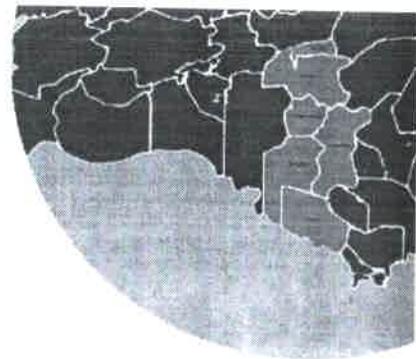




CPSMJN

Consórcio Público de Saúde
da Microrregião de Juazeiro do Norte



PARECER JURÍDICO

PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº. 03/2022-CPSMJN

INTERESSADO: PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DO CPSMJN.

ASSUNTO: Inexigibilidade de Licitação com fundamento no caput o art. 25.

EMENTA: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE VISITA TÉCNICA DE PROFISSIONAL JUNTO À EMPRESA PHILIPS MEDICAL SYSTEMS LTDA COM OBJETIVO DE REALIZAR AVALIAÇÃO PARA PROCEDER AO CONSERTO DO EQUIPAMENTO MX 16 SLICE – CT0873 107737158 DE TOMOGRAFIA DA POLICLÍNICA JOÃO PEREIRA DOS SANTOS, UNIDADE GERENCIADA PELO CONSÓRCIO PÚBLICO DE SAÚDE DA MICRORREGIÃO DE JUAZEIRO DO NORTE/CE. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO – ARTIGO 25 DA LEI 8.666/1993

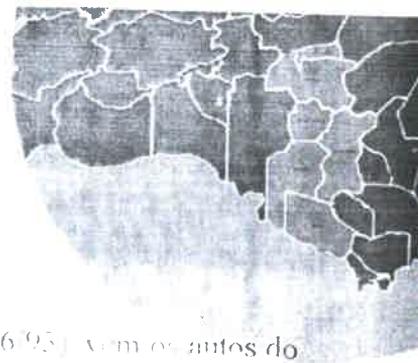
Senhor Presidente da Comissão Permanece de Licitação do CPSMJN,

I – RELATÓRIO

Trata-se de análise jurídica acerca da possibilidade de abertura de procedimento de inexigibilidade de licitação, requerido pelo Diretor Administrativo Financeiro do Consórcio Público de Saúde da Microrregião de Juazeiro do Norte/CE, para a **CONTRATAÇÃO DE VISITA TÉCNICA DE PROFISSIONAL JUNTO À EMPRESA PHILIPS MEDICAL SYSTEMS LTDA COM OBJETIVO DE REALIZAR AVALIAÇÃO PARA PROCEDER AO CONSERTO DO EQUIPAMENTO MX 16 SLICE – CT0873 107737158 DE TOMOGRAFIA DA POLICLÍNICA JOÃO PEREIRA DOS SANTOS, UNIDADE GERENCIADA PELO CONSÓRCIO PÚBLICO DE SAÚDE DA MICRORREGIÃO DE JUAZEIRO DO NORTE/CE**, por meio de processo de Inexigibilidade de Licitação nº. 03/2022 - CPSMJN, com fundamento no art. 25, caput, da Lei 8.666/93 e posteriores alterações.



CPSMJN
Conselho Público de Saúde da
Microrregião de Juazeiro do Norte



Por força do art. 38, parágrafo único da Lei de Licitações (Lei 8.666/93) vem os autos do processo em epígrafe, a essa assessoria jurídica, nesta data, para análise do referido processo de Inexigibilidade de Licitação; Justificativa para o procedimento adotado, emitida pelo Ordenador de Despesas, Minuta de Contrato, a ser celebrado entre o Consórcio Público de Saúde da Microrregião de Juazeiro do Norte, CE e a empresa **PHILIPS MEDICAL SYSTEMS LTDA** inscrita no CNPJ nº 58.295.213/0001-78, fornecedora exclusiva em todo território brasileiro, dos serviços a serem contratados pela Administração, conforme declaração de exclusividade da Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde, anexada ao processo.

Reza o aludido art. 38, § Único da Lei 8.666/93, in verbis:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Os autos foram regularmente formalizados e encontram-se instruídos, fundamentalmente, com os documentos exigidos pela Lei de Licitações, em casos de Inexigibilidade de Processo Licitatório, como respectivo Termo de Abertura do Processo por autoridade competente; Justificativa para a necessidade do objeto da contratação direta; Pesquisa de mercado; indicação da dotação orçamentária; comprovações referentes à regularidade fiscal federal, com a Seguridade Social e com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, regularidade trabalhista, declaração de fornecedor exclusivo; Justificativa técnica e acerca do valor do objeto.

