

Indeferimento de liminar para suspensão de certame: especificações editalícias necessárias para atendimento do interesse público



DICOM TCEMG

EMENTA: DENÚNCIA — PEDIDO LIMINAR — CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL — PREGÃO PRESENCIAL — TESTES DE DIAGNÓSTICOS DE DENGUE — EXIGÊNCIAS SOBRE O OBJETO — MOTIVAÇÃO ADEQUADA — INTERESSE PÚBLICO — INDEFERIMENTO

A aquisição de testes de diagnósticos de dengue pode requerer cláusulas com especificações do produto, devidamente justificadas no processo licitatório, a fim de garantir a execução satisfatória do controle da doença nos municípios.

À Secretaria da Primeira Câmara,

Tratam os presentes autos de denúncia, com pedido liminar, formulada pela empresa A. S. A., em face do Pregão Presencial n. 021/2014, do Consórcio Intermunicipal Aliança para a Saúde (Cias), cujo objeto é a “aquisição de testes de diagnóstico da dengue”.

Argumenta a denunciante que, no edital a fls. 25-72, constam irregularidades referentes à exigência de que os testes de diagnósticos de dengue possuam “dispositivo móvel para sistemas de *backup* para arquivamento e interfaceamento de transmissão de dados via *wi-fi*” (Anexo I, item 2, fl. 47).

A suposta irregularidade, no entender da denunciante, direcionou o certame para a aquisição de produtos da empresa O. L. e afrontou os princípios esculpidos no art. 3º da Lei de Licitações e Contratos.

Assim, requer a correção do edital no aspecto retroexplicitado, pleiteando, liminarmente, sua suspensão.

Cumprido destacar que esta denúncia deu entrada em meu gabinete, pela primeira vez, no dia 10/04/2014, às 16h26min, mas a sessão do pregão estava prevista para 02/04/2014, às 9h45min. Mediante despacho a fls. 185-186, considerei prejudicado o pedido formulado pela denunciante, uma vez que o Pregão Presencial n. 021/2014 encontrava-se suspenso por ordem da juíza de direito Lilian Maciel Santos, do Plantão de *Habeas*

* Na sessão de 12/08/2014, a Primeira Câmara determinou a extinção do processo, sem resolução do mérito, com recomendação, e posterior arquivamento dos autos.

Corpus e Medidas Urgentes, da Comarca de Belo Horizonte, conforme documentos a fls. 107-111, e, por cautela, determinei a oitiva prévia do presidente e do pregoeiro oficial do Consórcio Intermunicipal, no prazo de até 48 horas.

Após a intimação, foram juntados ao processo documentos a fls. 194-603, nos quais se informa que a suspensão do presente certame poderá prejudicar as ações do Poder Público no combate à dengue e que a aquisição de testes com o dispositivo previsto no edital é a mais viável técnica e economicamente.

O denunciado também demonstrou que a ordem de suspensão do Pregão Presencial n. 021/2014 pelo Judiciário foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), Agravo de Instrumento n. 0279906-33.2014.8.13.0000, interposto pelo Consórcio Intermunicipal Aliança para a Saúde, em decisão exarada pelo relator do feito, desembargador Alberto Vilas Boas, conforme indicado a fls. 215-216.

A denunciante manifestou-se, a fls. 607-610, reiterando o pedido cautelar de suspensão do certame, uma vez que o julgamento das propostas do Pregão Presencial n. 021/2014 foi remarcado para o dia 06/05/2014, às 9h45min, em função da cassação da liminar a fls. 109-111.

No que concerne às exigências da Administração Pública em indicar a qualidade, a marca e as especificações técnicas dos produtos a serem adquiridos, verifiquei que a matéria é tratada nos arts. 7º, § 5º, e 15, I, da Lei de Licitações e Contratos, e só são possíveis quando for demonstrada a viabilidade técnica e econômica de tais atos.

No presente caso, averigui que foram devidamente indicadas pela denunciada — notadamente a fls. 48-49 e no laudo técnico a fls. 218-219, reproduzido a fls. 602-603 — as razões que levaram a entidade a exigir o dispositivo móvel retrorreferenciado para os testes de dengue, demonstrando que, de fato, a opção pela sua não inclusão importaria em risco de execução insatisfatória do controle da doença nos municípios descritos a fls. 47-48, além de não representar aumento dos custos dos produtos a serem adquiridos pelo consórcio.

Também foi esse o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 0279906-33.2014.8.13.0000, em que se denegou a eficácia da decisão que suspendeu o certame, conforme documentos a fls. 215-216:

Por ora e em sede de cognição sumária, entendo que há verossimilhança nas alegações do recorrente.

Sim, porque não me parece desnecessária a exigência de dispositivo móvel e sistemas de *backup* para arquivamento e interfaceamento de transmissão de dados via *wi-fi*, sobretudo considerando a necessidade de realização de testes rápidos e com tecnologia avançada para dar maior eficácia à vigilância epidemiológica.

A propósito, não se pode desprezar o parecer Técnico da Dra. Isabel Maria Bernardes Goulart (f. 381/383), segundo o qual a ferramenta exigida no edital é essencial no combate às doenças infecciosas e a otimização de recursos públicos, de modo a permitir um atendimento eficaz à população.

