



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 13931/11

Origem: Secretaria de Estado da Saúde da Paraíba

Natureza: Licitação - inexigibilidade

Responsável: Waldson Dias de Souza

Advogados: Gabriel Galvão Dantas Tenório, Bruno Torres de Almeida Donato, Daniel José de Brito Veiga Pessoa, Ronilton Pereira Lins, Lidyane Pereira Silva, Marcela Bethulia Casado E Silva, Patrícia Sebastiana Paiva da Silva, Felipe Rangel de Almeida

Interessada: Servprol Serviços e Comércio de Produtos Médicos Ltda. (Valdir Pereira da Silva Junior - representante legal)

Advogados: Nildeval Chianca Rodrigues e Andréa Costa do Amaral

Relator: Conselheiro André Carlo Torres Pontes

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E CONTRATO. Governo do Estado. Administração Direta. Secretaria de Estado da Saúde. Inexigibilidade de Licitação. Fornecedor exclusivo no âmbito estadual. Ausência de justificativa de preço. Não demonstração de prejuízos ao erário. Regularidade com ressalvas do procedimento. Recomendação. Determinação para verificação da despesa e comprovação dos serviços.

ACÓRDÃO AC2-TC 00574/13

RELATÓRIO

Cuida-se de análise do procedimento de inexigibilidade 15/2011, por meio do qual o Governo do Estado, mediante a Secretaria de Estado da Saúde, sob a responsabilidade do Sr. WALDSO N DIAS DE SOUZA, efetivou contratação direta da empresa SERVPROL SERVIÇOS E COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICOS LTDA., com vistas à prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, incluindo reposição de peças originais, em equipamentos da marca Baumer, instalados nos hospitais da rede estadual, no valor total de R\$ 1.653.600,00, com fundamento no art. 25, I, da Lei 8.666/93.

Documentação inicialmente encartada às fls. 02/121.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 13931/11

Relatório inicial da Auditoria (fls. 126/127) concluiu, preliminarmente, pela irregularidade do procedimento, em razão das eivas ali apontadas.

Em atenção ao contraditório e à ampla defesa, procedeu-se à citação do gestor interessado, o qual, após pedido de prorrogação de prazo deferido, apresentou defesa escrita. (fls. 133/162).

Depois de examinar os elementos defensórios, a Unidade Técnica de Instrução lavrou novel relatório (fls. 165/169), mantendo a irregularidade do procedimento e do contrato dele decorrente, em face das seguintes máculas: **1)** ausência de justificativa de preço; **2)** utilização de contratação via inexigibilidade de licitação, quando haveria a possibilidade de participação de empresas sediadas em outras unidades da federação; e **3)** ausência de cópia da publicação do extrato do contrato (eiva não apontada no relatório exordial, já que, naquele momento, não se tinha notícia sobre a celebração do ajuste).

Na sequência, foi anexado o Documento TC 04736/12 (fls. 170/315), cujos elementos, à exceção de informações prestadas pela empresa contratada à SES/PB, já integravam o caderno processual.

Os autos, então, foram encaminhados ao Ministério Público de Contas para análise. Nesse compasso, em pronunciamento de lavra da Procuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz (fls. 317/319), o Órgão Ministerial concluiu pela *“irregularidade do procedimento, do contrato dele decorrente, com cominação de multa pessoal à autoridade responsável pela homologação e representação ao MP Comum, por menoscabo ao prescrito na Lei das Licitações e Contratos”*.

Ao examinar a matéria para fins de julgamento, observou-se a necessidade de adoção de medida complementar, porquanto, acaso prosperassem os entendimentos externados pela Auditoria e pelo Órgão Ministerial quando do julgamento da matéria, poderia haver repercussão direta à empresa contratada. Diante dessa situação, à luz do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal¹, a fim de salvaguardar o contraditório e a ampla defesa, determinou-se a citação do representante legal da empresa contratada, facultando-lhe oportunidade de se manifestar acerca das conclusões dos Órgãos Técnico e Ministerial.

¹ MS 23550, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2001, DJ 31-10-2001 PP-00006 EMENT VOL-02050-3 PP-00534.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 13931/11

Defesa apresentada pela empresa contratada às fls. 326/373.

