

PARECER N° 1386/2017 – NSAJ/SESMA

PROTOCOLO N°: 1716219/2017.

INTERESSADO: REF. TEC. DIAGNÓSTICO LABORATORIAL/SESMA/PMB.

ASSUNTO: AQUISIÇÃO DE INSUMOS E REAGENTES.

ANÁLISE: MODALIDADE DE LICITAÇÃO.

Senhor Secretário,

Tratam os presentes autos de solicitação feita através do Memo de n° 1375/2017 – REF. TEC. EM DIAGNÓSTICO LABORATORIAL/SESMA/PMB, de 03 de agosto de 2017, para **AQUISIÇÃO DE INSUMOS E REAGENTES**, para assegurar o perfeito funcionamento dos serviços prestados por esta Secretaria Municipal de Saúde de Belém.

I – DOS FATOS

Recebo os presentes autos no estado em que se encontram com 24 folhas.

A presente solicitação se deu através do Memo de n° 1375/2017 – REF. TEC. EM DIAGNÓSTICO LABORATORIAL/SESMA/PMB, de 03 de agosto de 2017, para **AQUISIÇÃO DE INSUMOS E REAGENTES**, para assegurar o perfeito funcionamento dos serviços prestados por esta Secretaria Municipal de Saúde de Belém.

Esclarece o documento às fls. 02, que “Diante da necessidade de aquisição urgente de insumos e materiais a fim de garantir o funcionamento das Agencias transfusionais instaladas nos Hospitais de Pronto Socorro do Município, cujo

estoque está zerado...”

Assim, entendeu o departamento que a **aquisição do objeto supra é importante para o correto funcionamento dos serviços prestados por esta Secretaria Municipal de Saúde** e verificou-se que a abertura do procedimento licitatório, além de demorado, seria muito custoso para a Administração Pública, além de inviável, visto que o objeto aqui pretendido, é **fornecido exclusivamente pela DIAMED LATINO-AMÉRICA S.A.**

Constam dos autos: Memorando de origem N°1375/2017 às fls. 02; termo de referência às fls. 03/12; proposta comercial empresa às fls. 13; bem como, atestado de exclusividade às fls. 14/24.

O processo foi orçado e estimado no valor de **R\$232.938,00 (Duzentos e trinta e dois mil, novecentos e trinta e oito reais)**, sendo único fornecedor exclusivo a empresa **DIAMED LATINO-AMÉRICA S.A.**, conforme declaração em anexo.

Após tramitação regular, com todas as informações pertinentes, veio a esta Assessoria para análise e parecer competente.

Esta é a síntese dos fatos que vinculam a consulta.

II - DO DIREITO

Primeiramente, é importante ressaltar que a presente análise, limitar-se-á aos aspectos jurídicos da matéria proposta, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, econômicos, financeiros e aqueles que exijam o exercício da

competência e da discricionariedade administrativa a cargo dos setores competentes desta Secretaria.

1 - DA ANÁLISE DO PROCESSO LICITATÓRIO

A licitação é o meio usual pelo qual a Administração Pública realiza a seleção de seus contratos. É através desse complexo procedimento administrativo que a Administração elege, entre várias possíveis, a proposta mais vantajosa ao seu interesse. Todavia, existem hipóteses excepcionais de contratação que independem de processo licitatório, de modo que a Administração Pública contrata diretamente.

E, do arcabouço normativo aplicável, extrai-se o **dever de licitar:**

Constituição Federal:

"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".

Constituição do Estado:

"Art. 24. Ressalvados os casos previstos na lei, as obras, serviços, compras, concessões e

alienações serão contratadas 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.

§ 1º. O disposto neste artigo, também, se aplica aos órgãos e entidades da administração indireta.

Temos a considerar, que todo aquele que exerce o poder público deve ter sua conduta pautada de acordo com os princípios básicos da administração pública, em conformidade com a Lei nº 9.784/99, no seu Artigo 2º, *in verbis*:

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência." (grifos nossos).

Assim, o princípio da finalidade exige que nos atos praticados deve-se observar critério de "interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige", assim, necessário se faz que haja *interesse público*.

O princípio da razoabilidade é o princípio que objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Devendo haver, pois, uma relação de pertinência entre a finalidade e os padrões de oportunidade e de conveniência.

O princípio do interesse público também chamado de *princípio da supremacia do interesse público* está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre

o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, o interesse público deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares.

Importante ressaltar, que a Lei Maior incluiu, dentre os princípios básicos e orientadores da Administração Pública, o *princípio da moralidade*, que tem como significado a necessidade do administrador observar os preceitos éticos em sua atuação dentro da Administração. O cumprimento da moralidade, além de constituir um dever do dirigente, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado.

Visando atingir tais princípios, o legislador constitucional, determinou o procedimento administrativo obrigatório denominado Licitação, mediante o qual a Administração Pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, seleciona a proposta mais vantajosa.

