

Recife/PE, 19 de outubro de 2023.

Ao LABORATÓRIO FARMACÊUTICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO – LAFEPE

DIREITO ADMINISTRATIVO. AQUISIÇÃO. IFA (INSUMO FARMACÊUTICO ATIVO). CONTRATAÇÃO DIRETA. TRIPLA FUNDAMENTAÇÃO. (I) INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART. 30, I, DA LEI Nº 13.303/2016. ART. 152, I, DO REGULAMENTO INTERNO DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E CONVÊNIOS DO LAFEPE. LICITAÇÃO DISPENSADA. (II) DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 28, § 3º, I. ART. 2º, § 1º, I, DO REGULAMENTO INTERNO DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E CONVÊNIOS DO LAFEPE. (III) ART. 29, XVIII, DA LEI nº 13.303/2016.

Prezados Senhores,

1. CONSULTA

Restou formulada consulta pela Superintendência Jurídica do Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco Governador Miguel Arraes – LAFEPE, acerca da regularidade da DISPENSA nº 009/2023 - Processo nº 011/2023, objeto do SEI 0060407882.000058/2023-65.

A aludida dispensa, conforme denota o Termo de Referência, tem por objeto “a AQUISIÇÃO DE MISTURA PARA A PRODUÇÃO VIA COMPRESSÃO DIRETA DO SUPLEMENTO ALIMENTAR A BASE DE VITAMINA C 500 mg, conforme as disposições contidas neste termo de referência e seus anexos”, a ser firmada com a MCassab Comércio e Indústria Ltda. (“MCassab”).

Como justificativa para a contratação, consta o seguinte no Termo de Referência:

“4.1. Da Necessidade da Contratação

4.1.1. A abertura de procedimento para AQUISIÇÃO DE MISTURA PARA A PRODUÇÃO, denominada de BLEND VITAMINA C 500 MG, objetiva atender as novas demandas e necessidades de produção do Suplemento Alimentar à base de VITAMINA C, comercializado pelas farmácias do LAFEPE no período de um ano (2º semestre de 2023 e 1º semestre de 2024).

4.1.2. O produto VITAMINA C 500 MG voltou a ser comercializado após

10 anos, pelas farmácias do LAFEPE em maio de 2023. Desde então, o suplemento tem sido considerado um sucesso comercial. Com preços acessíveis e ampla divulgação na mídia local, as vendas têm ocorrido bem acima do esperado. A previsão comercial inicial era de cerca de 1 milhão de comprimidos de Vitamina C 500 mg por ano. No entanto, nos dois primeiros meses foram produzidos para as farmácias cerca de 500 mil comprimidos, ou seja, metade do que estava previsto para um ano, foi faturada em apenas dois meses.

4.1.3. Para a demanda prevista inicialmente pela Diretoria Comercial - DICOM, esta Coordenadoria de Planejamento e Controle e Produção - COPCP solicitou a abertura de um processo licitatório, onde em seguida foi realizado o pregão eletrônico nº 053/2021, processo de licitação nº 078/2021, SEI 0060407882.000065/2021-03. Deste pregão, originou o contrato 094/2022 com a empresa MCassab para fornecimento do Blend de Vitamina C, com vigência até 26/12/2023. Porém, todo o quantitativo previsto de fornecimento já foi solicitado, bem como foi realizado um termo aditivo, processo SEI 0060407882.000046/2023-31, para concessão do acréscimo de valor por aumento de quantidade em aproximadamente 25% do item. Este aditivo, no entanto, vai proporcionar ao LAFEPE a possibilidade de produção de apenas mais dois lotes do suplemento Vitamina C 500 mg, ou seja o demandado para mais um mês de comercialização.

4.1.4. Há de se ressaltar que o tempo decorrido entre o pregão (dezembro/21) e a assinatura do contrato (dezembro/22) foi de 12 meses, tempo esse necessário para a realização de testes e ajustes de formulação para obtenção de um produto adequado. Da mesma forma, deverão ser realizados novos testes e ajustes no caso de um novo fornecedor do Blend. Assim, não há tempo hábil para realização de um novo pregão para atendimento à alta demanda das farmácias do LAFEPE.

4.1.5. Desta forma e por todas as razões elencadas acima, para que não haja desabastecimento do produto no mercado, prejudicando a população de baixo poder aquisitivo que precisa do suplemento à base de Vitamina C, faz-se necessária esta aquisição por dispensa, enquanto em paralelo o LAFEPE busca a qualificação de novos fornecedores pra proceder a realização de novo pregão.”

É o que importa relatar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 CONTRATAÇÃO DIRETA: inexigibilidade de licitação

Narra a consulente que fez um pregão anterior para aquisição do objeto da

contratação sob análise, BLEND VITAMINA C 500 MG ("BLEND"), tendo restado vencedora a empresa MCassab.