É o relatório. Passamos ao parecer.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Cumprе registrar, preliminarmente, que a análise empreendida circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos no procedimento em exame, não cabendo a esta unidade jurídica adentrar nos aspectos técnicos e econômicos, nem no juízo de oportunidade e conveniência da contratação pretendida. Assim, valer ressaltar, que o parecer que se segue é meramente opinativo.



CPSMJN

Centro Profissional de Saúde
de Juazeiro do Norte - CE

não vinculando o gestor à sua decisão, conforme se extrai do julgado pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.073, rel. Ministro Carlos Velloso, in verbis:

“EMENDA CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARÉCER. C.F. DEL. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.

II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III. - Mandado de Segurança deferido.”

O tema analisado merece tratamento destacado em nossa doutrina e jurisprudência. Isto porque se tem como regra a realização do procedimento licitatório, e, como medida em extremo excepcional, a sua dispensa ou inexigibilidade.

A Administração Pública, via de regra, no teor do preceituado constitucional, quando de suas compras e aquisições, realização de obras e serviços, está adstrita a procedimento de licitação pública, que possibilita a esta, aquisição menos onerosa do objeto ou serviço que propõe adquirir, a melhor proposta, para o que pretende alienar, observada, em todo caso, a isonomia entre participantes do processo. As exceções à regra da licitação devem ser previstas em lei. É o caso da contratação direta, mediante dispensa, no caso de emergência. Essa, inclusive, é a exata dicção do inciso XXI do art. 37 da Carta Magna, a seguir transcrito:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

[...]



CPSMJN

Consortio Público de Saúde
da Microrregião de Juazeiro do Norte



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. (Regulamento).

A licitação pública é um procedimento administrativo por meio do qual a Administração, após uma sucessão pré - ordenada de atos formais, e segundo as regras definidas pelo edital, seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. É, portanto, nada mais que um torneio no qual os vários interessados em contratar com a Administração disputam entre si a oportunidade de negócio oferecida pela Administração. Em que pese o teor de regramento geral do acima citado dispositivo constitucional, e que em razão dessa natureza deve ser observado com rigor, tal princípio, por óbvio, admite exceções.

Verifica-se, assim, que a licitação é a regra, no entanto, quando inviável a competição ela será inexigível. Havendo possibilidade de competição deverá haver licitação, ressalvados os casos previstos em lei como de dispensa de licitação.

Note-se que na inexigibilidade de licitação não estão presentes os pressupostos para uma escolha objetiva da proposta mais vantajosa para a Administração.

Marçal Justen Filho (2012, p. 406/407) afirma que a inviabilidade de competição, de acordo com o artigo 25 da Lei 8.666/93, pode ocorrer, exemplificativamente, nas seguintes situações:

- a) Ausência de alternativas: quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação;
- b) Ausência de mercado concorrencial: ocorre nos casos de serviços de natureza personalíssima;
- c) Ausência de objetividade na seleção do objeto: não há critério objetivo para escolher o melhor;
- d) Ausência de definição objetiva da prestação a ser executada: não há possibilidade de competição pela ausência de definição prévia das prestações exatas e precisas a serem executadas ao longo do contrato.





Desta forma, conclui-se que a ausência dos pressupostos lógicos, fáticos e jurídicos necessários para a realização da licitação, com lastro na inviabilidade de competição, configura o que a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei nº 8.666/93) denominou de inexigibilidade de licitação, conforme dispõe o seu artigo 25, sendo que uma vez caracterizada tal situação a decisão de não realizar o certame é vinculada, não restando alternativa à Administração senão a contratação direta.

Vale ressaltar, no entanto, que a inexigibilidade de licitação deve ser efetuada através de um procedimento com a observância dos princípios que regem a Administração, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, buscando a seleção do contrato mais adequado e vantajoso à Administração.

O artigo 25, inciso I, da Lei nº. 8.666/93 prevê de modo expreso a possibilidade de contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação, especialmente quando se trata de fornecedor exclusivo ou prestador de serviços, como no caso em análise. É o que se infere da leitura do dispositivo citado que segue transcrito:

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;

[...]

Ao definir o objeto da contratação deverão ser observados critérios técnicos e econômicos a fim de definir o objeto que melhor atenda ao interesse sob tutela estatal.

Essa definição deve ser de acordo com critérios objetivos de forma que é vedada a preferência por marcas.

Note-se que, conforme nos ensina Marçal Justen Filho, *“Havendo motivação técnica-científica adequada, a escolha da Administração não apresentará defeitos. Essa escolha deverá inibir o ônus estatal”*.



CPSMJN

CONPESM - COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
COMPRAS SELECIONADAS



Para sua perfeita identificação, nada impede a utilização da marca e dos demais característicos externos do objeto escolhido. Enfim, a marca não pode ser a causa motivadora da escolha, mas se admite a indicação da marca como mero elemento acessório, consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido. (2012, p.410).

