



PARECER PROCESSO INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO 6/2021-012FMS

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA HABILITADA PELO MINISTÉRIO DE ESTADO DA SAÚDE, PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALAR A SER PRESTADO A SAÚDE INDÍGENA CONFORME PORTARIA Nº 3.694, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2020, PARA ATENDER A DEMANDA DO MUNICÍPIO DE TUCUMÃ.

SINTESE

Trata-se de consulta formal da ilustre Secretária de Saúde do Município no sentido de contratação direta da empresa HOSPITAL E MATERNIDADE SANTO AGOSTINHO para recebimento do INCENTIVO DE ATENÇÃO ESPECIALIZADA AOS POVOS INDÍGENAS com recurso Bloco de Manutenção das Ações e Serviços Públicos de Saúde – Grupo de Atenção Especializada, a ser incorporado ao limite financeiro de Média e Alta Complexidade-MAC do Estado do Pará. Explicitou no ofício em epígrafe a fonte dos recursos. Esclareceu que a citada empresa é a única habilitada no município através da portaria GM/MS Nº 3.694, de 22 de Dezembro de 2020. Juntou documentação da empresa que visa contratar pela modalidade de inexigibilidade, dentre eles, declaração do órgão competente, certificando tratar-se a empresa em tela, com a única de fato habilitada. Este é o breve relatório.

Ao analisar o caso vertente, é imperioso tecer prefacialmente, algumas considerações. Sobretudo, por serem estas considerações, os fundamentos de fato e de direito que servem para nortear e definir o posicionamento a ser adotado pela Administração Pública.

A Administração, encontra-se investida do poder chamado discricionário. Que vem a ser em linguagem didaticamente simples, nada mais do que o poder de liberdade de escolha para a execução e ou contratação de determinados serviços, que ficam vinculados ao interesse do Administrador e à sua função social e ou utilidade pública. Neste sentido, leciona o brilhante Jurista Administrativo, HELY LOPES MEIRELLES:

“Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.”

Curso de Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, Ed. Malheiros, pág. 103

Não obstante, nota-se no caso em tela à ausência de diversos conceitos básicos para a autuação e realização do certame licitatório, pois antecipadamente, a administração tem consciência de que não poderá vislumbrar a escolha da proposta mais vantajosa, porque não haverá mais um proponente participando da licitação, conduzindo o entendimento para uma inviabilidade de competição.

O tratadista Marçal Justen Filho comentando a inviabilidade de competição argumenta:

“É imperioso destacar que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma idéia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma conseqüência, que pode ser produzida por diferentes causas, as



quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação. (grifo nosso)¹

Segundo Marçal a “inviabilidade de competição” se dá pela ausência de pressupostos necessários para a adoção do processo licitatório, entre ao quais destaca: a licitação como conjugação de atividades públicas e privadas; a licitação como escolha entre diversas alternativas; a licitação como escolha de uma dentre diferentes alternativas; a licitação como uma disputa entre particulares; a licitação como um convite aos particulares para ofertarem propostas; a licitação como uma seleção segundo critérios objetivos.

O douto professor de Direito Administrativo Diogenes Gasparini, sobre inexigibilidade de licitação, leciona:

*“A licitação só tem razão de ser nas hipóteses em que se pode instaurar uma competição entre os licitantes interessados em negociar com a entidade, em principio, obrigada a licitar. Inexistindo essa possibilidade, torna-se inútil o certame e absurda a sua exigência.”*²

Quando inexistem os pressupostos conceituais para tornar viável a competição entre particulares, a licitação seria estéril, visto que não há como se obter vantagem para a administração em um processo com apenas um concorrente, porque com certeza não ocorrerá nenhum processo seletivo. Senão vejamos o que diz Marçal:

*“A idéia de seleção entre particulares envolve, por outro lado, uma pluralidade de alternativas aptas a satisfazer o interesse sob tutela estatal. Selecionar significa escolher e tal depende da existência de mais de uma opção. Quando não há pluralidade de opções, não existe sentido em aludir escolha. Quando se trata de contratação administrativa, a licitação adquire sentido quando for possível satisfazer os interesses perseguidos pelo Estado através de diferentes alternativas.”*³

E ainda:

*“A primeira hipótese de inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública. Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Mais precisamente, a competição será inviável porque não há alternativas diversas para serem entre si cortejadas.”*⁴

A conceituada professora de direito administrativo e autora da obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública” Maria Adelaide de Campos França leciona que:

*“... não há necessidade de licitação quando o material pretendido somente pode ser fornecido por um único fornecedor, não havendo nenhum outro que o forneça.”*⁵

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11ª edição, São Paulo: Dialética, 2005, pág. 272.

² GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*, 13ª Ed. ver. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2008, pág. 550.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11ª edição, São Paulo: Dialética, 2005, pág. 272.

