentação do procedimento licitatório.

⁵ Inviabilidade da competição do procedimento licitatório.

⁶ MARTINS, Túlio César Pereira Machado. Legalidade da aquisição de medicamentos e insumos para tratamentos médicos mediante contratação emergencial. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. Jul. Ago. Set. 2013, p. 138. Disponível em: <http://contagem.mg.gov.br/arquivos/arquivos/atos_normativos/revista_tce_medicamentos.pdf>.

Acesso em 23/03/2021

ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares (artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993).

Trata-se de exceção à realização de procedimento licitatório relevante no cenário atual de judicialização de políticas públicas, em específico o da saúde, dado o grande desafio imposto aos gestores, que são obrigados a rever as prioridades constantes no orçamento e agir sob regime de urgência para que as decisões judiciais sejam cumpridas dentro dos exíguos prazos determinados.

Com efeito, diante desse desafio da massiva judicialização da saúde, é necessária a aquisição dos insumos e medicamentos rapidamente e muitas vezes a demora do processo de licitação não é capaz de proporcionar a compra no tempo devido. Nesse contexto, poderá se materializar o processo de dispensa de licitação, caso se configure a hipótese de emergência (artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993), desde que atendidos os requisitos que serão abaixo abordados.

III.3. Contratação direta com dispensa de licitação em situação emergencial – Art. 24, inciso IV, da Lei Federal 8666/93:

III.3.1. Requisitos e/ou elementos condicionadores

Com a previsão da hipótese de dispensa licitatória estabelecida no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993⁷, nas situações de emergência, a Lei buscou resguardar a efetividade da pretensão contratual, o próprio interesse público. Este, por conta da necessidade de atendimento urgente, seria prejudicado pela natural demora do procedimento licitatório e seus trâmites burocráticos.

Nesse sentido leciona Ronny Charles⁸:

Tais situações ficam caracterizadas **quando há 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

⁷ 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;

⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas comentadas. 6. Ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2014, p. 243.

emergência ou calamidade, sendo vedada a prorrogação dos respectivos contratos. (grifos nossos).

A partir do comando expresso do inciso IV, do art. 24, da Lei Federal 8.666/93, para que se justifique a dispensa de licitação por situação emergencial, foram estabelecidos os seguintes requisitos/elementos condicionadores: a) urgência no atendimento da situação emergencial ou calamitosa ante a possibilidade de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, serviços ou bens públicos ou particulares; b) limitar o objeto da contratação aos bens necessários para afastar o risco de prejuízo ou de comprometimento da segurança das pessoas e bens; c) prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, ininterruptos e consecutivos, contados da emergência ou da calamidade; d) vedação à prorrogação contratual.

a) Ocorrência de situação emergencial ou calamitosa que demande urgência no atendimento:

Veja-se que, nas contratações diretas, a emergência resulta da necessidade de atendimento imediato de interesse público, já que a demora na concretização da pretensão contratual pode frustrar a solução administrativa.⁹

Explica DOTTI¹⁰:

No caso específico das contratações diretas, emergência significa **necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demorar em realizar a prestação produziria risco de sacrifícios de valores tutelados pelo ordenamento jurídico.** Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, **submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores.** A simples descontinuidade na prestação de serviços não justifica, em tese, a realização do contrato emergencial. Compõem a situação de emergência certa dose de imprevisibilidade da situação e a existência de risco potencial a pessoas ou coisas, que requerem urgência do atendimento. (grifos nossos).

Da definição de NIEBUHR¹¹ extrai-se o conceito de “emergência”:

Para os fins de dispensa, o vocábulo emergência quer significar necessidade de contratação que não pode aguardar os trâmites ordinários de licitação pública, sob pena de perecimento do interesse público, consubstanciado pelo não atendimento ou prejuízo ao atendimento de alguma demanda social, pela solução de continuidade ou

⁹ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas comentadas. 6. Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2014, p 244.

¹⁰ DOTTI, Marinês Restelatto. Contratação emergencial e desídia administrativa. Brasília: Revista da AGU. Ano IV. n 6, abril.2005, p. 112.

¹¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e Inexigibilidade de licitação pública. 4. Ed. rev. e ampl. Belo Horizonte : Fórum, 2015, p. 261.

prejuízos à execução de atividade administrativa. Com o escopo de evitar tais gravames, autoriza-se a contratação direta, com dispensa de licitação pública.

Não basta que ocorra a situação de emergência. É imprescindível que a situação cause urgência no atendimento por parte da Administração Pública que, se não agir, poderá causar dano ou prejuízo a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens. É o que JACOBY denomina de “risco”¹².

De acordo com entendimento do TCU:

Nas contratações diretas fundadas em emergência (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993), cabe ao gestor demonstrar a impossibilidade de esperar o tempo necessário à realização de procedimento licitatório, em face de risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas e de bens públicos ou particulares, além de justificar a escolha do fornecedor e o preço pactuado. (Acórdão 1130/2019-Primeira Câmara | Relator: BRUNO DANTAS – grifos nossos)

O gestor deve ter em mente que a urgência deve ser concreta e efetiva, e não simplesmente teórica. Citando JUSTEN FILHO¹³, por exemplo, não vale simplesmente argumentar que a demora na aquisição de medicamentos traria prejuízos à saúde pública. Se assim fosse, toda e qualquer compra de medicamentos se daria por dispensa de licitação – o que não é o caso. Para legitimar a contratação direta com base no inc. IV, é necessário que o Administrador demonstre que não se pode aguardar o tempo necessário à licitação para adquirir aquela quantidade determinada de remédios ou insumos específicos para tratar aqueles pacientes.

Para JACOBY, ainda, “é mister que o administrador, ao dispensar a licitação, tenha presente um risco que, com a dispensa da licitação poderá ser evitado”¹⁴.

Portanto, pode-se concluir que a aquisição de medicamentos ou insumos hospitalares para atendimento **inicial** de ordens judiciais, desde que não haja tempo hábil para realização do procedimento licitatório e respeitados os demais requisitos adiante expostos, pode ser realizada em caráter emergencial por dispensa de licitação, devendo ser adotadas imediatamente as providências necessárias para instauração do

¹² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 10. Ed. rev. atua. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 270-271.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993. – 18. Ed. Rev., Atual. e Ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 487.

¹⁴ Op. Cit., p. 271.

procedimento licitatório quando a ordem judicial exigir atendimento prolongado (que ultrapasse o prazo de 180 dias previsto na Lei)¹⁵.

Em outra perspectiva, a aquisição de medicamentos para dar **continuidade** ao atendimento de ordens judiciais, via de regra, deve ser realizada por procedimento licitatório, salvo hipóteses excepcionais devidamente justificadas pelo gestor.