De plano, impende salientar que a hipótese do inciso acima transcrito é destinada às compras em que o fornecedor, distribuidor ou produtor for único ou exclusivo. O que não significa dizer que em caso de haver necessidade de contratar um determinado serviço e este somente puder ser executado por um único prestador, a licitação seria obrigatória por falta de amparo legal. Mais uma vez, recorremos aos ensinamentos de Jessé Torres no sentido de que o inciso não se submete à cabeça do artigo, mas sim, o contrário. Logo, o que importa, e sempre será o relevante, é que o objeto a ser contratado seja fornecido ou prestado por quem é único. É desimportante o fato da exclusividade recair numa hipótese de compra ou de serviço. É que se o objeto do contrato pretendido for um serviço, o enquadramento se dará na cabeça do artigo, e não no seu inciso I. Essa é, inclusive, a orientação da Corte Federal de Contas:

“Abstenha - se de realizar a contratação de serviços com fundamento no inciso I do art. 25 da Lei no 8.666/1993, já que este dispositivo é específico para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Contrate serviços diretamente, por inexigibilidade de licitação, somente quando restar comprovada a inviabilidade de competição, em consonância com o disposto nos arts. 25 e 26 da Lei no 8.666/1993”.
(Ac. 1096/2007 Plenário)

Percebe - se a olhos vistos que a hipótese é de impossibilidade fática de haver competição. Se a administração pretende adquirir um determinado produto que só se encontra nas mãos de um indivíduo, não há que se falar em disputa ainda que assim o desejasse. Cumpre aclarar que a limitação imposta pelo dispositivo legal impossibilidade de haver preferência de marca, quer significar que o ponto marcante da ausência de competidores não é o produto em si, mas sim a solução técnica a que o produto corresponda e que seja esta a única que atenda à necessidade de interesse público surgida. Esta corrente não encontra discrepância na jurisprudência. Do repositório do TCU, destacamos o seguinte excerto de acórdão:

“Determinar à Casa da Moeda do Brasil para que nas aquisições de materiais com fornecedor exclusivo, comprove nos autos, que incexistam outros...



CPSMJN

Consórcio Público de Saúde
da Microrregião de Juazeiro do Norte



similares capazes de atender as necessidades do serviço, devendo ambas as assertivas estar devidamente comprovadas nos autos, mediante providências tomadas pelos órgãos competentes.” (Ac. 3.645/2008 Plenário)

O Tribunal de Contas da União há muito vem demonstrando preocupação com o teor dos atestados de exclusividade que instruem os processos de adjudicação direta por inexigibilidade de licitação, tanto que já sumulou orientação aos órgãos jurisdicionais no sentido de se cercarem de cuidados no recebimento de documentos dessa natureza. Eis o verbete:

SÚMULA 255- TCU: Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

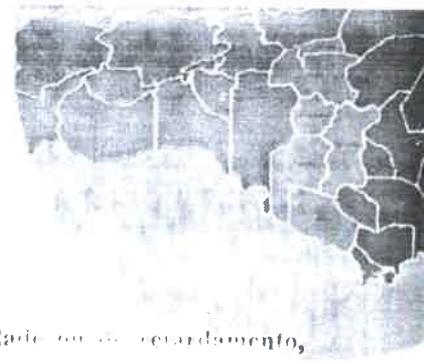
O Consórcio Público de Saúde da Microrregião de Juazeiro do Norte, Ceará – CPSMJN, almeja contratar diretamente, por inexigibilidade de licitação, a empresa PHILIPS MEDICAL SYSTEMS LTDA inscrita no CNPJ nº 58.295.213/0001-78, única fornecedora no país, para a **CONTRATAÇÃO DE VISITA TÉCNICA DE PROFISSIONAL JUNTO À EMPRESA PHILIPS MEDICAL SYSTEMS LTDA COM OBJETIVO DE REALIZAR AVALIAÇÃO PARA PROCEDER AO CONSERTO DO EQUIPAMENTO MX 16 SLICE – CT0873 107737158 DE TOMOGRAFIA DA POLICLÍNICA JOÃO PEREIRA DOS SANTOS, UNIDADE GERENCIADA PELO CONSÓRCIO PÚBLICO DE SAÚDE DA MICRORREGIÃO DE JUAZEIRO DO NORTE/CE.**

A contratação tem amparo no permissivo do artigo 25, caput da Lei nº 8.666/93, conforme já citada.

Vale ressaltar ainda o que traz o art. 26 da Lei de Licitações, Lei nº. 8666/93, a seguir transcrito.

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 celebração 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.