Ainda segundo a referida pesquisadora, os sistemas de *backup* de dados estão sendo adotados em diversas políticas públicas de saúde, mostrando-se mais eficientes quando comparados ao limitado uso do teste sozinho sem leitor.

Desse modo, entendo que tal ato não afrontou o princípio da isonomia e o caráter competitivo do certame, previstos no art. 3º, *caput*, e § 1º, I, da Lei n. 8.666/93.

Sobre o tema, cumpre destacar excerto da decisão contida na Denúncia n. 747.505 desta Corte de Contas, de relatoria da conselheira Adriene Andrade:

Depreende-se do dispositivo referente ao art. 3º supramencionado que a licitação destina-se a buscar a proposta mais vantajosa, devendo a Administração Pública contratar, com menor custo e maior benefício, sem, contudo, negligenciar o princípio da isonomia, posto que a busca da vantagem não pode ensejar opções arbitrárias ou abusivas, devendo a discricionariedade do administrador ser pautada por critérios e procedimentos específicos, distanciando-se de sua escolha pessoal e particular e se vinculando aos aspectos da legalidade, conforme ensina Marçal Justen Filho, *in litteris*:

‘De modo geral, a vantagem buscada pela Administração deriva da conjugação dos aspectos da qualidade e da onerosidade. Significa dizer que a Administração busca a maior qualidade da prestação e o maior benefício econômico. As circunstâncias determinam a preponderância de um ou outro aspecto. No entanto, sempre estão ambos presentes. Como se verá nos comentários ao art. 45, mesmo as licitações de menor preço envolvem requisitos mínimos de qualidade. Por outro lado, nas licitações de melhor técnica, o fator preço é relevante.’ (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª ed, Dialética, p. 43). (grifo nosso)

Merece destacar, ainda, que a alegação da Denunciante pautou-se, preponderantemente, na suposta infringência ao princípio da competitividade, insculpido no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/93, que veda a escolha de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, sendo tal dispositivo analisado por Marçal Justen Filho, como a seguir:

‘O disposto não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Vedam-se cláusulas desnecessárias ou inadequadas, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A vedação não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF. A incompatibilidade poderá derivar de a restrição excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração.

O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª ed, Dialética, p. 61 e 62). (grifo nosso).

Quanto ao art. 15 da Lei n. 8.666/93, que dispõe que as compras, sempre que possível, deverão ser adquiridas sem indicação de marcas, cabe notar que é cediço, na doutrina, que a Lei veda a preferência subjetiva e arbitrária de um produto a outro, sem nenhum rigor técnico ou econômico, sendo, no entanto, possível, à Administração Pública, indicar marcas para fins de padronização, se tal indicação for calçada em razões de ordem técnica e constantes do processo licitatório.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 361.736/SP, de relatoria do ministro Franciulli Netto, manifestou-se da seguinte forma, *in verbis*:

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.

Ademais, também comungo do entendimento esposado na decisão a fls. 215-216, do TJMG, de que a avaliação da conveniência de adquirir o dispositivo previsto no Anexo I do edital a fls. 25-72 está inserida no âmbito da discricionariedade do administrador:

É preciso enfatizar, ainda, que existem empresas em condições de atender ao objeto e a exigência não se revela desproporcional aos fins que o consórcio intermunicipal deseja alcançar. Aliás, parece-me que não é da alçada do recorrente definir qual forma e quais recursos técnicos de controle de doença epidemiológica sejam mais convenientes ou não para o poder público.

Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho:

Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 17ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 42).

Pelo exposto, em juízo preliminar, não vislumbro disposições restritivas à competitividade e prejudiciais aos interesses da Administração e dos particulares capazes de ensejar a suspensão do certame.

Diante do exposto, indefiro o pedido liminar.

Ressalto, em contrapartida, que este Tribunal de Contas poderá determinar a suspensão do procedimento licitatório em epígrafe, na fase em que se encontrar, até a assinatura do contrato, caso se demonstre a necessidade com o exame mais aprofundado.

Intimem-se a denunciante e o denunciado, por meio de publicação no *Diário Oficial de Contas*, do inteiro teor deste despacho.

Após, remetam-se os autos ao órgão técnico para análise e, posteriormente, ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para manifestação preliminar, conforme disposto no § 3º do art. 61 da Resolução TC n. 12/08.

Em seguida, citem-se o presidente, M.R.D.M., e o pregoeiro, M.J.C., do Consórcio Intermunicipal Aliança para a Saúde, para, no prazo improrrogável de 15 dias, nos termos do art. 307 do referido normativo, apresentar defesa e documentos que julguem pertinentes.

Informe-se que somente serão aceitas manifestações de defesa subscritas pela parte ou por procurador devidamente habilitado nos autos, mediante instrumento de mandato original ou cópia autenticada.

Havendo manifestação, encaminhe-se o processo à unidade técnica para novo exame e, após, ao *Parquet*, para parecer conclusivo, conforme previsto na alínea *d* do inciso IX do art. 61 regimental.

Decorrido *in albis* o prazo, remetam-se os autos diretamente ao órgão ministerial.