

PARECER JURÍDICO Nº. 2.737/2.021 – L.C.

Interessado: Programa de Saúde dos Servidores Municipais.

Referência: Inexigibilidade de Licitação – Contratação de Empresa Especializada – Assessoria Mercadológica na Área da Saúde.

Protocolo nº: 2021040671.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÕES E CONTRATOS – PARECER JURÍDICO – CONTRATAÇÃO DIRETA. INXEGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - LEI FEDERAL Nº 8.666/93, ARTS. 25, II E 26. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 010/2015, ART. 4º, X.

1. RELATÓRIO DA CONSULTA

Adveio a esta Procuradoria Jurídica Municipal, a fim de se conferir análise e parecer, via do Programa de Saúde dos Servidores Municipais, por sua chefia, o Processo Administrativo de nº 2021040671, que trata sobre Inexigibilidade de Licitação a ser instaurada com vistas à *“Contratação da ANDREI PUBLICAÇÕES MÉDICAS FARMACÊUTICAS TÉCNICAS LTDA para assessoria mercadológica na área da saúde, através de banco de dados relacional, contendo informações de serviços farmacêuticos e hospitalares com a disponibilização de acesso a periódico impresso e digital conforme estipulado no Termo de referência (Anexo I)”*.

Vieram os autos instruídos com os seguintes componentes:

1. Protocolo de abertura;
2. Solicitação de Certidão Orçamentária;
3. Portaria nº 04/2.021, de 01 de janeiro de 2.021, de designação da Gestora do PRÓ-SAÚDE;
4. Termo de Referência com 04 páginas;

5. Propostas de Preços;
6. Alteração e Consolidação de Contrato Social;
7. Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, certidão negativa de débitos relativos aos tributos Federais e à Dívida ativa da União, Certidão de Débitos Tributários Não Inscritos na Dívida Ativa do Estado de São Paulo, Certidão Conjunta de Débitos de Tributos Mobiliários, Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, Certificado de Regularidade do FGTS – CRF;
8. Declaração de Exclusividade;
9. Termo de Nomeação de Fiscal;
10. Termo de Concordância de Nomeação de Fiscal;
11. Decreto nº 180/2.021, de 12 de fevereiro de 2.021;
12. Requisição *Prodata* nº 90992021;

Em síntese, é o relato do que basta.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. NATUREZA E EXTENSÃO DO PRESENTE PARECER:

Cogente digressão inicial quanto à natureza e extensão do presente ato, com o fim de que reste direcionado e alertado ao Gestor sua autonomia decisória sobre eventuais ponderações/recomendações aqui destacadas, que impeçam ou eventualmente obstaculize o regular sequenciamento do feito.

Tem a referida atuação jurídica, quanto ao momento legal do presente procedimento, a incumbência de análise quanto à conformidade dos atos praticados durante todo o processo com as disposições legais e normativas incidentes.

É instrumento jurídico obrigatório que possui o condão de auxiliar no controle interno dos atos administrativos. Tem natureza consultiva, na medida em que a partir de

seu conteúdo é que o Gestor avaliará a extensão e gravidade de eventuais defeitos do processo ou sua integral conformidade com a legislação e, assim assessorado, bem defina o foco da Administração, quer pela contratação direta, quer por outra medida que o torne sem efeito, observada a autotutela administrativa.

A extensão do presente é vinculada ao aspecto jurídico do processo administrativo, somente. Quer-se com isso dizer que nada que diga respeito à técnica do objeto da contratação deva ser expedido juízo de valor jurídico, pressupondo ter o Gestor se municiado de toda capacidade técnica e conhecimentos específicos sobre o que é contratado *latu sensu*, ao fim precípua de alcançar o interesse da Administração Pública.

Quanto ao ponto, necessária a reprodução da exigência legal do ato jurídico-opsinativo que se deflagra, na forma contida na Lei Federal nº 8.666/93, mormente as disposições do artigo 38, inciso VI, *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:

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

Por assimetria legal, o mesmo se tem por exigência a orientação do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCM/GO) explicitada na Instrução Normativa nº 010/2015, segundo a qual:

Art. 3º Os processos referentes aos procedimentos para contratação deverão conter, no que couber:

[...]