Nesse sentido, mister se faz registrar que a Administração Pública, tomou todas as cautelas devidas e instruiu o referido processo de Inexigibilidade de Licitação com toda documentação exigida por lei.

No caso da justificativa pelas razões do procedimento adotado, traz o referido processo, de forma clara e objetiva, os motivos pela escolha da empresa a firmar contrato com a Administração Pública, acostada aos autos.

Quanto ao requisito da justificativa do preço, a Administração aponta no processo de dispensa o motivo pelo qual a empresa fora escolhida para firmar contrato com o Município.

Importa ainda salientar que foram atendidos todos os princípios aplicáveis à situação concreta em comento, dado ampla publicidade de todos os atos do procedimento. Desse modo, observa-se, que os requisitos previstos na lei para adoção do procedimento em análise, assim como, todos os seus pormenores, pela análise dos documentos acostados no referido processo de inexigibilidade de licitação, restam atendidos, segundo o que reza a lei.

Oportuno registrar que a contratação direta por inexigibilidade de licitação pelos órgãos e entidades do Poder Público, quando for o caso de contratação com fornecedor ou prestador de serviços deve observar, com base nas disposições do art. 25, I, da L. 8.666/93, o seguinte: a escolha do contratado tido como exclusivo deve ser decorrente da identificação de que sua solução técnica é a única que atenda às necessidades da Administração; deve haver demonstração nos autos do processo de que, de fato, há absoluta inviabilidade de competição para a contratação pretendida, sendo aceitável, inclusive, a inviabilidade transitória por circunstâncias



CPSMJN

Consórcio Público de Saúde
da Microrregião de Juazeiro do Norte



como nos casos de representação exclusiva somente em um território; que a exclusividade seja atestada por uma das entidades arroladas no dispositivo em tela e que, ao receber os ditos atestados os órgãos adotem medidas que permitam averiguar a veracidade do que fora por elas declarado não se deve aceitar atestados que limitem sua abrangência, com expressões que não traduzam a necessária certeza de que a declarada é exclusiva para a contratação em tela, não é necessário que a entidade atestante tenha sede no local do órgão contratante, desde que tenha abrangência nacional ou que seu destinatário tenha sede em outra localidade, a fim de evitar obrigar a empresa a duplo registro, o que contrariaria o princípio constitucional da livre iniciativa; na impossibilidade de recepção de atestados emitidos pelas entidades elencadas no art. 25, I, da L. 8.666/93, entenda como “equivalentes” as entidades que tenham finalidade social análoga às entidades sindicais patronais, aceitando apenas daquelas que puderem ser consideradas idôneas.

III – CONCLUSÃO

Considerando que a documentação já citada e acostada aos autos do Processo Administrativo de Inexigibilidade de Licitação nº. 03/2022 - CPSMJN, está de acordo com os ditames da Lei nº. 8.666/93 e suas demais alterações;

Considerando o poder discricionário do gestor público quanto à oportunidade e conveniência da prática do ato administrativo e;

Considerando o preenchimento de todos os requisitos exigidos pela Lei de Licitações e Contratos, a Lei 8.666/93. **Opina** essa assessoria jurídica **FAVORÁVEL** pela realização do processo de Inexigibilidade de Licitação, para **CONTRATAÇÃO DE VISITA TÉCNICA DE PROFISSIONAL JUNTO À EMPRESA PHILIPS MEDICAL SYSTEMS LTDA COM OBJETIVO DE REALIZAR AVALIAÇÃO PARA PROCEDER AO CONSERTO DO EQUIPAMENTO MX 16 SLICE – CT0873 107737158 DE TOMOGRAFIA DA POLICLÍNICA JOÃO PEREIRA DOS SANTOS, UNIDADE GERENCIADA PELO CONSÓRCIO PÚBLICO DE SAÚDE DA MICRORREGIÃO DE JUAZEIRO DO NORTE/CE**, seguindo todos os procedimentos recomendados pela lei.



CPSMJN

Conselho Profissional de Serviço Jurídico
do Município de Juazeiro do Norte



RECOMENDO que o Excelentíssimo Senhor Gestor deva realizar a contratação através de Inexigibilidade de Licitação, desde que observado todos os pontos acima apontados, que o processo esteja perfeitamente instruído com os documentos já citados e exigidos por lei.

Ressalta-se, derradeiramente, que o presente arrazoado tem caráter meramente opinativo, não vinculando o administrador em sua decisão, conforme entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.073, rel. Ministro Carlos Velloso, supracitado.

À consideração de Vossa Senhoria.

É o parecer.

S.M.J.

Juazeiro do Norte/CE, 03 de junho de 2022.

LUCIANO ALVES DANIEL
Procurador Jurídico – OAB/CE 14.941
Resolução 05/2021