Em suma, o gestor deverá justificar, para o caso concreto, por que não dispõe de tempo para aguardar a realização da licitação; se existe ata de registro de preços ou contrato em vigor; informar o que possui no estoque; quais as quantidades necessárias com base na demanda; em que medida o contrato emergencial é imprescindível para não comprometer a segurança das pessoas, serviços, equipamentos, e outros bens; por que a contratação direta emergencial é necessária para sanar ou diminuir os prejuízos irreparáveis ao interesse público consubstanciados pelo não atendimento ou prejuízo ao atendimento de alguma demanda social.

Desta forma, diante das condicionantes acima citadas, e considerando seu conteúdo altamente casuístico, fica realçada a importância da motivação dos atos do gestor na correta aplicação da dispensa de licitação por emergência. Logo, além da descrição detalhada de todas as circunstâncias fáticas que ensejam o tratamento da contratação como emergência, é necessário apresentar documentos que caracterizem a situação.¹⁶

b) Limitação do objeto da contratação aos bens necessários para afastar o risco de prejuízo ou de comprometimento da segurança das pessoas e bens:

A doutrina de JUSTEN FILHO¹⁷ aponta que a dispensa de licitação para contratação emergencial deve ser a contratação **adequada** e **necessária** para satisfazer a necessidade apontada pelo gestor.

¹⁵ Nesse sentido, JUSTEN FILHO: “Em princípio, somente será válida a contratação direta nos estritos limites necessários à satisfação da ordem judicial. Ainda que se reconheça a necessidade de atendimento a outras situações semelhantes, **cabará adotar as providências para promover licitação. Essa orientação se aplica inclusive em vista de necessidades semelhantes renováveis com o passar do tempo.** Um exemplo facilita a compreensão. Suponha-se ordem judicial determinando à Administração o fornecimento de um medicamento específico de uso prolongado para um determinado cidadão. **Se o prazo estabelecido para o primeiro fornecimento for incompatível com a licitação, a Administração deverá fazer a compra direta. Mas essa contratação deverá tomar em vista apenas as quantidades necessárias ao atendimento à ordem judicial durante o período necessário à realização da licitação**” (grifos nossos) Op. Cit., pp. 496-497.

¹⁶ Manual de compras diretas do Tribunal de Contas da União. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. 2010, pp. 575-634.

¹⁷ Op. Cit., p. 498.

Em razão disso, sugere-se que o gestor verifique, antes de deflagrar o processo de contratação direta se, por exemplo, há ata vigente com os bens que se pretende adquirir, se é possível aderir à ata de outro Ente Federado. Ou que justifique a inconveniência e inoportunidade de assim fazer. Também é salutar que se tome as medidas preventivas lançando mão da prorrogação dos contratos ainda em vigor, dentre outras medidas administrativas que evitariam a utilização da via da contratação direta.

Ainda sobre necessidade e adequação, a contratação por dispensa baseada na emergência não deve extrapolar os limites do objeto do contrato, ou seja, deve se limitar a adquirir o indispensável ao afastamento do risco. Isto deve ficar demonstrado no processo.

Segundo julgados do TCU:

A contratação emergencial só deve atender a situação emergencial até a realização de nova licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993). (Acórdão 2988/2014-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER)

A contratação direta emergencial, fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de licitação formal. (Acórdão 6439/2015-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN).

Enfim, como pondera JUSTEN FILHO: “Em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade. A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação de risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em se promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco”¹⁸.

c) No caso de parcelas de obras e serviços, o objeto deve ser concluído no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados a partir da data de ocorrência do fato tido como emergencial ou calamitoso:

Via de regra, como ensina JACOBY FERNANDES¹⁹ “a compra em caso de emergência ou calamidade, é para pronta entrega ou com exíguo espaço de tempo, mas os serviços podem se prostrar no tempo até o prazo máximo de 180 dias, consecutivos e ininterruptos”.

¹⁸ Op cit., p. 489.

¹⁹ Op cit., p. 272.

d) Vedação à prorrogação dos contratos:

Na hipótese de restar escoado o prazo sem o término do processo licitatório em curso, não se admite prorrogação do contrato emergencial, devendo ser efetivada nova contratação direta, se persistir a emergência.

Neste sentido, o TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL em consulta que lhe foi formulada referente à possibilidade de prorrogação de contratação emergencial de serviço contínuo de limpeza (coleta de lixo), respondeu que “tratando-se de contratação emergencial, nos termos do inciso IV do art. 24 da Lei n. 8.666/93, o prazo máximo é de 180 (cento e oitenta dias), não existindo possibilidade de prorrogação. Entretanto caso persista a emergência que deu origem à contratação emergencial, o que deverá ser demonstrado, a solução será a celebração de um novo contrato emergencial por um novo prazo, limitado a cento e oitenta dias, e desde que cumpridos todos os pressupostos e formalidades exigidas.” (Deliberação PAC00-11/2017 – TC/7371/2015).

III.3.2. Exigências do art. 26, da Lei 8.666/93:

Cumprir ressaltar que a flexibilização no dever de licitar não implica ausência de processo formal. Ou seja, na contratação direta, é necessário observar a Lei Geral de Licitações (8.666/93) no que tange aos procedimentos mínimos e à formalização do processo de dispensa.

Por isso, além dos requisitos/elementos condicionadores acima detalhados, na contratação com fundamento na dispensa do artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993, também deverão ser observadas as exigências do art. 26 do mesmo diploma normativo²⁰, as quais são complementadas pelo Decreto Estadual nº 15.616/2021, que estabelece, em âmbito estadual, as normas e procedimentos para contratação direta, nas

²⁰ Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes 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 desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a 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, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública 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.

hipóteses de dispensa e inexigibilidade, e para a realização de Cotação Eletrônica de Preços no âmbito do Poder Executivo Estadual, e dá outras providências.

Diz o artigo 26, *caput*, da Lei Federal 8.666/1993 que, além da necessidade de justificação da dispensa (vista em tópico anterior deste Parecer), “deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos”. Sobre o tema, de forma complementar, o Decreto Estadual nº 15.616/2021 repete a obrigação de comunicação e aduz que a autoridade máxima do órgão ou entidade adquirente **autorizará** e **ratificará** a contratação direta (acaso não entenda pela revogação ou anulação do procedimento de dispensa²¹), o que deverá ser seguido de publicação na Imprensa Oficial.

Prosseguindo, tem-se que o parágrafo único do artigo 26 da Lei Geral de Licitações exige que o processo de dispensa seja instruído com: I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública 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.

Referidas determinações também se encontram no artigo 3º do Decreto Estadual nº 15.616/2021, o qual prevê como documento necessário à instrução do processo administrativo de contratação direta o ato que ateste a caracterização de situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso (artigo 3º, inciso V). Ademais, o Decreto estatui que o processo deverá conter as seguintes informações: razão de escolha do contratado e justificativa de preço (artigo 3º, § 3º).