⁴ Ibidem, pág. 273.

⁵ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e contratos da Administração Pública*. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo-SP: SARAIVA 2004, pág. 65.



O exame caput do artigo 25, da Lei Federal 8.666/93 evidencia situação de inviabilidade de competição em virtude da ausência de pluralidade de particulares em situação de contratação. Essa inviabilidade de competição não se relaciona com a natureza jurídica do contrato de compra ou venda, dos produtos ou serviços. O núcleo da questão está na ausência de alternativas para a administração, ou seja, neste caso específico a contratação direta da empresa HOSPITAL E MATERNIDADE SANTO AGOSTINHO para recebimento do INCENTIVO DE ATENÇÃO ESPECIALIZADA AOS POVOS INDIGENAS com recurso Bloco de Manutenção das Ações e Serviços Públicos de Saúde – Grupo de Atenção Especializada, a ser incorporado ao limite financeiro de Média e Alta Complexidade-MAC do Estado do Pará, pela sua natureza jurídica não são serviços exclusivos, o que a torna exclusiva é a sua unicidade no mercado em que os serviços serão prestados.

Tem sido comum, se perguntar: as hipóteses de inexigibilidade de licitação de que trata o inciso I, do artigo 25 só se enquadra a aquisição de bens? A resposta é positiva, o inciso I só prevê a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros (bens de modo geral) que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo e nada prescreve sobre a contratação de serviços. Contudo a administração municipal se depara com situações em que determinados serviços são prestados por um único empresário, sendo incabível e absurda a realização de licitação. A prática tem demonstrado que as situações de inexigibilidade estão além do previsto nos incisos do artigo 25. Daí há que se debruçar sobre a interpretação do caput do artigo, sob os conceitos da inviabilidade de competição e especialmente, demonstrar com clareza a ausência dos pressupostos jurídicos para realização do certame.

Segundo Diogenes Gasparini se não aplicarmos a caput do artigo 25, da lei 8.666/93 não que legalidade para se aplicar o inciso I:

Destarte, se não incluirmos no caput a contratação de serviços, quando somente um empresário pode prestá-los, a licitação será imprescindível, o que é um absurdo, e se a fundamentarmos no inciso I, ela será ilegal, pois estaríamos ampliando a hipótese de inexigibilidade.⁶(grifo nosso.

O emérito professor Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello admite a existência de situações de inexigibilidade de licitação não contempladas nos incisos I a III do artigo 25 e leciona:

“Outras hipóteses de exclusão de certame licitatório existirão, ainda que não arroladas nos incisos I a III, quando se proponham situações nas quais estejam ausentes pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores dos certames licitatórios.”⁷

O mesmo se manifesta favorável a utilização do caput do artigo 25 para fundamentar outras situações de inexigibilidade de licitação e acrescenta: “... *ainda que a ele se tenha que conferir algum elastério,*...” e completa citação de advertência de Carlos Maximiliano:

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva

⁶ GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*, 13ª Ed. ver. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2008, pág. 553.

⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso Direito Administrativo*, 22ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2008, pág. 537.



inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.”⁸

Portanto, podemos concluir que sendo impossível promover a concorrência entre particulares, a licitação será imprestável e absurda, mesmo não estando a inexigibilidade contemplada nos incisos I a III, do artigo 25, da lei Federal 8.666/93.

CONCLUSÃO

Pelas justificativas e fundamentação acima apresentadas fica cristalino que a presente situação caracteriza uma inviabilidade de competição, na qual a empresa HOSPITAL E MATERNIDADE SANTO AGOSTINHO, figura como única e capaz de atender ao objeto a ser contratado pela Prefeitura Municipal.

Isto posto, esta Assessoria recomenda inexigibilidade de processo licitatório, para contratação direta da empresa HOSPITAL E MATERNIDADE SANTO AGOSTINHO para recebimento do INCENTIVO DE ATENÇÃO ESPECIALIZADA AOS POVOS INDIGENAS com recurso Bloco de Manutenção das Ações e Serviços Públicos de Saúde – Grupo de Atenção Especializada, a ser incorporado ao limite financeiro de Média e Alta Complexidade-MAC do Estado do Pará, por inviabilidade de competição, concretizada pela exclusividade do prestador dos serviços.

A presente inexigibilidade tem amparo no disposto do caput do artigo 25, da Lei Federal nº 8.666/93 com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.883/94, balizada pela inviabilidade de competição e fartamente justificada pelas características da prestação dos serviços pretendidos pela administração. São os termos.

Tucumã-PA, 09 de abril de 2021.

Assessor Jurídico

⁸MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Apud. Carlos Maximiliano. *Curso Direito Administrativo*, 22ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2008, pág. 538.