O álbum processual foi enviado à Auditoria para exame da peça defensiva, tendo aquele Órgão mantido o entendimento outrora externado (fls. 376/380).

Novamente instado a se pronunciar, o *Parquet* Especial, em parecer de lavra da Procuradora acima referida, pugnou pela: a) irregularidade da Inexigibilidade 015/11 e do Contrato dela advindo; b) aplicação de multa à autoridade responsável; e c) expedição de recomendação no sentido de que as regras atinentes à inexigibilidade de licitação sejam observadas em procedimentos futuros.

Retornado os autos ao gabinete do relator, agendou-se o processo para a presente sessão, sendo efetuadas as intimações de estilo.

VOTO DO RELATOR

A licitação é pré-requisito elementar na execução da despesa pública, sendo ordenada em sede constitucional no art. 37, XXI, da atual Carta. Em sua dupla finalidade, tanto é procedimento administrativo tendente a conceder à pública administração melhores condições (de técnica e de preço) nos contratos que celebrar, quanto e precipuamente se revela como instituto de concretude do regime democrático, pois visa, também, facultar à sociedade a oportunidade de participar dos negócios públicos.

Por ser um procedimento que só garante a eficiência na Administração, visto que sempre objetiva as propostas mais vantajosas, a licitação, quando não realizada ou realizada em desacordo com a norma jurídica, longe de configurar mera informalidade, constitui séria ameaça aos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade e moralidade, além de profundo desacato ao regime democrático, pois retira de boa parcela da atividade econômica a faculdade de negociar com a pública administração.

Cumprе recordar ainda ser a licitação procedimento vinculado, formalmente ligado à Lei 8.666/93, não comportando discricionariedades em sua realização. É fácil constatar, portanto, que o dever geral de licitar está acima da inexigibilidade licitatória: a licitação é a regra; a inexigibilidade, a exceção.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 13931/11

No ponto, pela via direta da inexigibilidade de licitação foi celebrado o Contrato 002/2012, em 26 de janeiro de 2012, objetivando a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, incluindo reposição de peças originais, em equipamentos da marca Baumer, instalados nos hospitais da rede estadual, no valor total de R\$ 1.653.600,00. O procedimento foi fundamentado no art. 25, inciso I, da Lei Nacional nº 8.666/93. Eis o dispositivo legal:

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.

Com base nesse comando normativo, a SES/PB firmou contrato direto com a empresa SERVPROL SERVIÇOS E COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICOS LTDA., sob o fundamento de que o serviço por ela prestado estaria sob a pecha da exclusividade, em razão da outorga que lhe foi concedida pela fabricante dos equipamentos cuja manutenção se pretende realizar.

O ponto central de discussão no presente caso cinge-se ao fato de a Auditoria e o Órgão Ministerial questionarem a via eleita (inexigibilidade) pela Administração Pública para efetuar a contratação, já que, no âmbito nacional, existiriam outras empresas que poderiam prestar os serviços pretendidos, de forma que restaria configurada a possibilidade de licitação.

Segundo o entendimento externado pela Auditoria, em razão do elevado valor, deveria ter sido concretizada pesquisa de âmbito nacional, com escopo de aferir a exclusividade do fornecedor para a prestação dos serviços. Para o Órgão Técnico, a exclusividade do representante comercial seria relativa e, por esse motivo, deveria ter sido verificada no âmbito do território nacional, não podendo se restringir ao solo paraibano.

A inexistência de uma multiplicidade de possíveis licitantes aptos a se candidatarem a firmar o contrato pretendido pela Administração faz surgir a figura da inviabilidade de competição, dando azo ao Poder Público contratar diretamente, via inexigibilidade de licitação. Tal



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 13931/11

permissibilidade encontra-se prevista no *caput* do art. 25, que disciplina de forma genérica a exceção à regra licitatória. Deste modo, sempre que houver impossibilidade de competição, restará configurada a inexigibilidade.

Nessa linha de raciocínio é a jurisprudência do egrégio Tribunal de Contas da União, na qual fica evidente a impossibilidade de contratação direta, via inexigibilidade de licitação, quando não ficar demonstrada a inviabilidade de competição. Vejam-se julgados daquela Corte, *in verbis*:

“Restrinja a aplicação do que dispõe o inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 aos casos em que inequivocamente ficar caracterizada a inviabilidade de competição pela existência de um único fornecedor do produto pretendido, de modo a evitar nova contratação direta sem preenchimento dos requisitos legais e com afronta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa, insculpidos no art. 3º da referida Lei de Licitações.” (Acórdão 295/2005 Plenário).

