

PARECER JURÍDICO

Encaminhamento: Setor de Licitações.

Interessados: Secretaria Municipal de Saúde

EMENTA: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. FORNECEDOR EXCLUSIVO. POSSIBILIDADE.

RELATÓRIO

Os presentes autos foram submetidos à Procuradoria Jurídica para emissão de parecer acerca da possibilidade de contratação direta, mediante processo de inexigibilidade, de empresa especializada *"para aquisição de suprimentos/reagentes para o Equipamento de Hematologia Mindray pertencente ao Laboratório Municipal"*, de acordo com descrição e especificações técnicas verificadas no Termo de Referência encaminhado em anexo.

É o breve relatório.

PARECER

A Lei 8.666/93 estabelece como regra geral para contratações a adoção do processo licitatório. O instituto da inexigibilidade, entretanto, é uma das hipóteses excepcionais previstas pelo legislador ordinário de disposição de verba pública com ausência de licitação, desde que haja conformidade com o objetivo constitucional e os princípios da igualdade e da proposta mais vantajosa para o interesse público.

Conforme disciplina a Lei nº 8.666/93, o processo licitatório é inexigível quando houver inviabilidade de competição, enumerando algumas expressas situações, como é o caso do inciso I de seu art. 25. Assim sendo, 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 [...] (Grifei)

A Certidão (Carta de Autorização nº CAAM-001/2022) acostada ao Termo de Referência, exarada pela empresa **Shenzhen Mindray Bio-Medical Electronics Co. Ltd (Mindray)**, por intermédio de sua representante em território brasileiro, a empresa **Mindray do Brasil com. dist. de equip. médicos LTDA.**, dá conta de demonstrar que a **J.R EHLKE E CIA LTDA.**, é distribuidor exclusivo em diversos Estados do País, inclusive em Santa Catarina, "estando autorizado a importar, comercializar e prestar assistência técnica, assim como participar em todas as modalidades de licitações, dentro desse(s) território(s)". Nestes termos, veja-se:

*[...] a empresa **J.R. EHLKE E CIA LTDA**, CNPJ: 76.730.076/0001-34 [...] é um **DISTRIBUIDOR**, nos termos do Contrato de Distribuição, firmado entre as partes, e encontra-se cadastrado e autorizado a comercializar os produtos Mindray, de nossa linha de negócio de "DIAGNÓSTICO IN VITRO"-IVD, de uso Humano, dentro do território Nacional, de forma exclusiva no(s) Estado(s): PARANÁ/PR, SANTA CATARINA/SC, RIO GRANDE DO SUL/RS, RIO DE JANEIRO/RJ, ESPÍRITO SANTO/ES, MINAS GERAIS/MG (Exceto as Cidades da Região do Triângulo Mineiro), PERNAMBUCO/PE, PARAÍBA/PB, RIO GRANDE DO NORTE/RN, CEARÁ/CE, PIAUÍ/PI, E MARANHÃO/MA, estando autorizado a importar, comercializar e prestar assistência técnica [...] assim como, participar em todas as modalidades de licitações, dentro desse(s) território(s). (Grifei)*

Assim sendo, não há dúvidas de que aludida empresa é a única capaz de fornecer os produtos objetivados com a qualidade pretendida, não havendo outra habilitada para tanto.

Além da exigência prevista no art. 25 (conforme mencionado alhures), impõe a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, que sejam justificadas a escolha da contratante e o preço do contrato:

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." (Grifei).

A escolha da empresa que se pretende contratar foi devidamente justificada pela unidade requisitante, nos seguintes termos:

Justificativa: O laboratório Municipal possui vários equipamentos para execução de exames, e um deles é o Equipamento de Hematologia Mindray, que executa principalmente exames de hemograma completo, um exame básico e muito solicitado pelos médicos das Unidades Básicas de Saúde. Para o funcionamento deste equipamento é preciso adquirir reagentes e suprimentos para o mesmo, justificando-se assim este processo. (Grifei)

No que diz respeito à justificativa do preço, cumpre observar que os atos que antecedem qualquer hipótese de contratação direta não recebem um tratamento diferenciado, nem simplificador, daqueles que precedem a contratação mediante o procedimento licitatório. O agente público está obrigado a seguir um procedimento administrativo destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais aplicáveis a toda contratação pública. Permanecerá, a todo tempo, o dever de buscar e concretizar a melhor contratação possível. Todos os meios possíveis e idôneos devem ser considerados pelo agente público para demonstrar que o preço cobrado do fornecedor escolhido é razoável.

Cumpra-se, assim, o princípio administrativo da motivação necessária e confere-se segurança ao negócio jurídico que se formalizará, sobretudo em relação à norma do art. 113 da Lei nº 8.666/93, que determina incumbir aos órgãos e entidades públicos a demonstração da legalidade e regularidade da despesa e da execução, constituindo clara inversão

do ônus probatório que afeta a presunção de legalidade e legitimidade atribuída aos atos administrativos em geral. Vale observar que a jurisprudência do TCU é firme em indicar que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade.¹

Portanto, a justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993) deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) no caso de dispensa, pela apresentação de, no mínimo, 3 (três) cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima; (ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas. (AC 1565/15 – Plenário).

Frise-se, neste íterim, que a Secretaria Municipal de Saúde acostou ao Termo de Referência notas fiscais dos mesmos produtos comercializados pela futura contratada, em datas diversas, capazes de bem demonstrar que o preço ajustado é o preço adequado. Ademais, há juntado aos Autos o Extrato n. 061/2021, oriundo da Concorrência (SRP) n. 0301/2020 e Ata de Registro de Preços n. 015/2021, em que é possível observar a equivalência de preços - do objeto - com àqueles ofertados nesta inexigibilidade.

Assim, não há que se falar em preços mercadológicos divergentes, e/ou diversos daqueles quais serão contratados pela municipalidade.

No ensejo, esta Procuradoria sugere que a contratação pode ser efetivada, na modalidade escolhida, sendo que deverá ser providenciada pelo setor competente a elaboração do Termo de Inexigibilidade de Licitação a ser comunicado dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para Ratificação e Publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, tendo em vista ser condição para a eficácia dos referidos atos, nos termos do artigo 26 da Lei 8.666/93.

É o parecer.

Xanxerê/SC, 21 de março de 2022.

¹ 2.742/2017-1ª Câmara, 1.022/2013-Plenário, 3.506/2009-1ª Câmara, 1.379/2007-Plenário.

Pedro Piccini

PEDRO HENRIQUE PICCINI

Consultor Jurídico do Município de Xanxerê

OAB/SC 61.229