

ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 202000010027209

INTERESSADO: CMAC - SETOR DE PLANEJAMENTO E COMPRAS

ASSUNTO: CONSULTA

DESPACHO Nº 31/2021 - GAB

EMENTA: CONSULTA. EXCLUSIVIDADE DE FABRICAÇÃO E DIVERSIDADE DE DISTRIBUIDORES. DESCARACTERIZAÇÃO DE HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ELEIÇÃO DO PRESENTE DESPACHO COMO REFERENCIAL PARA FINS DE APLICAÇÃO DA PORTARIA Nº 170-GAB/2020-PGE. MATÉRIA ORIENTADA.

1. Versam os autos sobre consulta a respeito de aquisição a ser ultimada de forma direta, sem licitação. Em síntese, embora tenha sido cogitado, num primeiro momento, ser o caso de inexigibilidade haja vista a exclusividade para fabricação em território nacional de determinado medicamento, sobreveio dúvida quanto a esse ponto ante o advento de notícia de que diversas interessadas estariam realizando a venda do mesmo produto.

2. A matéria foi enfrentada pela Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde consoante o **Parecer PROCSET n. 976/2020** (000017453825), do qual se extrai, em síntese, que: a) *"para justificar a aquisição com fulcro na inexigibilidade de licitação é impreterível que se comprove a inviabilidade da competição, consubstanciada no fato de que o produto somente possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, requisito este indispensável para regularidade do procedimento"*, sendo *"dever do agente público a confirmação da condição de exclusividade alegada, nos termos da Súmula nº 255 da Jurisprudência do TCU"*; e, b) *"a comprovação de exclusividade da fabricação do produto não se confunde com a exclusividade em sua*

comercialização", de modo que, "para fins de aplicação do instituto da inexigibilidade de licitação, a inviabilidade de competição advém justamente da exclusividade no fornecimento (comercialização) de determinado produto, de modo que a existência de mais de um fornecedor do produto, por si só, descaracteriza a possibilidade de aplicação de inexigibilidade de licitação".

3. Vieram os autos a este Gabinete, então, *"para que, com amparo no art. 1º, I, c/c art. 2º, caput, da Portaria nº 170-GAB/2020 - PGE, seja fixada orientação geral sobre o tema, em especial, ao posicionamento exposto no item 2"*, cujos principais pontos, vale registrar, foram sumariados no item precedente. É o relatório.

4. De partida, importa anotar que, como outrora pontuado no **Despacho n. 1238/2020 GAB** (000014391304), à guisa do comando plasmado no inciso XXI e *caput* do art. 37 da Constituição Federal resta assentada, como regra geral, a obrigatoriedade da realização de licitação prévia para contratação de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública, com a ressalva de situações excepcionais disciplinadas pela Lei Nacional nº 8.666/93 e, supletivamente, pela Lei Estadual nº 17.928/2012, em que o certame não se revela exigível por inviabilidade de competição, ou pode ser dispensado nas hipóteses enumeradas, por se mostrar inadequado ou desnecessário para o *"atendimento dos fins buscados pelo Estado"*, evitando-se o comprometimento a *"outros valores igualmente protegidos pelo direito"* (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 477).

5. Outrossim, no que diz respeito ao aparente conflito entre inexigibilidade e dispensa de licitação cumpre relembrar, na esteira do **Despacho n. 2072/2019 GAB** (000010813843), que a inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Na inexigibilidade, a disputa é inviável; já na dispensa, embora a competição seja possível, a licitação pode vir a ser afastada frente à caracterização de alguma hipótese previamente apontada pela legislador como suficiente a autorizar a contratação direta.

6. Ademais, especificamente no que atine à inexigibilidade de licitação, há circunstâncias em que *"a inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública"*, *"porque existe um único sujeito para ser contratado"*, sendo que ainda que não reconduzíveis aos elencos exemplificativos dos incisos integrantes do art. 25 da Lei nº 8.666/93, podem se *"fundar direta e exclusivamente"* no seu *caput* (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 595 e 598).

7. Dessa forma, no que diz respeito à hipótese suscitada nos autos tem-se que a inexigibilidade depende da comprovação de circunstância fática atinente à inviabilidade de competição por exclusividade na comercialização de determinado produto. Ainda que a produção seja marcada por exclusividade, existindo mais um de fornecedor, a competição se mostra em tese possível e, por conseguinte, não há que se falar em inexigibilidade. Correta, portanto, a conclusão esposada na peça opinativa no sentido de que o art. 25, I, da Lei n. 8.666/93 pressupõe, além de fabricação exclusiva, a comercialização exclusiva de determinado bem.

8. Cumpre observar, por oportuno, que da mesma forma que a declaração de exclusividade é um ponto de partida para a caracterização da inexigibilidade, sem afastar, contudo, a necessidade de restar aferida a efetiva inviabilidade de competição, não se olvida que, de outro lado, a existência de certames anteriores não pode ser considerada prova cabal contra a inexigibilidade, haja vista a possibilidade, em tese, de realização de certames a despeito da inviabilidade de competição, seja por falta de percepção quanto à ocorrência de exclusividade de fornecimento (hipótese outrora

enfrentada no **Despacho "AG" n. 001508/2012**), seja pelo interesse na realização de licitação visando ao registro de preços enquanto estratégia administrativa para aquisições.

9. Vale reiterar: o que importa aferir para fins de celebração de contratação direta por inexigibilidade de licitação é a efetiva caracterização de inviabilidade de competição, o que pressupõe, além da exclusividade na produção, também a exclusividade no fornecimento.

10. Outrossim, considerando o valor do ajuste, deixo de apreciar os demais aspectos atinentes ao caso concreto que originou a presente consulta, posto que a manifestação conclusiva, em casos como este, compete à Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde, nos termos do art. 47, § 2º, da Lei Complementar Estadual n. 58/2006.

11. Com essas considerações, **conheço parcialmente** do **Parecer PROCSET n. 976/2020** (000017453825), da Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde e, na parte conhecida, **aprovo-o com os acréscimos ora consignados**.

12. Matéria orientada, retornem os autos à Secretaria de Estado da Saúde, via Procuradoria Setorial, para conhecimento e adoção das medidas pertinentes. Antes, porém, cientifiquem-se do teor desta orientação referencial (instruída com cópia do **Parecer PROCSET n. 976/2020** e do presente Despacho) os Procuradores do Estado lotados nas Procuradorias Judicial, Regionais, Setoriais da Administração direta e indireta e do CEJUR (este último, para os fins do art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018 GAB). Doravante, os Procuradores-Chefs de Procuradorias Setoriais deverão, diretamente, orientar administrativamente a matéria em feitos semelhantes, perfilhando as diretrizes deste Despacho referencial, conforme art. 2º da Portaria nº 170-GAB/2020-PGE.

Juliana Pereira Diniz Prudente

Procuradora-Geral do Estado

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO



Documento assinado eletronicamente por **JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE, Procurador (a) Geral do Estado**, em 12/01/2021, às 07:48, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador **000017648322** e o código CRC **AE92BEC7**.

NÚCLEO DE NEGÓCIOS PÚBLICOS

RUA 2 293 Qd.D-02 Lt.20 - Bairro SETOR OESTE - CEP 74110-130 - GOIANIA - GO - ESQ.
COM A AVENIDA REPÚBLICA DO LÍBANO, ED. REPUBLICA TOWER



Referência: Processo nº 202000010027209



SEI 000017648322