“Não efetue aquisições e contratações por inexigibilidade de licitação quando houver viabilidade de competição, e também nos casos em que houver apenas exclusividade de marca e não exclusividade do produto de interesse da empresa.” (Acórdão 125/2005 Plenário).

“Somente contrate por inexigibilidade de licitação, com base no art. 25 e incisos da Lei 8.666/1993, quando efetivamente restar caracterizada a inviabilidade da competição (...).” (Acórdão 1705/2003 Plenário).

Além deste mandamento genérico contido na cabeça do art. 25, encontra-se no dispositivo um rol exemplificativo de situações que configurariam a inviabilidade de competição. A que importa comentar para o presente caso é aquela descrita no inciso I, que traz à baila a figura do produtor, da empresa ou do representante comercial **exclusivo**. Nesse compasso, observa-se que a norma destina-se a tutelar à aquisição de materiais, equipamentos e gêneros, bem como a contratação de serviços, que tenham **apenas um** produtor, empresa ou representante comercial, inviabilizando, com isso, a competição.

Sobre essa exclusividade do fornecedor paira a celeuma suscitada no caderno processual, já que, conforme mencionado alhures, a Unidade Técnica de Instrução sustenta a tese de que a exclusividade do fornecedor deveria ter sido verificada no âmbito nacional em virtude de ter natureza relativa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 13931/11

A distinção entre exclusividade absoluta e relativa pode ser apreendida das lições do administrativista José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, *LumenJuris*, 11ª. Ed., p. 224), o qual assevera que, havendo fornecedor único, em todo o território nacional, a inviabilidade de competição é absoluta. Por outro lado, quando o fornecedor é exclusivo em razão de autorização outorgada por fabricante para representação e/ou comercialização de produtos/serviços, tem-se que a exclusividade é relativa. Nessa linha de raciocínio, para o referido doutrinador, somente seria permitida a inexigibilidade nos casos em que a exclusividade fosse do tipo absoluta.

É forçoso reconhecer que uma das formas mais rotineiras de inexigibilidade é aquela que se dá por força de contrato de exclusividade comercial, por meio do qual o fabricante do produto ou detentor dos direitos de distribuição entrega à determinada empresa de seu círculo comercial (franqueados, empresas credenciadas ou da sua rede autorizada) a exclusividade de fornecimento/distribuição ou da prestação de serviços. Na grande maioria dos casos, para não dizer na totalidade deles, essa exclusividade é restrita a uma determinada região ou até mesmo por período certo.

Como atenuante à presente análise, registra-se, por oportuno, que a temática em foco foi objeto de apreciação no âmbito do colendo Tribunal de Contas da União, quando da apreciação de tomada de contas especial relativa à Secretaria de Estado da Saúde da Paraíba (Processo 003.977/2004-1). Naqueles autos, foram examinadas diversas aquisições de medicamentos com fundamento na inexigibilidade de licitação em razão de representação comercial local exclusiva.

Consoante se observa do Acórdão 095/2007, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, as contratações foram tidas por regulares, porquanto ficou caracterizada a inviabilidade de competição. Da leitura do Acórdão, percebe-se que, quanto ao exame das contratações diretas via inexigibilidade, o Ministro Relator perfilhou-se ao entendimento externado pelo Ministério Público de Contas junto ao TCU, o qual, em parecer do Procurador Lucas Rocha Furtado, considerou que não foram indevidas as aquisições por inexigibilidade. Daquela decisão, extrai-se o seguinte trecho quanto ao relato do pronunciamento Ministerial:

“Compulsando-se essas respostas, percebe-se que esses laboratórios não concederam a representação exclusiva - nos moldes usuais - para as empresas Atma e Elfa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 13931/11

Contudo, houve uma autorização que gerou um credenciamento temporário, o qual significou uma espécie de ‘representação exclusiva’, para determinado período, local e objeto.