Destaca Marçal Justen Filho^[2], que **"a ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância das formalidades é imprescindível"**.

Muito embora o procedimento licitatório seja obrigatório a própria Constituição ressalvou em seu inciso XXI do art. 37 a possibilidade de contratação direta nos casos previstos por lei.

^[2] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Edição, Ed. Dialética, São Paulo: 2005. pág. 228

2 - DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A Lei nº 8.666/93 em seu art. 25 estabelece casos especiais onde é inexigível a licitação, entretanto isto não significa a inaplicação dos princípios básicos que orientam a atuação Administrativa, os quais deverão ser seguidos mesmos nestes casos, o citado artigo faz exemplificações de hipóteses de inexigibilidade:

"Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública."
(Grifo nosso)

Na hipótese de inexigibilidade, prevista no art. 25 da Lei 8.666/93, que se caracteriza pela inviabilidade de competição, o que torna impossível a licitação posto que é concorrencial por natureza.

Reza o caput do artigo 25: "é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:". A expressão grifada não é mero capricho do legislador; quer dizer que o rol de hipóteses descritas nos seus três incisos é exemplificativa, constituindo o que se chama juridicamente de *numerus apertus* (ou "including but not limited to" para os

ingleses). Os três casos hipotéticos e ilustrativos de inexigibilidade trazidos pela lei são:

- a) Fornecedor exclusivo - quando só há um único fornecedor de materiais, equipamentos ou gêneros, sendo vedadas quaisquer preferências por marcas (inciso I);
- b) Serviços técnicos especializados - quando há notória especialização de profissionais ou empresas, sendo vedadas as contratações de serviços de divulgação ou publicidade por esta via (inciso II);
- c) Atividades artísticas - quando o artista, de qualquer ramo, é amplamente conhecido e aclamado pela crítica especializada ou pela opinião pública (inciso III);

Ressalta-se que, quanto à configuração da exclusividade do fornecimento, esta não se limita à pessoa do fornecedor, mas, inclusive, ao próprio objeto a ser contratado, devendo este, à exclusão de qualquer outro, ser o único capaz de atender às necessidades da Administração, o que ocorre no caso concreto, aqui analisado.

Ademais, a configuração da existência de fornecedor exclusivo, a ensejar inexigibilidade de licitação, **cinge-se aos critérios de ordem territorial, considerando a modalidade licitatória a ser adotada.**

No que concerne a exclusividade territorial, ressalte-se a conceituação exposta pelo professor Diógenes Gasparini:

"A exclusividade pode ser absoluta ou relativa. É absoluta quando no país só há um fornecedor ou um único agente (produtor, empresa ou representante comercial) para prover os interesses da Administração Pública. Esse é o fornecedor exclusivo. ... É relativa quando no país há mais de um fornecedor, empresa ou representante comercial, mas na praça considerada há apenas um.

A exclusividade, nesses casos, está relacionada com a praça comercial considerada. ... A exclusividade absoluta torna, de pronto, inexigível a licitação. O mesmo não ocorre com a relativa. Nesta a licitação será exigível ou inexigível conforme exista ou não, na praça considerada, fornecedor, empresa ou representante comercial exclusivo."

Para corroborar a tese, aqui defendida, o mestre Hely Lopes Meirelles, explicando com notória clareza o conceito de exclusividade absoluta e relativa com parâmetro nas modalidades de licitação:

"Para a Administração a exclusividade do produtor é absoluta e afasta sumariamente a licitação em qualquer de suas modalidades, mas a do vendedor e a do representante comercial é na praça, tratando-se de convite; no registro cadastral, no caso de tomada de preços; no país, na hipótese de concorrência. Considera-se, portanto, vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de convite, o que é único na localidade; para tomada de preço, o que é único no registro cadastral; para concorrência, o que é único no país".

No caso dos autos, há a sugestão para que a aquisição da peça que atende a necessidade desta Secretaria de Saúde e da população que utilizam os serviços prestados por esta Secretaria, seja mediante inexigibilidade de licitação, ante a existência dos requisitos necessários para sua concretização, no tocante à territorialidade.

A Inexigibilidade de licitação faz-se necessária quando o certame licitatório é impossível, por impedimento relativo ao bem que se deseja adquirir, à pessoa que se quer contratar ou com quem se quer contratar. Torna-se inviável a contenda, tendo em vista que um dos competidores reúne

qualidades exclusivas, tolhendo os demais pretendos participantes.

