



ESTADODOPARÁ

MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA

PAÇO MUNICIPAL DOM JOSEPH PATRICK HANHAN

TRAV. VEREADORA VIRGOLINA COELHO, Nº 1.145 - BAIRRO SÃO LUIZ II

CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA - PARÁ

CEP 68540-000

Site: www.conceicaodoaraguaia.pa.gov.br

56
2

PARECER JURÍDICO 2020

"EMENTA: PARECER SOBRE PROCESSO nº 7272/2020 - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO MEDIANTE CREDENCIAMENTO DE PESSOA JURÍDICA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ANATOMIA PATOLÓGICA/BIOPSIAS, DESTINADA AOS USUÁRIOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS), VISANDO A ATENDER AS NECESSIDADES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA-PA."

CONSULTA.

Trata-se de expediente encaminhado pela Comissão de Licitação para emissão de parecer acerca de inexigibilidade de licitação mediante credenciamento de pessoa jurídica para integral cadastro de prestadores de serviços ao sistema único de saúde, para contratação de empresa especializada na prestação de serviços de anatomia patológica/biopsias, destinada aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) do Município de Conceição do Araguaia.

Para tanto, veio a esta Procuradoria o processo contendo a solicitação de despesa, da lavra do Secretário da pasta referida, Termo de Referência, Justificativa, Declaração de Previsão Orçamentária, Declaração de Disponibilidade Financeira, Despacho autorizando a Comissão de Licitação a proceder a abertura do procedimento, Documento de Autuação, Edital do Processo de Inexigibilidade mediante Chamamento Público nº 006/2020, Anexos, Minuta do Contrato e Termo solicitando parecer.

PARECER.

As contratações públicas devem ser precedidas, via de regra, da realização de certame licitatório, cumprindo ao administrador a escolha da avença que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar o princípio da impessoalidade, que regula a participação dos licitantes, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988 e da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações).

Paulo



ESTADODOPARÁ

MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA

PAÇO MUNICIPAL DOM JOSEPH PATRICK HANHAN

TRAV. VEREADORA VIRGOLINA COELHO, Nº 1.145 - BAIRRO SÃO LUIZ II

CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA - PARÁ

CEP 68540-000

Site: www.conceicaodoaraguaia.pa.gov.br

57
P.A. u

Como bem disserta o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹, a licitação visa

"[...] proporcionar às entidades governamentais a possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendem de realizar com os particulares.

Nesse norte, a realização da licitação é, em regra, *conditio sine qua non* para a consecução da contratação pública. Com efeito, é preciso que a Administração obtenha a proposta mais vantajosa ao interesse público e, ainda, conceda a todos os interessados igualdade de condições."

Odete Medauar² destaca que "A Administração não pode contratar livremente, porque deve ser atendido o princípio da igualdade de todos para contratar com a Administração e a moralidade administrativa, sobretudo".

De outra parte, excepcionalmente, em situações de inviabilidade de competição, a própria lei estabelece hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme previsto no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, autorizando a Administração a realizar contratação direta, sem licitação.

Veja-se:

"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,

¹ In Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 158.

² In Direito Administrativo Moderno. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 187.



ESTADODOPARÁ

MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA

PAÇO MUNICIPAL DOM JOSEPH PATRICK HANHAN

TRAV. VEREADORA VIRGOLINA COELHO, Nº 1.145 - BAIRRO SÃO LUIZ II

CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA - PARÁ

CEP 68540-000

Site: www.conceicaodoaraguaia.pa.gov.br

58
2

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.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis." (Grifou-se);

Como se vê, na hipótese do art. 25 da Lei 8.666/93 é possível a contratação direta, sem necessidade de licitação, ainda que se adote o procedimento do credenciamento.

Todavia, a contratação direta não pressupõe uma contratação direta crua e nua, sem cumprimento de qualquer requisito autorizador para tanto, e na hipótese em questão a lei outorga a contratação direta quando diante da inexistência de competição, sendo primeiro requisito, de que se trata de um dos exp.