Esclareceu ainda que, diante da natureza da contratação, que envolve um insumo para fabricação de Produto Vitamínico, por questões sanitárias e de segurança, faz-se necessário um prazo de cerca de 12 (doze) meses, segundo a experiência anterior, com testes e ajustes de formulação para que o BLEND possa ser efetivamente adquirido e incorporado na fabricação do produto vitamínico do LAFEPE.

Assim, diante da aquisição de todo o quantitativo contratual do Contrato oriundo do pregão acima citado, inclusive com os acréscimos cabíveis, não sendo possível aguardar o lançamento de um novo processo de contratação e depois uma nova fase de testes e ajustes de formulação, há necessidade de aquisição em curto espaço de tempo para que não haja desabastecimento da vitamina C nas farmácias do LAFEPE, o que só pode ser atendido, repita-se, pela MCassab.

Observa-se que a Nota Técnica (41317120) reforça, além de reforçar que a mudança de fornecedor poderia ensejar desabastecimento, também sustenta que haveria um maior dispêndio por parte do LAFEPE na realização de testes e ajustes no novo produto.

Assim, o único fornecedor capaz de atender atualmente a necessidade do BLEND pelo LAFEPE é a empresa MCassab, enquadrando-se a presente contratação na hipótese de contratação direta prevista no art. 30, I, da Lei nº 13.303/2016 c/c art. 152, I, do Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios do LAFEPE, qual seja a de inexigibilidade de licitação em razão da inviabilidade de competição:

"Art. 30. **A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição**, em especial na hipótese de:
I - **aquisição de materiais**, equipamentos ou gêneros **que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;**"

"Art. 152. **A contratação direta pelo LAFEPE será feita quando houver inviabilidade de competição**, em especial na hipótese de:
I. **aquisição de materiais**, equipamentos ou gêneros **que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;**"

Diante disso, o presente processo se enquadra perfeitamente nas

fundamentações apresentadas, uma vez que, resta configurada a inexigibilidade de licitação em razão da inviabilidade de competição, levando em consideração o fato de que a única empresa capaz de fornecer o BLEND para a imediata fabricação da Vitamina C é a empresa MCassab.

Sobre o tratamento legal dado a inviabilidade de competição como fundamento para a contratação direta nas empresas estatais, colha-se o seguinte entendimento da doutrina:

"(...) competição inviável não seria apenas aquela em que é impossível haver disputa, mas também em que a disputa oferece obstáculos à consecução de interesses legítimos das estatais, tornando a realização inútil ou prejudicial, pelo confronto ou contradição daquilo que a justificaria." (Barcelos, Dawison e Torres, Ronny Charles Lopes de, Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da lei 13.303/2016, Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 187)

"(...) o conceito de inviabilidade de competição é bastante amplo. Compreende as hipóteses de impossibilidade de competição em virtude de ausência de pluralidade de alternativas, mas também outras hipóteses em que a seleção da particular a ser contratado não se subordina a critérios rigorosamente objetivos ou em que a realização de licitação for incompatível com as condições de mercado." (Justen Filho, Marçal, "A contratação sem licitação nas empresas estatais", Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 316)

"(...) a licitação tem sentido quando puder ser estruturada a disputa objetiva entre particulares capazes de atender a uma necessidade da Administração que não puder ser ofertada a todos. Logo, a licitação depende da possibilidade de se estruturar, objetivamente, a competição. Fora desta hipótese não se verificam os pressupostos necessários para realização da disputa." (Guimarães, Bernardo Strobel (et al.), Comentários à lei das estatais (lei nº 13.303/2016), Belo Horizonte: Forum, 2019, pág. 200)

"Como todo outro ato ou processo administrativo, a licitação deve estar vinculada a uma finalidade admitida em lei e conforme ao interesse público, que com o fim legal, na verdade, se confunde, pois se o agente realiza a finalidade da lei atinge, ipso iure, o interesse público, ao passo que se se desvia da finalidade legal, deixa de atingi-lo. Só se pode, portanto, falar em obrigatoriedade de licitar se este for o meio adequado de atender ao interesse público, por meio da realização de prélio isonômico e apto a selecionar proposta vantajosa para a Administração Pública, observados os direitos dos participantes." (Petian, Angélica, "Dispensa e inexigibilidade de licitação", Comentários

sobre a lei das estatais, Sérgio Ferraz (coord.), Adilson Abreu Dallari (et al.), São Paulo: Malheiros, 2019, pág. 211)