Por conseguinte, mesmo no caso de dispensa de licitação por situação emergencial, é dever da instituição contratante formalizar o respectivo processo, caracterizando a

²¹ Art. 4º Ressalvada a hipótese de dispensa de licitação em razão do valor, a dispensa e a inexigibilidade de licitação **deverão ser comunicadas, no prazo delineado na lei nacional de licitações e contratos, à autoridade superior, para ratificação, ficando a eficácia daquele ato condicionada à publicação na imprensa oficial**, a ser providenciada pelo órgão ou pela entidade contratante.

Parágrafo único. Todos os atos a que se refere o caput deste artigo deverão ser publicados no Diário Oficial do Estado.

Art. 5º A autoridade máxima do órgão ou da entidade adquirente poderá:

I - revogar o procedimento da dispensa ou inexigibilidade por motivo de conveniência e oportunidade;

II - proceder à anulação do procedimento da dispensa ou inexigibilidade, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;

III - autorizar e ratificar a contratação direta, observado o disposto no artigo 4º deste Decreto.

situação, a razão da escolha do prestador de serviço e a justificativa do preço, e publicar o ato de dispensa na imprensa oficial (TCU, Acórdão 3083/2007-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER).

No caso específico em análise, a caracterização da situação emergencial já foi abordada acima, ao passo que a documentação de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (exigida pelo artigo 26, inciso IV, da Lei Federal 8.666) não se aplica ao objeto da consulta.

Sobre a escolha do fornecedor, JUSTEN FILHO²² defende que esta deverá ser a mais objetiva possível, a fim de não ferir o princípio da isonomia. Deverá ficar evidenciado que, naquelas circunstâncias, a contratação foi a melhor possível. Assim, é necessário que existam dados concretos acerca das condições de mercado, da capacitação do particular escolhido etc. Será escolhido o particular cuja atuação traduzir, objetivamente, a melhor alternativa de atendimento à necessidade existente. Significa afirmar que a Administração deverá buscar a maior qualidade e o menor desembolso possíveis, segundo a natureza do interesse a ser satisfeito.

Portanto, cabe ao **gestor justificar a escolha do fornecedor e o preço, a fim de aferir a razoabilidade deste e demonstrar que não há abuso na contratação direta.** Sobre a justificativa do preço, abordaremos em tópico específico.

a) Da justificativa do preço:

No tocante à justificativa de preço, é válido registrar que cabe ao gestor contratante demonstrar a compatibilidade do preço contratado com os hodiernamente praticados no mercado.

A prudência com a realização de despesas por parte do Poder Público relaciona-se intrinsecamente com o dever de que as contratações públicas, derivadas de procedimento licitatório, de sua dispensa ou inexigibilidade, sejam precedidas de pesquisa de preços, em obséquio ao princípio republicano (art. 1.º, *caput*, da CF) e aos corolários da eficiência e economicidade. Nesse sentido, colhe-se o julgado do TCU AC-2324-26/08-1, Sessão: 30/07/08, Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER, Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria²³.

²² Op. Cit., p. 651.

²³ Eis a conclusão do julgado: “Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos na 1ª Câmara, em Sessão Extraordinária de 30/7/2008, ACORDAM, por unanimidade com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei n. 8.443/1992, c/c os arts. 143, inciso I, alínea a, 208 e 214, inciso II,

Como sabido, tanto a jurisprudência do TCU²⁴ quanto do TCE/MS²⁵ são firmes em indicar que a realização de pesquisa de preços de mercado é uma exigência legal para todos os processos de contratação, inclusive para os casos de dispensa.

Nesse particular, alerta-se que os contratos decorrentes de afastamento de licitação costumam ser vistos com maior rigor pelos órgãos de controle, motivo pelo qual é recomendável que a Administração reúna todos os elementos ao seu alcance para a demonstração da razoabilidade dos preços, visando afastar eventuais questionamentos que apontem para superfaturamento e comprometam a eficácia do ajuste.

Nesse sentido, colhe-se o entendimento do TCU: “A realização de uma avaliação técnica e econômica adequada ganha importância na contratação direta, que não está sujeita às correções e ajustes de valores possíveis de se alcançar, ao menos em tese, numa concorrência perfeita”²⁶.

É importante que se atente para que a pesquisa de preços que dará suporte à justificativa de preço se dê nos moldes do termo de referência, considerando exatamente as especificações do objeto, a fim de preservar a fidelidade dos preços pesquisados em relação à aquisição almejada.

Outrossim, a Administração Pública Estadual promotora da contratação deve atender ao que dispõe o Decreto Estadual n.º 15.617, de 24 de fevereiro de 2021, que regula a pesquisa de preços para aquisição de bens e para a contratação de serviços em geral pelo Estado de Mato Grosso do Sul, bem como ao que preceitua o Decreto Estadual n.º 15.616, de 24 de fevereiro de 2021, que estabelece normas e procedimentos para contratação direta, nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, e para a realização de Cotação Eletrônica de Preços no âmbito do Poder Executivo Estadual.

do Regimento Interno/TCU, aprovado pela Resolução n. 155/2002, em julgar as contas a seguir indicadas regulares com ressalva e dar quitação aos responsáveis, promovendo-se, em seguida, o arquivamento do processo, sem prejuízo de fazer as seguintes determinações, de acordo com os pareceres emitidos nos autos: (...)

1.1. ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo que:

1.1.1. realize ampla pesquisa de preços de mercado, previamente às contratações efetuadas por meio de processo licitatório, dispensa ou inexigibilidade de licitação, de tal forma que essa pesquisa seja utilizada na estimativa do custo do objeto a ser contratado, na definição dos recursos necessários para a cobertura das despesas contratuais e na análise de adequabilidade das propostas ofertadas”.

²⁴ “Em procedimento de dispensa de licitação, devem constar, no respectivo processo administrativo, elementos suficientes para comprovar a compatibilidade dos preços a contratar com os vigentes no mercado ou com os fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os que constam em sistemas de registro de preços”. (TCU. Acórdão 1607/2014-Plenário).

²⁵ É necessário que o órgão licitante possua uma estimativa prévia e com fontes diversificadas que permita verificar se os preços propostos são exequíveis e compatíveis com o mercado” (TC/3547/2016).

²⁶ Acórdão n.º 10.057/2011 – 1ª Câmara do TCU.