Considerando o objeto do procedimento, conclui-se, se tratar efetivamente de hipótese de inviabilidade de competição na modalidade ausência de mercado concorrencial, nessa linha adotando-se como fundamento o entendimento do renomado Professor Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª Ed. Revista dos Tribunais, pág. 484):

"Outra hipótese consiste nas características do mercado privado envolvendo o tipo de prestação pretendida pela Administração Pública. Embora possam existir diferentes alternativas para satisfação do interesse sob tutela estatal, não se configura um mercado na acepção de conjunto de fornecedores em disputa permanente pela

Apare



ESTADO DO PARÁ

MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA

PAÇO MUNICIPAL DOM JOSEPH PATRICK HANHAN

TRAV. VEREADORA VIRGOLINA COELHO, Nº 1.145 - BAIRRO SÃO LUIZ II

CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA - PARÁ

CEP 68540-000

Site: www.conceicaodoaraguaia.pa.gov.br

59
C

contratação. Não há disponibilidade de ofertas de contratação a qualquer tempo, eis que os particulares em condições de executar a prestação não competem entre si formulando propostas. Esses particulares aguardam as propostas de possíveis interessados, não estabelecendo diferença mesmo em relação ao setor público. Ou seja, configura-se um mercado peculiar, eis que não existe a dimensão concorrencial encontrada no âmbito de compras e obras e outros serviços. Daí a referência à inexistência de um mercado concorrencial.

(...)

Nas situações assim consideradas, a convocação de interessados para formular propostas é inútil. Não existem ofertantes para disputar entre si. É inviável a competição porque a peculiaridade do mercado consiste na ausência de competição direta e frontal. A regra aqui é contrária, é a Administração quem tem de formular propostas. Logo não existirá disputa formal entre particulares para contratar o objeto necessário a satisfazer a necessidade estatal." (Grifou-se)

Ainda, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, com fundamento em posição do Supremo Tribunal Federal, HC 228759/SC 2011/0304958-7, publicado em 07/05/2012, entende que a inviabilidade de competição a que se refere o artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93 não se caracteriza apenas na exclusividade na prestação do serviço técnico almejado, mas também na sua singularidade, marcada pela notória especialização do profissional, bem como pela confiança nele depositada pela administração.

A afirmação é ratificada pelo entendimento de que o grau de confiança depositado na contratação do profissional, em razão da sua carga subjetiva, não é suscetível de ser valorado no bojo de um certame licitatório e se encontra no âmbito de atuação discricionária do administrador público, razão pela qual a competição se torna inviável.

O objeto do procedimento em análise compreende formação de cadastro de pessoas jurídicas para a prestação de serviço laboratorial clínico de todas as unidades de serviços assistenciais do Município, reivindicando profissional com marcada singularidade e especialização.

Portanto, não resta dúvida de que se trata de serviço por contratação direta ante sua inviável competição caracterizada não apenas na

Assinatura



ESTADODOPARÁ

MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA

PAÇO MUNICIPAL DOM JOSEPH PATRICK HANHAN

TRAV. VEREADORA VIRGOLINA COELHO, Nº 1.145 - BAIRRO SÃO LUIZ II

CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA - PARÁ

CEP 68540-000

Site: www.conceicaodoaraguaia.pa.gov.br

exclusividade na prestação do serviço técnico almejado, mas também na sua singularidade, que deve ser marcada pela notória especialização do profissional, bem como pela confiança nele depositada pela administração.

A justificativa nesta hipótese é absolutamente compatível com que exige a Lei nº 8.666/93, demonstrando inviabilidade de competição.

No entanto, ainda nas hipóteses de inexigibilidade, o administrador público não está inteiramente livre para a contratação. É preciso a observância de determinados requisitos legais e constitucionais, tudo devidamente demonstrado em processo formal de inexigibilidade.

Destarte, pela redação do §1º do art. 25, inciso II, alinhado com o disposto no art. 13, da Lei de Licitações, deve considera-se de **notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.**

Além desses requisitos, é preciso que a contratação observe ainda o disposto no art. 26 da mesma lei, que assevera:

"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 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." (Grifou-se)

[Handwritten signature]



ESTADODOPARÁ

MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA

PAÇO MUNICIPAL DOM JOSEPH PATRICK HANHAN

TRAV. VEREADORA VIRGOLINA COELHO, Nº 1.145 - BAIRRO SÃO LUIZ II

CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA - PARÁ

CEP 68540-000

Site: www.conceicaodoaraguaia.pa.gov.br

61
PA
2

Desse modo, frise-se, apesar de ser inexigível o processo de licitação propriamente dito, a Administração não está totalmente livre para a escolha do contratado, devendo haver um mínimo de formalidade para possibilitar a aferição dos requisitos, os quais devem estar prontamente evidenciados no bojo do processo de inexigibilidade.