VI – Pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;



Nesta senda, o objeto do presente parecer fica circunscrito aos seguintes aspectos a) instrução e formação do processo administrativo; b) motivação da pretensa contratação; c) regularidade do procedimento. Nesse enfoque, tecidas tais considerações, passamos à análise do processo epigrafado.

2.2. CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

É bem sabido que a contratação direta constitui verdadeira ressalva à regra estampada no art. 37, XXI, da Carta Republicana, em que estabelece a obrigatoriedade de se proceder à licitação ante a quaisquer contratações públicas, cabendo ao administrador a escolha da proposta mais vantajosa à primazia do interesse público. Por assim ser, mostra o texto da lei que a licitação será inexigível quando a competição for impossível, tecendo o art. 25, da Lei 8.666/93, hipóteses meramente exemplificativas, quais sejam:

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; (Grifei)

III - para a 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.

In *casu*, através do processo de inexigibilidade de licitação posto em análise, o Pró-Saúde pretende realizar contratação da ANDREI PUBLICAÇÕES MÉDICAS FARMACÊUTICAS TÉCNICAS LTDA para assessoria mercadológica na área da saúde, através de banco de dados relacional, contendo informações de serviços farmacêuticos e hospitalares com a disponibilização de acesso a periódico impresso e digital, sob o argumento de notória especialização e capacidade técnica demonstrada, bem como em razão dos preços serem compatíveis com o mercado regional, enquadrando-se, com isso, na hipótese do inciso II do art. 25 supratranscrito, que a alude a:

[...] serviços que não são passíveis de avaliação objetiva quanto à vantajosidade. São os serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular e prestados por profissionais ou empresas de notória especialização. Nestes casos, a Administração tem interesse na contratação de um resultado produzido pelo trabalho de uma pessoa dotada de uma capacidade especial de aplicar seu conhecimento teórico para a solução de problemas concretos. Trata-se de serviço cuja complexidade foge ao domínio dos profissionais em geral, mesmo dos considerados "especializados", prestados por profissionais ou empresas cuja especialização é tão evidente e excepcional, que podem ser aferidas por critérios objetivos, como conclusão de cursos e titulação, participação em organismos voltados especificamente à finalidade pretendida pelo ente administrativo etc. [...] (José Carlos de Oliveira, in Licitação: dispensa, inexigibilidade e serviços técnicos e especializados, Unesp, p, 15).

Assim, em obediência ao dispositivo de lei supratranscrito, denota-se que a contratação direta de assessoria mercadológica na área da saúde é uma das hipóteses permissivas em razão de se tratar de serviço intelectual, incompatível com a concorrência objetiva, uma vez que o profissional ou empresa não apenas executam trabalhos rotineiros, mas ao contrário executam ações de toda ordem, e tais trabalhos são executados de forma diferente por cada profissional, em sintonia de confiança com o contratante.

O que se deve ter em mente para a referida contratação é a NATUREZA SINGULAR do objeto, pois é essa condição que acarreta na necessidade de contratar um notório especialista, tendo em vista que quando o objeto é singular o resultado de sua execução é inesperado, imprevisto, necessitando de capacidade para cumpri-lo.

Ademais, quanto à notória especialização, sabe-se que se caracteriza por uma série de fatores subjetivos entre os quais destaca-se a confiança entre o gestor-contratante e o profissional-contratado, a boa reputação do profissional no meio em que atua, trabalhos já prestados, formação curricular, históricos de bons resultados, o que fica evidenciado na decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL proferida em março de 2014, de relatoria do Min. Dias Tóffoli, da qual transcrevo parte que nos interessa:

[...] a notória especialização guarda um conceito relativo, que pode variar de acordo com a localidade da prestação contratual. Ou seja, determinado profissional, detentor de alguns atributos ou de específica formação, pode ser reconhecido como notório especialista em uma pequena cidade ou região, embora seu trabalho e sua reputação sejam totalmente desconhecidos em uma grande capital. Já o requisito da singularidade é interpretado pelo apelante de forma totalmente equi-vocada e dissonante do seu conceito legal, uma vez que em suas razões recursais afirma que 'os serviços contábeis não possuem singularidade, podendo ser realizados a contento por qualquer técnico ou contador' (fl. 1.111). Ora, a singularidade envolve elemento objetivo, sendo, portanto, uma característica diferenciadora do objeto. Ou seja, é o serviço pretendido pela Administração que é singular e não aquele que o

executa, como quer fazer crer o apelante. Caso contrário, estaríamos diante de uma exclusividade, tomando inócuo o dispositivo, pela prescrição já existente no inciso I do artigo 25 da Lei de licitações, acima transcrito. Como bem frisou a julgadora singular, não havia na municipalidade escritório contábil com experiência comprovada em contabilidade pública, como a empresa Assesplan Contabilidade, Assessoria e Planejamento Ltda., que, inclusive, já prestava serviços para diversas outras Prefeituras e Câmaras Municipais dos Estados de Goiás e Tocantins (ARE 664945, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 18/03/2014, publicado em DJe-057 DIVULG 21/03/2014 PUBLIC 24/03/2014).

No mesmo sentido já se manifestou o TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DE GOIÁS:

[...] podemos afirmar que o entendimento adotado pelo STF quanto à possibilidade de contratação direta sob o prisma da confiança, não dissente do entendimento desta casa, uma vez que o TCM tem aceitado tal modalidade de contratos quando celebrados de forma convergente às instruções normativas da casa e ao comando da lei 8666/93, verificando ainda se os preços encontram-se razoáveis ao praticado no mercado, e por entender que não há lógica nem possibilidade de averiguação por licitação de bens intelectuais. Não há mais espaço para divergir do entendimento do STF, sob pena de atribuir ao jurisdicionado deveres conflitantes com o entendimento da Suprema Corte promovendo insegurança jurídica, e criando ônus para a administração pública sem previsão legal. [...] note-se que as atividades contábeis, são essenciais ao município, e que a decisão de criar o cargo público a ser provido por funcionário público, para desempenho de tais funções, é uma decisão que compete ao município, que precisa ponderar seus recursos e planejamentos, não havendo obrigatoriedade legal (TCM/GO, ACÓRDÃO AC-CON Nº 00007/2015, Processo 08225/14, Formosa, Relator CONS. SUBST. IRANY DE CARVALHO JÚNIOR, Revisor CONS. NILO RESENDE).

A partir de tais considerações, impende destacar que a averiguação de tais requisitos incumbe ao gestor/administrador, tal como analisado pelo TCU:

[...] cabe ao administrador avaliar se determinado profissional é ou não no-tório especialista no objeto singular demandado pela entidade, baseando-se, para tal julgamento, no desempenho anterior do candidato e nas demais características previstas no § 1º do art. 25 da Lei de Licitações. Quem, senão administrador, poderá dizer se determinado instrutor é 'essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato', no caso, um curso perfeitamente direcionado para o atendimento das peculiaridades do órgão contratante? Apenas ele, mediante motivação em que relacione as razões da escolha, poderá identificar no professor ou na empresa contratada os requisitos essenciais impostos pelas particularidades do treinamento pretendido. (TCU, Decisão 439/1998, excerto do voto do Min. Augusto Sherman)

Vale acrescentar, ainda, que incumbe ao gestor analisar se a proposta de preço na celebração do contrato condiz com os valores contratados na região, a fim de se precaver com eventual superfaturamento ou onerosidade excessiva, ressaltando-se que nas contratações por inexigibilidade de licitação, a pesquisa de preços tem duas finalidades:

- a) De justificar a razoabilidade da despesa, ou seja, demonstrar que os benefícios da contratação são proporcionais aos respectivos gastos;
- b) Demonstrar que o executor pratica preços de mercado, não alvitando enriquecimento ilícito;

Não é demasiado ressaltar, ainda, que não estamos diante de serviço de exclusividade absoluta, mas sim de exclusividade relativa, por existir mercado. Todavia, frisa-se, é o gestor - em seus atos de administração - quem tem o poder decisório de averiguar a capacidade técnica diferenciada do contratado.

J

Dessa maneira, tratando-se de exclusividade relativa, por existir mercado, a comprovação dos preços deve ser feita com base nos preços praticados pelos demais executores existentes.