Em complemento, na linha do que já vem recomendando esta Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, há orientação firme no sentido de que “a pesquisa de preços deve ter tantos orçamentos quanto forem possíveis de serem obtidos nas diversas fontes”, incluindo a cotação com fornecedores, sistemas de banco de dados, catálogos de segmentos especializados, atas de registro de preços, consulta a sistemas de compras, contratações semelhantes de outros entes públicos e orçamentos obtidos junto a fornecedores.

Ressalte-se que a decisão judicial não exige o administrador de formalizar seus motivos, expondo em detalhes o caso, de modo que se recomenda sempre justificar e documentar nos autos cada opção, demonstrando as circunstâncias práticas, obstáculos e dificuldades reais que possam limitar sua ação, **sobretudo em se tratando de contratação emergencial**, em consonância com o regramento estabelecido no art. 22, *caput* e §1º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro²⁷.

Por último, observa-se que está em elaboração no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado um manual sobre pesquisa de preços, o qual abrangerá também as hipóteses de contratação direta e detalhará essa etapa procedimental, a fim de melhor orientar os gestores públicos.

III.3.3. Demais exigências legais:

- (1) seja emitido o empenho antes da execução da despesa (art. 16 da LRF);
- (2) para fins de regularidade do processo, torna-se necessária a expedição de ato decisório por parte da autoridade competente autorizando a contratação (art. 38, *caput*, da Lei Federal n. 8.666/1993);
- (3) seja observado o art. 27, da Lei 8.666/93, que trata da documentação para a habilitação da empresa;
- (4) como condição prévia à contratação do fornecedor, deve-se verificar o eventual descumprimento das condições de participação, especialmente quanto à existência de sanção que impeça a participação no certame ou a futura contratação, mediante a consulta

²⁷ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

aos seguintes cadastros: CCF, Consulta consolidada de pessoa jurídica do Tribunal de Contas da União (<https://certidoes-apf.apps.tcu.gov.br/>), Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP (Lei nº 12.846/2013)²⁸;

(5) seja observado o Decreto Estadual nº 15.616/2021, em especial, art. 3º²⁹, que estabelece quais os documentos obrigatórios para instrução dos autos (especificados em Tópico posterior deste Parecer).

III.3.4. Da necessidade (ou não) de instrumentalização da compra por “termo de contrato”

Outro aspecto digno de nota acerca da aquisição de medicamentos e insumos para o atendimento de determinações judiciais, em situação de emergência, por dispensa de licitação, concerne à obrigatoriedade ou não de instrumentalização da compra mediante um “termo de contrato”. Até porque, além do consignado na Lei 8.666/1993, conforme será visto adiante, o Decreto Estadual nº 15.616/2021 determina que os processos de dispensa e inexigibilidade sejam instruídos com minuta do contrato, “quando for o caso” (artigo 3º, inciso VIII).

Como já abordado em parecer anterior³⁰, o contrato administrativo deve ser formalizado por escrito, como regra geral, “qualificando como nulo e ineficaz o contrato

²⁸ Esclareça-se que a consulta consolidada de pessoa jurídica do TCU abrange o cadastro do CNJ (improbidade), do CEIS (inidôneas e suspensas) e do próprio TCU (inidôneos). A consulta a estes cadastros, para verificar a possibilidade de participação no certame, é recomendação do TCU (Ac. 1.793/11 – P). No mesmo sentido dispõe o artigo 12 do Decreto Estadual nº 15.616/2021.

²⁹ Art. 3º O órgão ou a entidade interessada na aquisição de bens ou na contratação de prestação de serviço, com fundamento na dispensa ou na inexigibilidade de licitação, deverá instruir o processo administrativo, pelo menos, com os seguintes documentos: I - documento para formalização de demanda, nos termos do artigo 4º do Decreto Estadual nº 15.524, de 30 de setembro de 2020; II - estudo técnico preliminar, nos termos do artigo 5º do Decreto Estadual nº 15.524, de 2020; III - termo de referência, nos termos do artigo 10 do Decreto Estadual nº 15.524, de 2020; IV - atestado ou declaração de exclusividade, quando for o caso; V - ato que ateste a caracterização de situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; VI - proposta válida de fornecedor; VII - planilha de custos, nas contratações de serviços; VIII - minuta do contrato, quando for o caso; IX - prévia dotação orçamentária no valor estimado da despesa; X - parecer jurídico e pareceres técnicos, quando for o caso, demonstrando o atendimento aos requisitos exigidos; XI - documentação de habilitação da empresa que apresentou a proposta cujo valor serviu de referência no processo.
(...)

§ 3º No caso de não adoção da Cotação Eletrônica de Preços, o processo deverá conter, além dos elementos previstos no caput deste artigo, as seguintes informações:

I - razão da escolha do contratado;

II - justificativa de preço.

§ 4º No caso de adoção da Cotação Eletrônica de Preços, esta deverá ser juntada aos autos.

³⁰ PARECER PGE/MS/PAA/Nº 115/2020, aprovado pela DECISÃO PGE/MS/GAB/N. 319/2020.

verbal celebrado com o Poder Público, ressalvadas as pequenas compras de pronto pagamento”³¹⁻³².

Ademais, em relação aos contratos escritos, Marçal Justen Filho³³, comentando o art. 62 da Lei 8.666/93, esclarece que “deve ter-se em vista que a existência de um contrato administrativo não depende da forma adotada para sua formalização. Existe contrato administrativo mesmo quando documentado por via da assinatura de uma nota de empenho”. Ou seja, há hipóteses em que o contrato administrativo escrito não precisará ser formalizado por meio de um “termo de contrato”, podendo a Administração Pública se utilizar de outros instrumentos hábeis, a exemplo da nota de empenho de despesa, da autorização de compra, de carta contrato etc. Eis, novamente, as lições do doutrinador³⁴:

A distinção entre “termo” ou “instrumento” de contrato e outros instrumentos escritos que formalizam a avença é meramente formal. O “termo” de contrato destina-se especificamente a documentar a avença, contendo todas as cláusulas contratuais de modo minucioso e detalhado. Já as outras figuras indicadas no texto da lei são instrumentos escritos cuja finalidade específica não é formalizar a avença. Possuem outras finalidades administrativas, tais como promover o empenho de verbas, autorizar determinada atividade etc. A distinção não apresenta maior relevância. Em qualquer caso, existe contrato administrativo e o documento escrito é um “instrumento contratual”.

Em resumo, para responder eventual dúvida sobre quais as hipóteses em que se autoriza dispensar o “termo de contrato” para substituí-lo por outros instrumentos hábeis escritos, tais como carta de contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, tem-se o seguinte (extraído do parecer mencionado):

- 1) O contrato administrativo deve ser formalizado por escrito, como regra.
- 2) Em caráter excepcional, o parágrafo único do art. 60 admite para pequenas compras o contrato verbal “de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite

³¹ REsp 1819931/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2019.

³² Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento

³³ In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Ed. 2019, p. 1261

³⁴ Op. Cit., p. 1.261.

estabelecido no art. 23, inciso II, alínea 'a', feitas em regime de adiantamento³⁵, valor que equivale a R\$ 8.800,00, conforme atualizações do Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2018³⁶.

3) A existência de um contrato administrativo escrito não depende da forma adotada para sua formalização, de modo que existe contrato administrativo mesmo quando documentado por via da assinatura de uma nota de empenho.

4) Pela leitura dos comandos do art. 62, *caput* e §4º da Lei Federal nº 8.666/1993³⁷, tem-se duas hipóteses de **dispensa do "termo de contrato"**:

a) quando o valor da obrigação não supera o limite para o uso da modalidade convite (até R\$ 176.000,00 para compras ou serviços que não os de engenharia); e

b) quando o objeto do contrato consiste em compra com entrega imediata, da qual não resultam obrigações futuras (mesmo se o valor da obrigação superar o limite para o uso da modalidade convite).

5) **É obrigatória a formalização por "termo de contrato"**:

a) Nos casos de concorrência e tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, ou seja, quando o valor da obrigação supera o limite para o uso da modalidade convite (acima de R\$ 176.000,00 para compras ou serviços que não os de engenharia);

³⁵ O regime de adiantamento de despesas está previsto no art. 68 da Lei nº 4.320/64.

³⁶ Art. 1º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do *caput* do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos:

II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:

a) na modalidade convite - até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);

b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais); e

c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

³⁷ Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§ 4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

- b) Para fornecimento de bens para pronta entrega, qualquer que seja o valor, com **obrigações futuras** (por ex.: garantia prestada pelo fornecedor direto), inclusive assistência técnica, ou um fornecimento parcelado.
- 6) O TCU já se posicionou no seguinte sentido: “entende-se por ‘entrega imediata’ aquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido formal de fornecimento feito pela Administração, que deve ocorrer por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta esteja válida na ocasião da solicitação” (Acórdão nº 1.234/2018 – Plenário).
- 7) A noção de "obrigações futuras" representa aquelas que, por não se esgotarem instantaneamente, vinculam a Administração ao contratado durante determinado período, e podem estar relacionadas tanto com o objeto principal do contrato (como na hipótese de execução contratual fracionada no tempo), como com outras obrigações decorrentes da execução desse objeto principal (tais como assistência técnica e garantia prestada pelo próprio contratado, que "prolongam" o contrato no tempo)³⁸.
- 8) Não se admite a substituição do termo de contrato por instrumentos mais simplificados quando a execução do objeto se dá de modo parcelado no tempo.
- 9) O termo de contrato pode ser utilizado mesmo quando se admite a formalização por outro instrumento, porque nele as obrigações das partes são mais bem detalhadas, o que confere segurança, favorece a gestão dos contratos administrativos e contribui para a transparência.
- 10) Mesmo em se aplicando os instrumentos indicados no art. 62 da Lei Federal 8.666/1993 (ex.: carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outros instrumentos hábeis), o administrador deve seguir, naquilo que é necessário e compatível, a enumeração do art. 55 (cláusulas necessárias do contrato), conforme prevê o §2º, do art. 62. Nesse sentido, o TCU já exigiu que se constasse nas notas de empenho (quando substituírem o contrato), cláusulas que definissem direitos, obrigações e responsabilidades das partes (TCU – Acórdão 1.162/2005).

³⁸ Contrato – Hipóteses legais que desobrigam a formalização do ajuste por instrumento contratual. *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 281, p. 691-698, jul. 2017, seção Orientação Prática.

11) Quanto à ausência de obrigações futuras descrita no § 4º, do art. 62, “a regra legal não se refere à previsão de garantia pelos vícios ocultos, evicção etc. Essas decorrências são automáticas e dispensam expressa previsão contratual. Logo, a omissão do instrumento contratual não acarretaria a inaplicação das regras legais”³⁹, sobretudo ao se considerar o disposto no art. 69, da Lei 8.666/93⁴⁰.

12) A adoção de instrumento substitutivo para a formalização da relação contratual, a rigor, não exime a Administração do dever de conferir publicidade ao ajuste por meio da publicação de seu extrato na imprensa oficial.

III.3.5. Do Sistema Gestor de Compras (SGC):

Conforme artigo 2º, inciso I, do Decreto Estadual nº 15.616/2021, o Sistema Gestor de Compras (SGC) é o “sistema integrado de compras da Administração Pública Direta e Indireta do Estado de Mato Grosso do Sul que possibilita a tramitação e gerenciamento de documentos, procedimentos licitatórios e procedimentos de contratação direta”.

No que interessa ao objeto do presente Parecer, convém pontuar que aludido sistema contempla a Compra Direta Eletrônica (CDE), que consiste em um “módulo do SGC por meio do qual se apura o menor preço, por meio da tecnologia da informação, para aquisição de bens ou contratação de serviço que não seja qualificado como serviço de engenharia”⁴¹.

A Compra Direta Eletrônica, por sua vez, viabilizada pela Cotação Eletrônica de Preço, a qual permite aos fornecedores o encaminhamento eletrônico de propostas de preços, com possibilidade de apresentação de lances sucessivos, em valor inferior ao último preço registrado, durante o período indicado na Compra Direta Eletrônica⁴². O procedimento de Cotação Eletrônica está detalhado nos artigos 6º a 14 do Decreto Estadual nº 15.616/2021.

Destaca-se, também, que no § 2º do art. 1º do Decreto (Estadual) n.º 15.616/2021 ficou estabelecido que o procedimento da Cotação Eletrônica de Preço, mediante

³⁹ Marçal Justen Filho, in Op. Cit.

⁴⁰ Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

⁴¹ Cf. artigo 2º, inciso II, do Decreto Estadual nº 15.616/2021.

⁴² Cf. artigo 6º, § 1º, do Decreto Estadual nº 15.616/2021.

utilização do Sistema Gestor de Compras (SGC), módulo Compras Diretas Eletrônicas (CDE), é obrigatório apenas para os casos de dispensa de licitação em razão do valor.

Desse modo, para as demais situações de dispensa, como a do artigo 24, inciso IV, da Lei Federal 8.666/1993, o gestor deve avaliar, no caso concreto, a conveniência e oportunidade de se adotar o procedimento de Cotação Eletrônica.

Contudo, ainda que não haja utilização do procedimento de Cotação Eletrônica, **continua sendo obrigatório o cadastramento da contratação direta no SGC**, conforme depreende-se do § 3º de referido artigo⁴³.