Isso nos afigura desinteresse dos laboratórios de efetuarem a venda direta em um caso específico. Não vemos óbice a que os laboratórios estabeleçam uma representação exclusiva pontual (com período, local e objeto, certos). Esse fato denota que o laboratório não quis participar de determinada licitação de um órgão, mas que não afastou o interesse de participação em futuros certames desse mesmo órgão.”

Corroborando com a exposição do Parquet Especial junto ao TCU, para, ao final, reconhecer a legalidade das aquisições, o Ministro Relator asseverou que:

“Entendo que assiste razão ao Ministério Público junto ao TCU. As provas anexadas aos autos caminham no sentido de que não havia viabilidade de competição.

(...)

A contratação por inexigibilidade, conforme se depreende da Instrução da Unidade Técnica (subitem 11.1), ocorreu em 14.4.2003. Ou seja, dentro do período de validade das supracitadas declarações, as quais, como bem frisou o Ministério Público, demonstram que o laboratório/fabricante não quis participar do certame licitatório. Demonstram, também, que a empresa Elfa era de fato representante exclusiva desse laboratório. Em que pese ser pouco usual - e talvez questionável a emissão de declarações específicas para a participação em determinado certame -, o ponto é que o gestor se viu em situação na qual não havia competidores aptos a viabilizar a licitação.”

É o que acontece no caso dos autos, onde verifica-se que a empresa contratada detém a exclusividade de representação do fabricante Baumer, para venda de equipamentos, peças, assistência técnica, manutenção preventiva e corretiva, no Estado da Paraíba, conforme se observa dos documentos encartados às fls. 44, 213, 351 e 352.

No entanto, ainda que se esteja diante de uma representação exclusiva, não caberia à administração pública optar, prefacialmente, pela exceção à regra de se fazer o processo licitatório, contratando o fornecedor por meio de inexigibilidade. Como se sabe, a representação comercial é matéria afeta ao campo do direito privado, refletindo um ajuste contratual firmado entre o



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 13931/11

fabricante/distribuidor e o representante comercial, de modo que não poderia servir como fundamento único para a contratação direta. Existindo, pois, outras empresas igualmente representantes do fabricante/distribuidor, haveria viabilidade de competição, permitindo-se a realização do certame. No presente caso, a administração pública estadual deveria ter aberto o procedimento licitatório e aguardado a participação ou não de outros licitantes.

Outro ponto ventilado pela Auditoria diz respeito à ausência de justificativas de preços, porquanto a produzida pela SES/PB somente trouxe como parâmetro o valor cobrado pela empresa contratada. Na peça defensiva, o gestor alegou que, por se tratar de serviço que seria prestado por empresa detentora de exclusividade, a pesquisa de preços se realizou considerando o território paraibano, vez que as contratações de empresas sediadas em outras unidades da federação se mostrariam mais onerosas ou até mesmo inviáveis diante da exclusividade outorgada pelo fabricante.

Ainda que se cuidasse de contratação a ser realizada com fulcro na inexigibilidade de licitação, o gestor deveria ter efetuado pesquisa de preços para conferir se os preços ofertados pela empresa detentora da exclusividade estariam adequados àqueles praticados no mercado. Não poderia a administração pública se sujeitar única e exclusivamente ao preço ofertado pela empresa que detém a exclusividade, devendo averiguar se efetivamente tal valor estaria alinhado ao mercado. Esse é o entendimento pacífico, que pode ser observado nos seguintes julgados do TCU:

“Observe, nos processos de aquisição e contratação de bens e serviços de informática, o art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 e instrua os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação com justificativa de preço que evidencie a razoabilidade dos preços contratados.” (Acórdão 838/2004 Plenário).

“Nas licitações para a contratação de obras e serviços, inclusive nos casos de dispensa e inexigibilidade, elabore o orçamento detalhado de que trata o inciso II do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/1993, com valores estimados considerando os preços de mercado, tendo em vista que os dados nele constantes deverão ser utilizados para a definição da modalidade licitatória, verificação da suficiência dos recursos orçamentários e avaliação da adequabilidade dos preços propostos, evitando a ocorrência de casos semelhantes ao constatado no processo de contratação da empresa (...).” (Acórdão 642/2004 Plenário).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 13931/11