"A obrigatoriedade de licitação pública encontra limites, porque há casos em que ela não poderia se desenvolver regularmente. **Eis as hipóteses de inexigibilidade de licitação pública, ou seja, hipóteses em que não se poderia exigir que se procedesse à licitação pública, uma vez que, mesmo se a Administração Pública quisesse realizá-la, tal empreendimento estaria fadado ao insucesso por força da inviabilidade de competição. (...) Sempre que se constatar a impossibilidade de se realizar licitação pública decorrente de inviabilidade de competição, está-se diante de caso de inexigibilidade, independentemente de qualquer previsão legal. A inexigibilidade denota as limitações da licitação pública, demarcando a linha extrema de seus préstimos.**" (Niebuhr, Joel de Menezes e Niebuhr, Pedro de Menezes, Licitações e Contratos das Estatais, Belo Horizonte: Fórum, 2018, págs. 59/60)

"(...) **a licitação é adequada quando existe potencial número de interessados aptos a disputar entre si tanto o preço como as condições de execução do contrato. Mas há determinadas situações concretas que simplesmente impedem que exista esse procedimento de negociação coletiva em virtude de impossibilidade fática de disputa. O Estatuto das Empresas Estatais reconhece essa questão ao dispor sobre a chamada inexigibilidade de licitação.** A lei apresenta duas hipóteses em que a licitação é inexigível. Todavia, esse rol é meramente exemplificativo, porquanto sempre que houver inviabilidade de competição realizar-se-á a contratação direta. Vale dizer, a lei antecipa alguns casos típicos de inviabilidade de competição, sem que exclua diversos outros que possam surgir das inúmeras situações fáticas experimentadas pelas empresas estatais." (Dias, Frederico e Dantas, Bruno, Novo estatuto das empresas estatais: obrigatoriedade de licitação e hipóteses de contratação direta, in Noronha, João Otávio de; Frazão, Ana; Mesquita, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pág. 199)

"(...) **há casos em que a competição entre particulares não é viável, seja em razão da singularidade do objeto a ser contratado ou da existência de uma única pessoa apta a fornecê-lo ou prestá-lo. Nestas hipóteses, estamos diante da figura jurídica da inexigibilidade de licitação.** É neste universo que orbita a inexigibilidade de licitação, na medida em que ela pressupõe a inviabilidade de competição. Em que pese ao caput do artigo 30 da Lei nº 13.303/16 não constar expressamente o vocábulo 'inexigibilidade', temos como incontestável a sua presença em razão do fundamento jurídico para o afastamento da licitação, que continua sendo a inviabilidade de competição. **A inexigibilidade de licitação tem toda a sua base de apoio lastreada na ruptura de um dos pressupostos nucleares para a realização de uma licitação, qual seja, a possibilidade de**

uma competição voltada a selecionar a melhor proposta em condições de ser contratada. A inviabilidade de competição tratada no dispositivo em questão possui um caráter absoluto. Significa, então, que a satisfação do interesse público determinante da contratação apenas poderá ser atendido por certo objeto, que é prestado por um único particular.” (Guimarães, Edgar, Santos, José Anacleto Abduch, Lei das Estatais: Comentários ao Regime Jurídico Licitatório e Contratual da Lei nº 13.303/2016, Belo Horizonte: Fórum, 2017, pág. 79)

No caso em apreço, fica muito claro que a necessidade do LAFEPE só pode ser satisfeita por um único fornecedor, no caso a MCassab, de modo que resta evidente a inviabilidade de competição.

Diga-se ainda, que as próprias características do bem que o LAFEPE pretende adquirir por meio de contratação direta ensejam a inviabilidade da competição e a inexigibilidade de licitação, neste sentido colha-se a lição de Joel de Menezes Niebuhr:

“(…) o bem só pode ser considerado exclusivo, autorizando a inexigibilidade, se as suas características peculiares, não encontradas em outros bens que lhe são concorrentes, forem decisivas ao interesse da estatal. Se essas características não forem relevantes para este, salientá-las como requisito para a contratação a fim de justificar inexigibilidade foge das raias jurídicas, devendo-se reputá-la inválida.” (Niebuhr, Joel de Menezes e Niebuhr, Pedro de Menezes, Licitações e Contratos das Estatais, Belo Horizonte: Fórum, 2018, pág. 61)

Ademais, há de se destacar que o LAFEPE: (i) justificou de forma devida que não há nenhuma outra solução satisfatória que não implique na contratação direta e (ii) deixou patente a vantajosidade da contratação sem a realização de licitação, atendendo assim, segundo Marçal Justen Filho, duas condições indispensáveis para que se possa afastar legitimamente a realização do procedimento licitatório:

“Cabe à empresa estatal verificar se existe alguma outra solução satisfatória. A constatação a ausência de alternativa deve ser devidamente justificada, mediante apresentação de documentação satisfatória. (...) **É sempre relevante assinalar que a ausência de licitação não autoriza contratação desvantajosa. Mais do que isso, não se admite a ausência da adoção de cautelas necessárias a obter a melhor contratação possível.**” (Justen Filho, Marçal, “A contratação sem licitação nas empresas estatais”, Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 318 e 321)