IV. BREVE RESUMO PROCEDIMENTAL PARA A DISPENSA DE LICITAÇÃO:

Como se extrai do artigo 3º e seus incisos, do Decreto Estadual n. 15.616/2021, o processo de dispensa de licitação por emergência deverá ser instruído com os seguintes documentos:

- 1) Termo de Referência, nos termos dos artigos 10 e 11 do Decreto Estadual nº 15.524/20, assinado e rubricado pela equipe de planejamento da contratação e aprovado pela autoridade máxima do órgão demandante (ou pelo agente público hierarquicamente subordinado a quem a aprovação tenha sido delegada mediante ato formal publicado na imprensa oficial), com : **a)** a definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo de execução do contrato; **b)** a definição dos métodos para a execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento; **c)** a justificativa da necessidade da aquisição do bem; **d)** a justificativa da quantidade a ser contratada, acompanhada dos documentos que lhe dão suporte; **e)** a justificativa da necessidade de apresentação de amostra ou de protótipo, quando

⁴³ Art. 1º A contratação direta, mediante procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a fim de atender aos órgãos da Administração Direta, às autarquias e às fundações do Poder Executivo Estadual, subordina-se às disposições constantes na lei nacional de licitações e contratos administrativos e às regras deste Decreto.

§ 1º Na hipótese de dispensa de licitação em razão do valor, para fins de aquisição de bens ou contratações de serviços não qualificados como de engenharia, será, obrigatoriamente, adotado o procedimento da Cotação Eletrônica de Preço, mediante utilização do Sistema Gestor de Compras (SGC), módulo Compras Diretas Eletrônicas (CDE).

§ 2º Para as demais hipóteses de dispensa de licitação previstas na lei nacional de licitações e contratos administrativos, fica facultada a adoção do procedimento de Cotação Eletrônica de Preços.

§ 3º A faculdade conferida no § 2º deste artigo não dispensa a obrigatoriedade de cadastramento de todas as contratações diretas no SGC.

cabíveis, com indicação precisa dos procedimentos a serem adotados para análise e verificação de conformidade dos produtos; **f)** o valor estimado do objeto da contratação, acompanhado dos documentos que lhe dão suporte; **g)** o cronograma físico-financeiro, se necessário; **h)** critério de aceitação do objeto; **i)** a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, se necessária, e a justificativa de sua(s) exigência(s); **j)** o modelo de gestão do contrato, com a descrição dos procedimentos de execução do objeto e fiscalização e gerenciamento do contrato; **k)** indicação da dotação orçamentária, quando for o caso; **l)** especificação do bem, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança; **m)** indicação dos locais de entrega do bem e das regras para o recebimento provisório e para o definitivo, quando for o caso; **n)** especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso; **o)** o prazo de validade aceitável na data da entrega, considerando o prazo total recomendado pelo fabricante, no caso de bem perecível.

Obs.: Na definição dos elementos de que tratam as letras “a” e “b” acima, são vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias (artigo 10, § 1º do Decreto Estadual n.º 15.524/2020).

- 2) Ato que ateste a caracterização de situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa.
- 3) Proposta válida de fornecedor.
- 4) Declaração de previsão de recursos orçamentários (arts. 7º, § 2º, III; 14, 38, caput, e 55, V da Lei nº 8.666/1993, e art. 3º, IX, do Decreto Estadual n.º 15.616/21, e art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000).
- 5) As razões de escolha do fornecedor, bem como a justificativa do preço.
- 6) Cotação Eletrônica de Preços, acaso esta seja adotada.
- 7) Minuta do contrato, quando for o caso.
- 8) Pareceres técnicos, quando for o caso, demonstrando o atendimento aos requisitos exigidos; Parecer Referencial PGE/MS/PAA/Nº 03/2021, com o “atestado de conformidade de processo com parecer referencial” devidamente preenchido, o que afasta a necessidade de parecer jurídico individualizado acerca da dispensa de licitação.

Obs.: Havendo minuta de termo de contrato, faz-se necessário parecer jurídico específico acerca de referido instrumento.

9) Documentação de habilitação da empresa que apresentou a proposta cujo valor serviu de referência no processo.

10) Obrigatoriedade de cadastramento de todas as contratações diretas no Sistema Gestor de Compras (SGC).

Obs.: Na hipótese de contratação direta com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993, a apresentação do documento de formalização da demanda e do Estudo Técnico Preliminar é dispensada (art. 3º, § 1º do Decreto Estadual nº 15.616/2021 e art. 5º, § 4º, III, do Decreto nº 15.524/2020).

V. COMENTÁRIOS E INSTRUÇÕES FINAIS:

É importante destacar que para a aquisição de medicamentos ou insumos por via judicial deve-se atentar à composição dos processos, sendo necessária a presença de todos os documentos comprobatórios da urgência e da necessidade do objeto da aquisição, como por exemplo: decisão judicial, laudo médico, receita médica e documentos pessoais do paciente.

A depender do risco iminente, a exemplo de uma interrupção de tratamento com prejuízos para a saúde do paciente ou mesmo de morte, o administrador deverá demonstrar que a contratação direta emergencial é necessária porque mais rápida do que a licitação, sem prejuízo da economicidade, e por isso é adequada, efetiva e eficiente para neutralizar a situação de perigo ou prejuízo e, assim, atender tempestivamente ao comando judicial.

Fica ressaltado que a Administração Pública não pode dar causa as situações que levaram à contratação direta (falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão dos recursos públicos), uma vez que esse fato, embora até possibilite a contratação, em razão da inviabilidade da suspensão na prestação de serviços de interesse público, implica na responsabilização do administrador que o causou, conforme entendimento já consolidado pelo Tribunal de Contas da União⁴⁴.

⁴⁴ “[...] cumpre destacar a evolução jurisprudencial deste Tribunal acerca da matéria, mediante o Acórdão n. 46/2002 – Plenário, no sentido de se atribuir o mesmo tratamento, quanto à possibilidade de contratação direta amparada no artigo 24, IV, da Lei n. 8.666/93, tanto à emergência ‘real’, resultante de fatos novos e imprevisíveis, quanto àquela resultante da inércia ou inépcia administrativa. Não obstante, nesta segunda hipótese, deve-se analisar a conduta do agente público que não adotou tempestivamente as providências

VI. CONCLUSÃO:

Uma vez observadas todas as recomendações deste parecer referencial, consubstanciadas nos itens que compõem a lista de verificação (*check list*) anexa, considera-se desnecessário proceder em análise jurídica individualizada sobre os temas aqui abordados, pertinentes à dispensa de licitação por emergência para aquisição de medicamentos e insumos, a fim de atender a ordens judiciais.

Por fim, se se pretender realizar a contratação sob o crivo da nova Lei de Licitações (nº 14.133/21) ou havendo alteração legislativa nas normas que serviram de substrato à emissão deste Parecer Referencial, deverá haver nova consulta à Procuradoria-Geral do Estado, a fim de que seja examinada a necessidade de alteração da lista de verificação documental aqui elaborada.