Inobstante não ter havido pesquisa de preços, não se demonstrou, no presente caderno processual, que houve prejuízo ao erário em decorrência de eventual distorção com os preços praticados no mercado. Cumpre trazer à tona, por fim, que, em consulta ao Sistema SAGRES, vislumbrou-se que existiu empenho e pagamentos à contratada durante o exercício de 2012, conforme imagem extraída daquele Sistema e a seguir colacionada.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
SISTEMA DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO DOS
RECURSOS DA SOCIEDADE - SAGRES

Unidade Gestora:
250001 - SECRETARIA DE ESTADO DA SAUDE
Relatório:
EMPENHOS

Critérios da consulta:
Exercício: 2012 | Período: 01/01/2012 a 31/12/2012

U Gesto	Despe	Nº Emp	Data	Valor	Pago	Saldo	CPF/CNPJ	Nome do Credor	Nome do Ordenador	Histórico
250001	3.3.90	00318	08/02/2012	1.630.633,25	1.405.559,00	225.074,25	1292951900011	SERVPROL SERVICOS E REPRESE	WALDSON DIAS DE SOUZ	- REFERENTE AOS SERVICOSDE MANUTENCAO PREVENTIVA E
Registr				R\$ 1.630.633	R\$ 1.405.559	R\$ 225.074,2				

<O filtro está vazio>

Assim sendo, cabe examinar a despesa efetuada, quanto à comprovação dos serviços prestados e à compatibilidade do preço contratado ao praticado no mercado, no âmbito da prestação de contas anuais relativa ao exercício de 2012.

Ante todo o exposto, VOTO no sentido que os membros dessa colenda 2ª Câmara decidam:

1. JULGAR REGULARES COM RESSALVAS o procedimento de inexigibilidade de licitação 15/2011 e o contrato 002/2012 dele decorrente, materializados pela Secretaria de Estado da Saúde, com vistas à prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, incluindo reposição de peças originais, em equipamentos da marca Baumer, instalados nos hospitais da rede estadual, no valor total de R\$ 1.653.600,00;

2. RECOMENDAR à gestão da Secretaria de Estado da Saúde a observância dos princípios e normas orientadoras da ação pública, evitando-se a repetição dos fatos apontados nos presentes autos, notadamente realizando o procedimento de licitação previsto em lei; e

3. DETERMINAR o exame da despesa efetuada, quanto à comprovação dos serviços prestados e à compatibilidade do preço contratado com o praticado no mercado, no âmbito da prestação de contas anuais relativa ao exercício de 2012, oriunda da SES/PB.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 13931/11

DECISÃO DA 2ª CÂMARA DO TCE/PB

Vistos, relatados e discutidos os autos do **Processo TC 13931/11**, referentes ao exame do procedimento de inexigibilidade de licitação 15/2011, seguido do contrato 002/2012, materializados pela Secretaria de Estado da Saúde, sob a responsabilidade do Secretário WALDSON DIAS DE SOUSA, com vistas à prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, incluindo reposição de peças originais, em equipamentos da marca Baumer, instalados nos hospitais da rede estadual, no valor total de R\$ 1.653.600,00, **ACORDAM** os membros da 2ª CÂMARA do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (2ª CAM/TCE-PB), à unanimidade, nesta data, conforme voto do Relator, em:

I. JULGAR REGULARES COM RESSALVAS o procedimento de inexigibilidade de licitação 15/2011 e o contrato 002/2012 dele decorrente;

II. RECOMENDAR à gestão da Secretaria de Estado da Saúde a observância dos princípios e normas orientadoras da ação pública, evitando-se a repetição dos fatos apontados nos presentes autos, notadamente realizando o procedimento de licitação previsto em lei;

III. DETERMINAR o exame da despesa efetuada, quanto à comprovação dos serviços prestados e à compatibilidade do preço contratado com o praticado no mercado, no âmbito da prestação de contas anuais relativa ao exercício de 2012, oriunda da SES/PB.

Registre-se e publique-se.

TCE – Sala das Sessões da 2ª Câmara.

Mini-Plenário Conselheiro Adailton Coelho Costa.

João Pessoa, 26 de março de 2013.

Conselheiro Antônio Nominando Diniz Filho
Presidente

Conselheiro André Carlo Torres Pontes
Relator

Subprocuradora-Geral Elvira Samara Pereira de Oliveira
Representante do Ministério Público junto ao TCE/PB