Muito embora se esteja analisando uma inexigibilidade de licitação tutelada pelo Estatuto das Estatais, cumpre fazer referência a resposta do TCE/PE à consulta formulada pela Secretaria de Justiça e Direitos Humanos de Pernambuco, na qual o Acórdão TC nº 0227/18 traçou balizas que, *mutatis mutandis*, restam plenamente aplicáveis ao caso em apreço:

“PROCESSO TCE-PE Nº 1721516-0
SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 21/03/2018
CONSULTA
UNIDADE GESTORA: SECRETARIA DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS DE PERNAMBUCO
INTERESSADO: Sr. PEDRO EURICO DE BARROS E SILVA – SECRETÁRIO DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS DE PERNAMBUCO
RELATOR: CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS
ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO
ACÓRDÃO T.C. Nº 0227/18

VISTOS, relatados e discutidos os autos do Processo TCE-PE nº 1721516-0, ACORDAM, à unanimidade, os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, nos termos do voto do Relator, que integra o presente Acórdão, CONSIDERANDO que o consulente é parte legítima para formular consulta perante esta Corte;

CONSIDERANDO os termos do opinativo do Núcleo de Engenharia deste TCE;

CONSIDERANDO o disposto no artigo 2º, inciso XIV, da Lei Estadual nº 12.600/2004,

Em CONHECER da presente Consulta e emitir ao consulente a seguinte resposta:

“...obter orientação sobre a legalidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação, com lastro no inciso I do artigo 25, da Lei nº 8.666/93, de empresa que se apresenta documentalmente como detentora de produto único e exclusivo, para construção de unidades penitenciárias por Sistema de Construção Modular com Concreto de Alta Resistência”.

I - A realização da inexigibilidade deve ser precedida, inicialmente, da comprovação de que a contratação pretendida é a única que atende a necessidade da Administração Pública, inclusive relativamente a prazos de conclusão e entrega do objeto contratado;

II - A inviabilidade de competição deve ser demonstrada por meio de estudos técnicos que evidenciem, a partir das especificações, quantitativos e demais requisitos do próprio projeto a ser executado, que a solução pretendida oferece a melhor relação custo-benefício para a Administração;

III - Havendo viabilidade técnica e econômica, a Administração deve proceder a licitações distintas para a execução da obra em si e para a aquisição de componentes e serviços complementares;”

Em razão das informações prestadas pela consulente nos documentos que instruíram a presente consulta, verifica-se que os parâmetros estabelecidos pelo TCE/PE no Acórdão TC nº 0227/18 foram devidamente atendidos.

Diante dos documentos que nos foram apresentados e em razão do que foi até aqui detalhado, resta claro que se está diante de uma hipótese em que a competição é inviável e, portanto, a contratação direta é uma alternativa válida para atender o interesse do LAFEPE.

No que tange ao preço, apesar de ter publicado o aviso de cotação (41618699), o LAFEPE aparentemente não recebeu qualquer proposta, tendo entendido que o fato do preço da nova contratação ter por base o preço do contrato anteriormente celebrado entre LAFEPE e MCassab, que foi submetido a um processo competitivo, com um deságio, constituiria a comprovação da compatibilidade do preço com os preços do mercado, com o que concordamos.

2.2 CONTRATAÇÃO DIRETA: licitação dispensada

O Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303/2016), como a antiga Lei de Licitações e também a Nova Lei de Licitações, também estabelece hipóteses em que o procedimento licitatório é inaplicável, vedado e proibido, ou seja, estabeleceu hipóteses em que a licitação é dispensada e o fez, por exemplo, no inciso I do § 3º do seu artigo 28:

“Art. 28.(...)

§ 3º **São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:**

I - **comercialização**, prestação ou execução, de forma direta, **pelas empresas mencionadas no caput, de produtos**, serviços ou obras especificamente relacionados **com seus respectivos objetos sociais;**”

Comentando o aludido dispositivo, Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes Torres lecionam o seguinte:

“Nossa opinião é no sentido de que **a permissiva dada pelo inciso I do § 3º do art. 28 pode abranger tanto situações específicas em que a estatal “vende” seus produtos e serviços, como situações específicas de contratação de fornecedores, diretamente vinculados ao exercício de sua atividade econômica principal.** Assim, **a referida hipótese de inobservância das regras licitatórias**

pode se dar tanto na 'venda' direta de produtos, serviços ou obras, pela estatal, como na 'aquisição' de produtos, serviços ou obras vinculadas diretamente à venda anteriormente indicada, desde que especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais. (...) De qualquer forma, tanto em uma como em outras hipóteses, é imprescindível que seja identificada incompatibilidade do procedimento licitatório formal com essas atividades, diretamente relacionadas com o objeto social. Essa compreensão se aproxima do pressuposto principal, defendido pela doutrina, ainda na égide da Lei nº 8.666/1993, de que **não se pode ser considerada apta a atender ao interesse público a exigência de utilização de rígido regime licitatório, para que a empresa estatal participe da competição de mercado, quando esse regime se demonstra relevantemente prejudicial ou impeditivo.**" (Barcelos, Dawson e Torres, Ronny Charles Lopes de, Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da lei 13.303/2016, Salvador: Editora JusPodivm, 2018, págs. 104/105)