Com efeito, além dos requisitos do art. 25, é imprescindível a **publicação**, na imprensa oficial, **da inexigibilidade, da justificativa da escolha do contratado e da justificativa do seu preço** (art. 26 da Lei de Licitações), evitando-se prejuízos ao erário em razão de superfaturamentos.

A grande preocupação na interpretação das hipóteses de inexigibilidade, é a abrangência das expressões contidas no permissivo legal. Em verdade, trata-se de termos jurídicos indeterminados, que concedem, em tese, certa margem de discricionariedade ao administrador.

Bandeira de Mello³ conceitua a discricionariedade administrativa como:

"[...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois, comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente."

Segundo os ensinamentos de referido autor, a fluidez das expressões legais confere certa margem de discricionariedade ao administrador, que terá a incumbência de, no caso concreto, escolher a solução ótima dentre as possíveis.

A existência de discricionariedade administrativa diante de termos jurídicos indeterminados tem rendido profundas controvérsias no seio doutrinário, pois para alguns, ainda que presente expressões legais fluidas, não caberia falar em discricionariedade, podendo haver uma ampla intervenção do Poder Judiciário.

Flávio Henrique Unes Pereira⁴, citando Antônio Francisco de Sousa, esclarece que:

³ In Manual de Direito Administrativo, 18. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 241.

⁴ In Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador/BA, nº 25, mar. 2011.

Assinatura



ESTADODOPARÁ

MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA

PAÇO MUNICIPAL DOM JOSEPH PATRICK HANHAN

TRAV. VEREADORA VIRGOLINA COELHO, Nº 1.145 - BAIRRO SÃO LUIZ II

CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA - PARÁ

CEP 68540-000

Site: www.conceicaodoaraguaia.pa.gov.br

62
2

"[...] o tema 'conceitos jurídicos indeterminados' possui peculiaridade no âmbito do Direito Administrativo, já que no Direito Civil e no Direito Penal, o tribunal é o único órgão que aplica a lei ao caso concreto e, pois, os conceitos jurídicos indeterminados, enquanto que naquele, o juiz tem a função de fiscalizar se a Administração deu a correta interpretação e aplicação de tais conceitos. A interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração constituem, portanto, uma atividade estritamente vinculada à lei. Admitir qualquer margem de apreciação a favor da Administração significaria alargar o campo da discricionariedade ao Tatbestand legal e com isso se estaria a aplicar um grave golpe nas garantias do cidadão que o Estado de Direito não admitem."

Com efeito, é bastante comum o uso de termos jurídicos indeterminados nos demais ramos do Direito (Civil, Processual, Constitucional), sem que isso implique em discricionariedade administrativa. Nesses casos, a fixação da melhor interpretação cabe ao Poder Judiciário, que possui, no exercício da sua função jurisdicional, o caráter da definitividade — relativizável, é certo.

No entanto, o intérprete não pode adotar medidas extremas, que na maioria das vezes são guiadas mais por questões sentimentais do que jurídicas. É preciso que se reconheça a existência de certa discricionariedade à Administração na análise da norma. Porém, esta discricionariedade sempre deverá estar vinculada ao atendimento do interesse público e aos princípios constitucionais, sobretudo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O próprio Celso de Antônio Bandeira de Mello ao conceituar a discricionariedade administrativa, conforme transcrito, assevera ser essa "a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis". Vê-se, pois, que o administrador deve obediência aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, não podendo, sob o manto da discricionariedade, adotar medidas absurdas, danosas ao interesse público.

Assevere-se que a doutrina e a jurisprudência vêm permitindo um maior controle da discricionariedade do administrador, mormente diante de ofensas ao princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade é princípio de envergadura constitucional que decorre do devido processo legal em sua acepção substantiva. Tem por finalidade limitar a atuação do Poder Público a parâmetros constitucionalmente aceitáveis.