É, *sub censura*, o parecer que submeto à elevada apreciação de Vossas Excelências.

Campo Grande, MS, 21 de junho de 2021.

Original Assinado

Gustavo Machado Di Tommaso Bastos
Procurador do Estado

para fins de responsabilização. 5. Assim, de acordo com o novo entendimento desta Corte, a contratação direta também seria possível quando a situação de emergência decorresse da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois, a 'inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração' (BRASIL. TCU. Acórdão n. 46/2002. Relator: min. Walton Alencar Rodrigues, Plenário. Brasília, DF, Acórdão de 27 fev. 2002)." (Acórdão n. 2.368/2009. Relator: min. Weder de Oliveira, Plenário Brasília, DF, Acórdão de 7 fev. 2009).

ANEXO I

CHECKLIST: CONTRATAÇÃO DIRETA COM DISPENSA DE LICITAÇÃO EM SITUAÇÃO EMERGENCIAL | AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DECORRENTES DE DECISÃO JUDICIAL

Processo nº:	
---------------------	--

CONDIÇÕES A SEREM VERIFICADAS

DOS REQUISITOS DE INSTRUÇÃO E FORMALIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	SIM/ NÃO / NÃO SE APLIC A	Folhas ref. do PA
1. Houve abertura de processo administrativo devidamente autuado, protocolado e numerado? (art. 38, <i>caput</i> , Lei 8.666/93)		
2. O processo foi autuado observando as formalidades exigidas pelo Decreto Estadual n. 15.573/2020 – que aprovou o <i>Manual de Normas e Procedimentos de Gestão de Protocolo para a Administração Pública do Executivo de Mato Grosso do Sul?</i>		

DA FORMALIZAÇÃO DA DEMANDA	SIM / NÃO / NÃO SE APLI CA	Folhas ref. do PA
1. Consta a autorização para abertura do processo de compra devidamente assinada pela autoridade máxima do órgão/entidade competente ou por quem investido na qualidade de ordenador de despesa?		

1.1. Caso o documento de abertura do procedimento não esteja assinado pela autoridade indicada na Lei Estadual n. 4.640/2014, consta nos autos a portaria ou resolução delegando os poderes para o servidor signatário dos documentos?		
1.2. Foi observada a hipótese de impedimento de atuação dos servidores que atuaram na fase de planejamento da contratação (elaboração de ETP/TR) para atuarem na condição de gestor ou fiscal do contrato (art. 11, inciso III, do Decreto Estadual n. 15.530/2020)? <i>OBS: Excepcionalmente o ordenamento jurídico permite a indicação do servidor atuante na fase de planejamento de contratação na qualidade de fiscal ou gestor quando, MEDIANTE ATO DEVIDAMENTE MOTIVADO demonstrando a inexistência de servidor que atenda aos requisitos do art. 10 do Decreto Estadual n. 15.530/2020.</i>		
2. Foi cadastrada a contratação direta no Sistema Gestor de Compras – SGC (§3º do art. 1º do Decreto Estadual n. 15.616/2021)?		
3. Foi juntada proposta válida de fornecedor (artigo 3º, VI, Decreto Estadual 15.616/2021)?		
4. Foi juntado o PARECER REFERENCIAL PGE/MS/PAA/Nº 03/2021?		
4.1. O atestado constante no Anexo II do PARECER REFERENCIAL PGE/MS/PAA/Nº 03/2021 foi devidamente assinado e juntado nos autos?		
5. Foi juntado parecer técnico (se for o caso)?		
6. Foi juntado termo de contrato (se for o caso)? <i>OBS: Atentar para o item “III.3.4. Da necessidade (ou não) de instrumentalização da compra por ‘termo de contrato’” do PARECER REFERENCIAL PGE/MS/PAA/Nº 03/2021, que esclarece as hipóteses em que o termo de contrato é obrigatório.</i>		
7. No caso de constar no processo termo de contrato, foi juntado parecer jurídico sobre o instrumento?		
8. Foi juntada a documentação de habilitação da empresa que apresentou a proposta cujo valor serviu de referência no processo (artigo 3º, inciso XI, Decreto Estadual 15.616/2021)?		

DOS FUNDAMENTOS DA DISPENSA PARA CONTRATAÇÃO DIRETA EM SITUAÇÃO EM EMERGENCIAL	SIM /	Folhas ref. do PA
	NÃO /	
	NÃO	
	SE	

	APLI CA	
<p>1. A dispensa emergencial possui a comprovação dos requisitos de urgência devidamente justificada no processo (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93)?</p> <p><i>OBS.: Deve haver justificativa que ateste a caracterização de situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, acompanhada de documentos que caracterizem a situação, como por exemplo: decisão judicial, laudo médico, receita médica, documentos pessoais do paciente.</i></p>		
2. Houve limitação do objeto da contratação ao necessário para o atendimento da situação emergencial?		
3. A dispensa fundamentada em emergência se restringiu ao período máximo de 180 dias improrrogáveis (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93)?		
4. Foram apresentadas as razões de escolha do fornecedor (art. 26, p. Único, II, da Lei 8.666/93)?		
5. Foi apresentada justificativa do preço (art. 26, p. Único, III), nos termos do tópico III.3.2., letra “a”, do PARECER REFERENCIAL PGE/MS/PAA/Nº 03/2021?		
6. Na hipótese de adoção da Cotação Eletrônica de Preços, esta foi juntada aos autos (art. 3º, § 4º, do Decreto Estadual nº 15.616/2021)?		
7. Houve o reconhecimento da dispensa de licitação, com autorização e ratificação da contratação direta, nos termos do art. 26, da Lei nº 8.666/93 e dos artigos 4º e 5º do Decreto Estadual nº 15.616/2021, com a publicação do respectivo extrato, no prazo de 5 (cinco) dias?		

DO TERMO DE REFERÊNCIA	SIM / NÃO / NÃO SE APLI CA	Folhas ref. do PA
1. O Termo de Referência foi devidamente assinado, rubricado em todas as suas folhas e datado pela equipe de planejamento da contratação, bem como aprovado pela autoridade máxima do órgão demandante? (art. 11, §1º, do Decreto Estadual n. 15.524/2020 e artigo 3º, § 2º, do Decreto Estadual 15.616/2021).		
2. Caso o Termo de Referência não tenha sido aprovado pela autoridade máxima, consta nos autos o ato formal, publicado na imprensa oficial, que delegou os poderes para o agente público que o aprovou? (art. 11, § 2º, do Decreto Estadual		

n. 15.524/2020 e artigo 3º, § 2º, do Decreto Estadual 15.616/2021).