Comentando os dois incisos do § 3º do artigo 28 do Estatuto das Estatais Bernardo Strobel Guimarães, Leonardo Coelho Ribeiro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves Giublin e Juliana Bonacorsi de Palma ressaltam que nos casos de licitações dispensadas, a lei procurou aproximar as empresas estatais da realidade das empresas privadas com quem elas competem no mercado:

"Em ambos os casos, reconheceu-se legislativamente que não cabe o procedimento licitatório por se estar diante de atividades que dizem respeito à própria atuação empresarial traçada. Nesta linha, **flexibilizou-se o pressuposto de que o dever de licitar é monolítico e se reconheceu, em aderência com a Constituição, que o regime de contratação das estatais deve lhes permitir atuar em regime análogo ao regime privado, o que atenua o cumprimento dos ritos das licitações** (...) As previsões do art. 28 conectam-se às hipóteses estatais, que atuam em regime de mercado. Elas são como o reverso do dever legal de licitar. De modo simples: **as estatais sujeitam-se ao dever de licitar em tudo aquilo que não diga respeito à necessidade de elas agirem mercado.** Perceba-se que **o fenômeno da inexigibilidade é conatural à própria essência das estatais.**" (Guimarães, Bernardo Strobel (et al.), Comentários à lei das estatais (lei nº 13.303/2016), Belo Horizonte: Forum, 2019, págs. 170 e 177)

Para Marçal Justen Filho o § 3º do artigo 28 da Lei 13.303/2016 disciplina hipóteses de licitação dispensada, ou, na redação dada pela norma, disciplina hipóteses de inaplicabilidade de licitação:

"O § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2006 alude a dispensa da observância dos dispositivos legais sobre licitação. A utilização do vocábulo 'dispensa'

não significa, no entanto, configurar-se um caso de dispensa de licitação. **O dispositivo estabelece uma determinação muito mais ampla, eis que não incidem as próprias regras sobre licitação.** (...) **Na hipótese de inaplicabilidade, não se cogita de licitação porque não há exigência nesse sentido,** em vista de que a situação contratual é dotada de peculiaridades que implicam a ausência de subsunção do caso à hipótese de incidência normativa. Então, **pode até existir viabilidade de competição, mas não existe obrigatoriedade de licitação.** (...) Nos casos de inaplicabilidade de licitação, não se faz necessário o procedimento necessário para a dispensa e a inexigibilidade. Isso significa a desnecessidade de um procedimento formal, destinado a documentar com minúcia as características do caso concreto. **Assim se passa, de modo muito evidente, no caso de contratações envolvendo o objeto social da empresa estatal. Tais operações serão desempenhadas segundo as práticas de mercado, sem um tratamento formal diferenciado similar ao reservado para as contratações diretas propriamente ditas. Mesmo no caso da pactuação de parcerias empresariais, o procedimento a ser adotado não envolverá avaliações de vantajosidade econômica, norteadas por critérios objetivamente econômicos.** (Justen Filho, Marçal, "A contratação sem licitação nas empresas estatais", Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 298/300)

Na esteira das lições de Marçal Justen Filho (e de outros autores como Ricardo Alexandre¹), diga-se que o Tribunal de Contas de Pernambuco, antes da vigência da Lei 13.303/2016, se manifestou da seguinte forma na Proposta de Voto nº 089/06 GAU4 exarada nos autos do Processo TC nº 0403892-7 (Prestação de Contas do Exercício de 2003 do LAFEPE):

"É perfeitamente compreensível que o LAFEPE não possa se submeter a determinadas regras da Lei Federal nº 8.666/93, na medida em que fosse comprometida a sua capacidade de produção. Como esclarece a defesa, as aquisições de insumos ocorrem de acordo com a demanda de sua produção. Aliás, a própria Constituição Federal flexibiliza a matéria em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista quando, em seu art. 173, inciso III, determina que a