Sendo assim, utilizando-se da inexigibilidade de licitação, com espeque no artigo 25, inciso II, da Lei nº. 8.666/93, com alterações posteriores, amparado pelo art. 4º, § 1º, inciso IV, da Instrução Normativa nº 010/2015, do Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás, deve-se observar:

Art. 4º. Além da documentação obrigatória tratada no artigo anterior, deverão ser apresentadas ainda, na formalização dos processos de licitações e contratos, as peças complementares que atendam às peculiaridades de cada situação a seguir:

§ 1º Nos casos de contratos devem ser observadas as seguintes situações:

V - contrato de prestação de serviços contábeis e jurídicos:

- a) procedimento licitatório na modalidade cabível;
- b) motivação para a escolha do prestador de serviço (no caso de inexigibilidade), nos termos do art. 25, li, c/c art. 26, Parágrafo Único, li, ambos da Lei nº 8666/93;
- c) justificativa do preço contratado. Relacionar com o preço do exercício anterior, e com o preço pago por outros municípios de porte equivalente, consoante art. 26, Parágrafo Único, li, da Lei nº 8666/93;
- d) composição detalhada dos custos unitários dos itens que compõem os preços contratuais, conforme art. 26, Parágrafo Único, III, da Lei nº 8666/93.

Nessa linha de pensamento, verificamos a plausibilidade jurídica para a referida contratação, sendo que a contratação direta deverá resultar em procedimento próprio, formalizado adequadamente em processo que a justifique, com demonstração dos motivos que levaram à inexigibilidade, a razão da escolha do contratado, comprovação de

que os preços adotados são compatíveis com os serviços a serem executados, de acordo com o art. 26, Lei 8.666/93:

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. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Esclarece-se que os atos de Adjucação e Homologação dispostos art. 43, inciso VI da Lei 8666/93, podem ser substituídos por ATOS DECLARATÓRIOS, conforme disposto no art. 3º parágrafo único, da Instrução Normativa nº 010/2015, do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás.

Dessa forma, infere-se que em casos como o presente que, como condição para a eficácia dos atos, deve-se comunicar, dentro de 03 (três) dias, à Autoridade Superior para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, do extrato da contratação, medida imprescindível que deverá ser observada pela Administração.

3. CONCLUSÃO

J

Ante todo o exposto, conclui-se que os serviços técnicos enumerados no artigo 13 da lei 8.666/93 podem ser contratados mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, desde que:

- a) O gestor faça o enquadramento do serviço como de "natureza singular";
- b) O gestor ratifique no procedimento a notória especialização do prestador de serviço a ser contratado, segundo os seus critérios de escolha;
- c) Relacione no procedimento a comprovação de que o preço pago por outros Municípios de porte equivalente condiz com a proposta apresentada pela empresa contratada, consoante art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8666/93;
- d) Apresente o Mapa de Apuração de Preços por Fornecedor;
- e) Certidão de Existência de Dotação Orçamentária;
- f) Se carreie aos autos a Minuta do Contrato de Prestação de Serviços Técnicos Especializados;
- g) Se carreie aos autos o Despacho da Gestora Municipal do Pró-Saúde para autorização da instauração do procedimento licitatório;
- h) Se carreie aos autos o Decreto de Nomeação da Comissão Permanente de Licitação;
- i) Se carreie aos autos orçamentos para a devida justificada do preço ofertado conforme dispõem a Instrução Normativa nº073/2020 em seu artigo 7º;
- j) Se carreie aos autos contratos da empresa interessada firmados com demais Órgãos;
- k) Os atos de Adjudicação e Homologação dispostos art. 43, inciso VI da Lei 8666/93, podem ser substituídos por ATOS

DECLARATÓRIOS, conforme disposto no art. 3º parágrafo único, da Instrução Normativa nº 010/2015, do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás;

- I) Como condição para a eficácia da contratação, após a efetivação desta, deve-se comunicar, dentro de 03 (três) dias, à Autoridade Superior para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, do extrato da contratação, medida imprescindível que deverá ser observada pela Administração;

É o parecer. S.M.J.

Catalão (GO) aos, 21 de dezembro de 2021.



João Paulo de Oliveira Marra
Procurador-Chefe Administrativo
OAB/GO 35.133