[Handwritten signature]



ESTADODOPARÁ

MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA

PAÇO MUNICIPAL DOM JOSEPH PATRICK HANHAN

TRAV. VEREADORA VIRGOLINA COELHO, Nº 1.145 - BAIRRO SÃO LUIZ II

CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA - PARÁ

CEP 68540-000

Site: www.conceicaodoaraguaia.pa.gov.br

A proporcionalidade deve ser analisada levando-se em conta o **trinômio necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito**, conceitos parcelares que permitem a verificação da lisura e da aceitabilidade de uma conduta estatal.

A **necessidade** resta presente quando a medida implementada se mostrar imprescindível à consecução do desiderato perseguido.

Lado outro, a **adequação** é respeitada quando a medida tomada se mostrar coerente com o fim perseguido, se há um perfeito acoplamento entre a ação e o resultado.

Por fim, a **proporcionalidade em sentido estrito** resta atendida quando houver um equilibrado custo-benefício, ou seja, as melhorias trazidas pelas medidas são superiores aos seus malefícios.

Assim, preenchidos os requisitos legais e constitucionais, e respeitada a necessidade de formalização do respectivo processo para a aferição das exigências – as quais devem estar todas devidamente demonstradas nos autos da inexigibilidade –, é possível a contratação em questão por inexigibilidade de licitação, amparada no art. 25, inciso II, da Lei de Licitações.

CONCLUSÃO.

Ante o exposto, entende este Procurador ser plenamente possível a contratação mediante procedimento de credenciamento para formação de cadastro de pessoa jurídica para prestação de serviço referido no Termo de Referência e Edital, com espeque no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, desde que preenchidos os requisitos legais e constitucionais, e respeitada a necessidade de formalização do respectivo processo para a aferição e comprovação das seguintes exigências:

I – quando da efetiva contratação para a prestação do serviço complementar a justificativa da contratação, uma vez que se trata de procedimento para formação de cadastro, a ser elaborada na Secretaria Municipal de Saúde requisitante, devendo contemplar as razões de fato e de direito que fundamentam a demanda do serviço que se pretende contratar, apontando claramente os benefícios a serem alcançados pela contratação, por meio de argumentos concretos, demonstrando que a contratação encontra-se plenamente adequada ao seu objetivo, além de evidenciar que o objeto do contrato seria a melhor (ou única) solução capaz de satisfazer às necessidades do setor;

III – na escolha da proposta mais vantajosa para a Administração cumprir rigorosamente o disposto no §1º do art. 25 da Lei nº



ESTADODOPARÁ

MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA

PAÇO MUNICIPAL DOM JOSEPH PATRICK HANHAN

TRAV. VEREADORA VIRGOLINA COELHO, Nº 1.145 - BAIRRO SÃO LUIZ II

CONCEIÇÃO DO ARAGUAIA - PARÁ

CEP 68540-000

Site: www.conceicaodoaraguaia.pa.gov.br

64
e

8.666/93, no que se refere à exclusividade na prestação do serviço técnico almejado e singularidade, marcada pela notória especialização do profissional, bem como pela confiança nele depositada pela administração decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades;

IV – observar e justificar o preço, que deve ser razoável e similar ao de outros contratos firmados pelo contratado, baseando-se na média aritmética dos preços dos contratos firmados nos últimos 6 (seis) meses;

V – juntar neste procedimento a tabela do SUS, para fins de aferição futura acerca dos preços;

VI – já que se trata de edital de chamamento para credenciamento de cadastro, fazer constar no mesmo o critério objetivo de escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, e bem assim cláusula para dirimir eventual empate e previsão no edital das hipóteses de sanções;

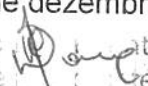
VII – cumprir o orçamento, e a capacidade financeira concreta para pagamento;

VIII – respeitar a publicidade da contratação.

Caso não atendido algum desses requisitos, os quais, frise-se, devem estar evidenciados no respectivo processo de inexigibilidade, este procurador manifesta-se desfavoravelmente pela inexigibilidade da licitação.

É o parecer S.M.J.

Conceição do Araguaia-PA, 16 de dezembro de 2020.


DIOGO RODRIGO DE SOUSA
PROCURADOR GERAL