¹ "No tocante às hipóteses de licitação dispensada prevista na Lei de Responsabilidade das Estatais, podemos afirmar que tais situações, apesar de não mencionadas expressamente na Lei 8.666/1993, já eram reconhecidas pela doutrina e jurisprudência como situações em que não seria exigida a realização de licitação. Assim, por exemplo, não se tem notícia de alguém que tenha ido à Caixa Econômica ou ao Banco do Brasil e tenha necessitado participar de uma licitação para abrir uma conta corrente bancária (hipótese tratada no item I). Do mesmo modo, também nunca se soube de qualquer licitação que a VISA ou a Mastercard tenham participado para firmar parcerias com bancos estatais para emissão de cartões de crédito (hipótese tratada no item II)." (Alexandre, Ricardo, Direito administrativo, 3ª. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, pág. 325)

regulamentação das normas sobre licitações públicas seja expressa na lei que estabelecer o seu estatuto jurídico, observados os princípios da administração pública. É essa demanda que define o processo licitatório a ser adotado. Bem colocada pela defesa, deve ser observada a diferença entre os laboratórios de capital privado e o LAFEPE, vinculado este último ao procedimento licitatório. **Esta vinculação, no entanto, não pode comprometer sua capacidade de produção e, conseqüentemente, concorrência dentro do mercado, com o oferecimento de medicamentos a baixo custo.**

Bem, especificamente sobre o inciso I do § 3º do artigo 28 da Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho atenta para a escolha do legislador de se afastar do conceito de atividade-fim como definidor da não aplicação das regras sobre licitação e optar pela relação do contrato com o objeto social da empresa pública e da sociedade de economia mista:

“A licitação será inaplicável nas hipóteses em que o contrato for relacionado especificamente com o objeto social. A redação legislativa não pode ser ignorada, eis que reflete a preocupação em evitar uma solução ortodoxa, dotada de cunho excessivamente formalístico. A licitação será inaplicável porque o objeto social se constitui em atividade econômica, que se desenvolve no mercado. Em princípio, essa atividade será exercitada sob regime competição. **A realização de procedimento licitatório formal seria incompatível com a exploração econômica eficiente e poderia inviabilizar a existência ou comprometer a eficiência da empresa estatal.** O dispositivo alude à contratação especificamente relacionada ao objeto social. O advérbio ‘especificamente’ impede a ampliação indevida da disciplina. Existem muitas contratações que são compreendidas no objeto social, mas não de modo específico. **A licitação não será aplicável naqueles casos em que a contratação estiver diretamente compreendida na atividade que se constitui em objeto social.** O dispositivo alude à ‘comercialização’, prestação ou execução, de forma direta’, constituindo-se em exploração específica da atividade contemplada no objeto social. Essa redação exclui outras hipóteses contratuais, por meio das quais a empresa estatal obtém recursos ou produz as soluções indispensáveis para assegurar a exploração de sua atividade.” (Justen Filho, Marçal, “A contratação sem licitação nas empresas estatais”, Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 301)

Especificamente sobre o inciso I do § 3º do seu artigo 28 da Lei 13.303/2016 Bernardo Strobel Guimarães, Leonardo Coelho Ribeiro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves Giublin e Juliana Bonacorsi de Palma também entendem que as atividades relacionadas diretamente ao fim social da empresa estatal não se submetem ao regime licitatório:

“(…) o cumprimento das atividades que se conectam diretamente ao objeto social da empresa não exige a realização de licitação. O objeto social da empresa conecta-se diretamente aos objetivos que levem a sua constituição, sendo que o atingimento deste, de modo efetivo, configura a própria função social da estatal, na acepção empregada pelo art. 27, *caput*, da Lei nº 13.303/2016. Assim, o afastamento do dever de licitar, neste caso, implica o reconhecimento imediato dos objetivos da sociedade se faz segundo técnicas de Direito Privado, prestigiando esta lei o caráter empresarial das estatais. (...) **A inteligência da norma é exatamente reconhecer que o cumprimento das missões institucionais da sociedade não impõe que se realize licitação. Exigir que a atuação primária da empresa se dê por meio de licitação implicaria sacrificar sua natureza privada, apartando-a do modo de atuação a ela natural.**” (Guimarães, Bernardo Strobel (et al.), Comentários à lei das estatais (Lei nº 13.303/2016), Belo Horizonte: Forum, 2019, págs. 177/178)

Por fim, comentando o inciso I do § 3º do seu artigo 28 da Lei 13.303/2016, Aldem Johnston Barbosa Araújo afirma se tratar de uma hipótese na qual o dispositivo tutela uma hipótese na qual a licitação sequer é cabível:

“(…) influenciado pelas discussões havidas na doutrina, nos tribunais de contas e no judiciário, o legislador aderiu à tese da inaplicabilidade do regime licitatório às “atividades-fim” das empresas estatais (que, na forma do inciso I do § 3º do art. 28 do Estatuto foram associadas a atividades especificamente relacionadas aos objetos sociais das entidades). E trata-se de verdadeira inaplicabilidade, não dispensa ou inexigibilidade de licitação, de modo que, estando-se diante de uma atividade-fim (ou seja, de uma atividade especificamente relacionada ao objeto social) da empresa pública ou sociedade de economia mista nem sequer se cogitará realizar licitação, não por ser uma situação excepcional ou uma situação onde a competição é impossível, mas sim por se tratar de uma situação onde a licitação, em virtude da natureza da empresa estatal não é cabível.” (Araújo, Aldem Johnston Barbosa, O Estatuto das estatais (Lei 13.303/2016) e a inaplicabilidade do regime licitatório nas atividades-fim desempenhadas pelas empresas estatais que exploram atividade econômica, Revista dos Tribunais, v. 105, nº. 973, págs. 97-161, nov., 2016)

Como a licitação não será aplicável naqueles casos em que a contratação estiver diretamente compreendida na atividade que se constitui em objeto social, resta fazer o confronto entre o inciso I do § 3º do artigo 28 da Lei 13.303/2016 e o caso concreto para verificar se há perfeita subsunção dos fatos à norma.