O ilustre doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes leciona à respeito da inexigibilidade de licitação:

"O caput do art. 25 da Lei n.º. 8.666/93, estabelece que é inexigível a licitação quando houver *inviabilidade de competição, em especial*, quando ocorrer uma das três hipóteses retratadas nos incisos que anuncia. A expressão utilizada é salientada pela doutrina pátria para assegurar que se trata de elenco exemplificativo, firmando a assertiva de que os casos registrados não são únicos. Há, porém, outra consequência decorrente do uso de tal expressão, nem sempre alcançada pelos estudiosos do tema: ao impor taxativamente a inviabilidade, associando-a ao termo inexigibilidade, a lei estabeleceu característica essencial e inafastável do instituto da inexigibilidade." (...)

(Fernandes, J.U. Jacoby, in "Contratação direta sem licitação (...)", 7ªed., 2. tiragem, Editora Fórum, 2008, p. 532).

Os casos de **inexigibilidade** são, portanto, exceções ao princípio da obrigatoriedade de licitação, no sentido de que não há possibilidade para a competição, porque só existe uma pessoa ou um objeto que atenda às necessidades da Administração, o que torna a licitação inviável.¹

No presente caso, a inexigibilidade advém do fornecedor, que é, conforme informações e comprovações constantes nos autos **o único distribuidor e representante autorizado dos produtos no país** (segundo consta Atestado de Exclusividade às fls.42), que possui o item solicitado para aquisição por esta Administração Pública.

Assim, é imprescindível que o processo de exceção da

¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed. Atlas. 17ª Edição. Pág. 311
Secretaria Municipal de Saúde - SESMA
Núcleo Setorial de Assuntos Jurídicos - NSAJ
Travessa do Chaco, n.º 2086- Marco, Belém-Pa.
Tel: (91) 32361880/32361889.

licitação seja completamente instruído, pois a inexigibilidade de licitação deve seguir o procedimento estipulado no artigo 26 de Lei de Contratos e Licitações.

"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. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)" (Grifo nosso).

Entretanto, conforme podemos verificar que é inviável a pesquisa de mercado, pois a empresa DIAMED LATINO-AMÉRICA S.A é a única empresa que tem possibilidade atender a presente demanda pela questão territorial, bem como, pelas peculiaridades técnicas para o mesmo fim, logo não há como confrontar os preços por ela praticados.

Portanto, no caso em tela, se verifica a não incidência do procedimento formal da licitação, pois a contratação direta, em certos casos, não significa inaplicação dos princípios básicos que orientam a atuação administrativa, nem caracteriza uma livre atuação do administrador.

Deste modo, em razão da natureza de que se reveste esta Secretaria Municipal de Saúde, das peculiaridades do objeto a ser contratado, do fornecedor e do interesse público a ser preservado, o procedimento licitatório mostra-se neste caso inadequado.

Por fim, entende-se pela Inexigibilidade de Licitação, pela inviabilidade de competição, bem como, todos os termos do presente parecer.

Ressalta-se, porém, que a análise da conveniência e oportunidade é prerrogativa privativa da Administração, cabendo, portanto, ao ordenador de despesas decidir pela contratação ou não do referido objeto.

II - DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, **sugere-se pela Inexigibilidade da Licitação**, com fulcro no Artigo 25 e incisos da Lei 8.666/93, **sendo obviamente observados os termos do presente parecer**, encaminhando-se os presentes autos, **após o autorizo do Senhor Secretário**, ao setor competente para providencias cabíveis, em tudo observadas as formalidades legais.

É de se destacar, que para ser realizada a **inexigibilidade** de licitação, necessário se torna que sejam examinadas as circunstancias e condições expressas no parágrafo único do art. 26^[3] da lei de licitações.

[3] 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. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Fica condicionado à assinatura do contrato que a empresa **DIAMED LATINO - AMÉRICA S.A**, junte cópias autenticadas dos **atestados de exclusividades, bem como juntamente com número de CNPJ.**

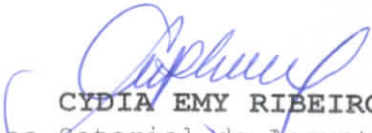
Sugere-se ainda que a Administração solicite a comprovação de regularidade fiscal (Federal, Estadual e Municipal) e trabalhista da Empresa, antes da emissão da nota de empenho.

Em observância à publicidade dos atos e contratos administrativos, pugna-se pela publicação do *extrato contratual*, na forma dos arts. 26 e 61, *Único da Lei n.º 8.666/93*, bem como a expedição e publicação do respectivo *Termo de Inexigibilidade de Licitação*.

Ressalte-se o caráter **meramente opinativo** deste parecer, respeitando o poder soberano do Titular desta SESMA, caso entenda de forma diversa, para melhor atender ao interesse público.

É o parecer. S.M.J.

Belém, 11 de Agosto de 2017.



CYDIA EMY RIBEIRO

Diretora do Núcleo Setorial de Assuntos Jurídicos - NSAJ/SESMA

PROTÓCOLO
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
GABINETE DO SECRETÁRIO
EM 17/08/17 às ____ : ____ horas
Maria

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)