3. O Termo de referência contém os elementos obrigatórios previstos no art. 10 do Decreto nº 15.524/20?

a) a definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo de execução do contrato?

b) a definição dos métodos para a execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento?

c) a justificativa da necessidade da aquisição do bem?

d) a justificativa da quantidade a ser contratada, acompanhada dos documentos que lhe dão suporte?

e) a justificativa da necessidade de apresentação de amostra ou de protótipo, quando cabíveis, com indicação precisa dos procedimentos a serem adotados para análise e verificação de conformidade dos produtos?

f) o valor estimado do objeto da contratação, acompanhado dos documentos que lhe dão suporte?

g) o cronograma físico-financeiro, se necessário?

h) critério de aceitação do objeto?

i) a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, se necessária, e a justificativa de sua(s) exigência(s)?

j) o modelo de gestão do contrato, com a descrição dos procedimentos de execução do objeto e fiscalização e gerenciamento do contrato?

k) indicação da dotação orçamentária, quando for o caso?

l) especificação do bem, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

m) indicação dos locais de entrega do bem e das regras para o recebimento provisório e para o definitivo, quando for o caso;

n) especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;

o) o prazo de validade aceitável na data da entrega, considerando o prazo total recomendado pelo fabricante, no caso de bem perecível.

OBS: Na definição dos elementos de que tratam as letras “a” e “b” acima, são vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias.

DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

SIM /

NÃO /

NÃO

SE

APLI

CA

Folhas
ref. do
PA

1. Consta no processo a previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações? (arts. 7º, § 2º, III; 14, 38, caput e 55, V da Lei nº 8.666/1993, e art. 3º, IX, do Decreto Estadual nº 15.616/21, e art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000).

DA DOCUMENTAÇÃO DO FORNECEDOR	SIM / NÃO / NÃO SE APLI CA	Folhas ref. do PA
1. O fornecedor a ser contratado possui a documentação de habilitação (art. 27, da Lei n. 8.666/93) e de regularidade fiscal e trabalhista em acordo com a legislação (incluindo Seguridade Social e FGTS)?		
2. Foram verificadas eventuais proibições de contratar com a Administração por parte do fornecedor? <i>OBS: Possíveis fontes de consulta: CCF; Consulta consolidada de pessoa jurídica do Tribunal de Contas da União (https://certidoes-apf.apps.tcu.gov.br/); Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP (Lei nº 12.846/2013).</i>		

ANEXO II**ATESTADO DE CONFORMIDADE DE PROCESSO COM PARECER REFERENCIAL****Processo nº** _____**Origem:** _____**Interessado(s):** _____**Referência/Objeto:** _____

Atesto que o presente procedimento relativo à dispensa de licitação amolda-se ao PARECER REFERENCIAL PGE/MS/PAA/Nº 03/2021, cujas orientações restaram atendidas no caso concreto.

Fica, assim, dispensado o encaminhamento dos presentes autos para parecer jurídico individualizado, conforme autorizado na Decisão PGE/MS/GAB/nº ____/2021

Identificação e assinatura

DECISÃO/PGE/MS/PAA/Nº 032/2021

PARECER REFERENCIAL PGE/MS/PAA/Nº

Concordo com o PARECER epigrafado, de autoria do Procurador do Estado **GUSTAVOMACHADO DI TOMMASO BASTOS** o que faço com alicerce no art. 2º, inc. V, do AnexoVII, do RIPGE.

Encaminhe-se os autos ao Procurador-Geral Adjunto do Consultivo para apreciação superior.

RENATA
ZUCONELLI:86733745100

RENATA CORONA
Assinado de forma digital
ZUCONELLI:86733745100

Dados: 2021.06.23 09:44:31 -

Renata Corona Zuconelli

Procuradora do Estado
Chefe da Procuradoria de Assuntos

DECISÃO PGE/MS/GAB/N. 121/2021

PARECER REFERENCIAL PGE/MS/PAA/N. 003/2021

Processo: 15/006267/2020

Interessada: Secretaria de Estado de Saúde do Estado de Mato Grosso do Sul

Assunto: Elaboração de parecer referencial e lista de verificação (*Check List*) – dispensa de licitação para aquisição de medicamentos e insumos – demandas judiciais

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE INSUMOS E MEDICAMENTOS DECORRENTES DE DECISÃO JUDICIAL, EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. ARTIGO 24, INCISO IV, DA LEI FEDERAL N.º 8666, DE 1993. DECRETO ESTADUAL 15.616, DE 2021. DECRETO ESTADUAL 15.617, DE 2021. ANÁLISE DOS ATOS QUE DEVEM SER ROTINEIRAMENTE PRATICADOS E VERIFICADOS. PARECER REFERENCIAL. CERTIDÃO DE CORRESPONDÊNCIA. LISTA DE VERIFICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO DECRETO ESTADUAL N.º 15.404, DE 2020 E DO ARTIGO 12 DO ANEXO VII DA RESOLUÇÃO PGE/MS N.º 194, DE 2010.

Vistos etc.

1. Com base no art. 8º, inciso XVI, e no art. 9º, incisos II e III, da Lei Complementar (Estadual) n.º 95, de 26.12.2001, no art. 1º, do Decreto Estadual n.º 15.404, de 2020, e no art. 3º, inciso II, do Anexo I do Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Estado, **aprovamos, por seus próprios fundamentos**, o Parecer Referencial PGE/MS/PAA/N. 003/2021, de fls. 08-30, bem como seus anexos, de fls. 31-36, da lavra do Procurador do Estado Gustavo Machado Di Tommaso Bastos, todos com a concordância da chefia imediata (fls. 38) e por nós vistos.

2. À Assessoria do Gabinete para:

a) dar ciência desta decisão ao Procurador do Estado prolator do parecer e à Procuradora-Chefe da PAA;

b) dar ciência do parecer analisado, seus anexos e da presente decisão ao Coordenador Jurídico da CJUR-SES, à Coordenadora Jurídica da CJUR-CCP, ao Senhor Secretário de Estado de Saúde, à Senhora Secretária de Estado de

Administração e Desburocratização e à Senhora Diretora-Presidente da Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul, encaminhando-lhe cópias;

c) providenciar a disponibilização do parecer, seus anexos e da presente decisão no sítio eletrônico da PGE, conforme determina o artigo 4º do Decreto Estadual n.º 15.404, de 2020; e

d) cumpridas as diligências supra, arquivar os presentes autos.

Campo Grande (MS), 24 de junho de 2021.

Original Assinado

Fabíola Marquetti Sanches Rahim

Procuradora-Geral do Estado

Original Assinado

Ivanildo Silva da Costa

Procurador-Geral Adjunto do Estado do Consultivo

CÓPIA