Como já referido, trata-se da contratação de insumo para a fabricação por parte do LAFEPE de vitamina C.

Ora, conforme se extrai de estatuto social, eis os objetivos sociais do LAFEPE:

“Art. 4º - Constitui objeto social da Sociedade a industrialização, comércio, representação, importação, exportação e distribuição de produtos químicos, farmacêuticos, complementos alimentares, veterinários e correlatos, hemoderivados, armações e lentes para óculos, cosméticos e perfumes, produtos de higiene pessoal e limpeza hospitalar, industrial e doméstica, saneantes domissanitários, material médico cirúrgico hospitalar e odontológico, podendo, ainda, identificar e desenvolver parcerias para receber e absorver transferência de tecnologia na sua área de atuação, bem como proceder a pesquisas técnicas e científicas destinadas ao contínuo desenvolvimento de suas atividade industriais.”(alterado pela AGE realizada em 10/10/2016)

Observa-se assim claramente que a aquisição do BLEND, a fabricação e a venda da vitamina C estão diretamente compreendidas na atividade que constitui o objeto social da sociedade de economia mista, devendo-se, portanto, a luz do inciso I do § 3º do artigo 28 da Lei 13.303/2016, afastar a aplicabilidade da licitação no presente caso.

2.3 CONTRATAÇÃO DIRETA: dispensa de licitação

Sem prejuízo do que já foi exposto, não se pode olvidar que falar em “contratos sob o regime de direito privado” e “desnecessidade de licitação”, no mais das vezes, não é bem compreendido e, por conseguinte, aceito pelos órgãos de controle, o que deve gerar temperamentos na aplicação do entendimento sustentado anteriormente.

Assim, afigura-se-nos mais prudente, por ser de mais fácil aceitação pelos órgãos de controle, o enquadramento da contratação em foco na hipótese de dispensa prevista no art. 29, XVIII, da Lei 13.303/2016, que dispõe:

“Art. 29. **É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:**

(...)

XVIII - na **compra e venda** de ações, de títulos de crédito e de dívida e **de bens que produzam ou comercializem.**”

Ao comentar o dispositivo, Marçal Justen Filho categoriza-o como uma

verdadeira hipótese de inaplicabilidade de licitação:

“A redação do dispositivo é parcialmente equivalente à do art. 17, II, c, d, e e, da Lei 8.666/93. A dispensa de licitação compreende operações (aquisição e alienação) de bens móveis, abrangendo ações e outros valores mobiliários e títulos de crédito. **O dispositivo também abrange a alienação dos bens produzidos ou comercializados pela própria empresa estatal. Mas a hipótese já se encontra, rigorosamente, abrangida no conceito de inaplicabilidade de licitação. Nesse caso não existe licitação por força do previsto no art. 28, § 3º, I da mesma Lei 13.303/2016.**” (Justen Filho, Marçal, “A contratação sem licitação nas empresas estatais”, Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 315/316)

Para Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes Torres não há hipóteses de aplicação do art. 29, XVIII, da Lei 13.303/2016 que não estejam contempladas pelo inciso I do § 3º do artigo 28 da mesma lei:

“(…) **não vislumbramos cenário que escaparia ao enquadramento do art. 28, § 3º, I, que pudesse ser contratado diretamente, por dispensa de licitação, com fundamento no art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303/2016.**” (Barcelos, Dawison e Torres, Ronny Charles Lopes de, Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da lei 13.303/2016, Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 184)

Nesta mesma linha é a lição de Bernardo Strobel Guimarães, Leonardo Coelho Ribeiro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves Giublin e Juliana Bonacorsi de Palma:

“**A lei reuniu diversas hipóteses que, no fundo, são uma emanção do que está contemplado no art. 28, § 3º, no que se refere à inexigibilidade de licitação naquilo que se configura como o núcleo da atuação empresarial da estatal. O que se tem aqui é a materialização do pressuposto constitucional que flexibiliza o dever de licitar na exata medida em que isso não se compatibilizar com a dimensão empresarial da estatal.**” (Guimarães, Bernardo Strobel (et al.), Comentários à lei das estatais (lei nº 13.303/2016), Belo Horizonte: Forum, 2019, pág. 198)

Por tudo o exposto, verifica-se que a incidência de tal dispositivo à operação em foco é evidente, já que o LAFEPE, em rigoroso cumprimento de seu objeto social, está fazendo a aquisição de IFAs para, de pronto, produzir medicamentos e posteriormente efetuar a venda de tais produtos para o Ministério da Saúde.

3. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, conclui-se pela legalidade da contratação direta, para aquisição por parte do LAFEPE "DE MISTURA PARA A PRODUÇÃO VIA COMPRESSÃO DIRETA DO SUPLEMENTO ALIMENTAR A BASE DE VITAMINA C 500 mg," junto à empresa MCassab Comércio e Indústria Ltda., com vistas à viabilizar a produção de vitamina C, em razão de a situação em análise ser um flagrante caso de inaplicabilidade das regras de licitação onde, mesmo que aplicáveis, as regras apontariam para uma inexigibilidade ou dispensa do procedimento licitatório.

Contudo, a despeito dos 3 (três) argumentos expostos neste opinativo serem autônomos e suficientes para sustentar a contratação direta objeto da presente análise, crê-se que o procedimento em foco deve adotar como o fundamento principal a hipótese de dispensa do art. 29, XVIII, do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, por se tratar de uma aplicação direta e objetiva do aludido dispositivo, sem necessidade de construções doutrinárias/jurisprudenciais ou aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o que se faz necessário nos outros dois fundamentos.

Ressalte-se a necessidade de atendimento das demais exigências previstas na Lei nº 13.303/2016 e do Regulamento de Licitações e Contratos do LAFEPE no processo de dispensa ou de inexigibilidade objeto deste opinativo, notadamente a justificativa dos preços.

As opiniões expressas neste documento foram emitidas considerando as informações fornecidas pelo consultante, com base na legislação brasileira vigente e na jurisprudência atualizada até esta data.

Com efeito, pontua-se que o presente parecer não se reveste de caráter definitivo, uma vez que, diante da posse de novos fatos e/ou documentos, nos inclinamos pela necessidade de outra manifestação mais aprofundada sobre o caso.

A presente opinião legal foi elaborada em observância aos enunciados 8²,

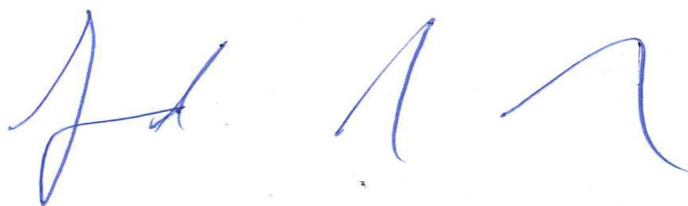
² "A atuação da Procuradoria Consultiva deve restringir-se aos aspectos jurídicos dos casos postos à apreciação, evitando-se emitir opiniões ou adentrar em interpretações e/ou análises de cunho técnico, administrativo, mercadológico, ou de mérito administrativo; salvo, excepcionalmente, se

9³, 11⁴, e 21⁵ do Manual de Atuação Consultiva (MAC) da PGE-PE.

Por fim, insta salientar que à luz da legislação e do entendimento jurisprudencial incumbe a esta assessoria prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar nos aspectos relativos à conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da estatal consulente, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

Sendo o que cumpria momentaneamente expor, fica-se ao inteiro dispor para esclarecer quaisquer questionamentos adicionais ou discutir algumas das considerações efetuadas.

É o parecer. S.M.J.



MELLO PIMENTEL ADVOCACIA

(LEONARDO RAMALHO LUZ – OAB/PE nº 19.251
REVISADO POR ALDEM JOHNSTON B. ARAÚJO – OAB/PE nº 21.656)

houver efetiva necessidade e mediante justificativa, hipótese em que se deve limitar a sugestões ou recomendações.”

³ “Sempre que possível, as manifestações devem ser terminativas, de forma a resolver as questões jurídicas postas à apreciação e tecer as considerações pertinentes. Salvo nos casos em que se fizer necessária a elucidação de questões fundamentais ou instrução de pontos nevrálgicos do processo – hipótese em que se deve emitir cota para solver tais questões – recomenda-se privilegiar a emissão de pareceres, ainda que com as ressalvas pertinentes, de modo a conferir definitividade à atuação da assessoria jurídica.”

⁴ “As manifestações jurídicas devem ser sempre fundamentadas, trazendo os elementos de fato e de direito considerados na análise jurídica, bem assim apontando eventuais controvérsias doutrinárias e/ou jurisprudenciais porventura existentes a respeito da matéria.”

⁵ “O Procurador deve elaborar o seu pronunciamento com base nas informações constantes dos autos, não devendo presumir situações ou circunstâncias que não estejam efetivamente esclarecidas no processo.”