

PROCESSO N.: 643/2019

NATUREZA: REPRESENTAÇÃO **COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

REPRESENTADOS: FUNDAÇÃO HOSPITAL ADRIANO JORGE – FHAJ E COMISSÃO GERAL DE LICITAÇÃO DO PODER EXECUTIVO DO ESTADO DO AMAZONAS – CGL/AM

REPRESENTANTE: LABINBRAZ COMERCIAL LTDA

OBJETO: CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENDER A LICITAÇÃO PÚBLICA NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO N. 502/2019 – CGL

ADVOGADOS: DR. FLÁVIO ROBERTO BALBINO – OAB/SP N. 257.802 E DR. GUSTAVO FELIZARDO SILVA – OAB/SP N. 408.635.

DESPACHO

Tratam os presentes autos de Representação, com Pedido de Medida Cautelar, apresentada pela Empresa LABINBRAZ COMERCIAL LTDA, na qual requer o deferimento, liminarmente, a fim de determinar a suspensão da licitação pública na modalidade Pregão Eletrônico nº 502/2019-CGL/AM, nos termos do art. 288, parágrafo 2º, do Regimento Interno desta Corte de Contas.

A Excelentíssima Conselheira-Presidente, Dra. Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos, manifestou-se por meio de Despacho (fls. 49/50), determinando que os autos fossem encaminhados ao Relator para apreciação da medida cautelar.

Os autos foram distribuídos a este Gabinete, momento em que passo a realizar a primeira manifestação nos autos elaborando o presente Despacho Monocrático com as seguintes ponderações.

A Representação é instrumento que visa apuração de possíveis irregularidades ou má gestão na Administração Pública, conforme se depreende da leitura do art. 288, da Resolução n. 04/2002, *in verbis*:

Resolução n. 04/2002

Art. 288. O Tribunal receberá de **qualquer pessoa, Órgão ou Entidade, pública ou privada**, representação em que se afirme ou se requeira a apuração de ilegalidade ou de má gestão pública.

Como é possível constatar através do mencionado dispositivo, qualquer pessoa, Órgão ou Entidade, pública ou privada, pode apresentar Representação junto ao Tribunal de Contas. Assim, verifica-se que a Empresa Labinbraz Comercial Ltda, neste ato representada por seus patronos, conforme Procuração acostada à fl. 6 - verso, demonstra que possui legitimidade para ingressar com a presente Representação.

Desta forma, tendo em vista que a inicial já foi aceita pela Presidente desta Egrégia Corte de Contas, entendo que deve ser dado prosseguimento a mesma.

Ultrapassada a breve análise da legitimidade ativa, é importante tratar acerca da competência do Tribunal de Contas para apreciar e deferir Medida Cautelar.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a referida competência. O Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança nº 26.547 MC/DF, de 23.05.2007, reconheceu tal competência, como se pode observar na Ementa a seguir transcrita:

“TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE. DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). Consequente possibilidade de o Tribunal de Contas expedir provimentos cautelares, mesmo sem audiência da parte contrária, desde que mediante decisão fundamentada. Deliberação do TCU, que, ao deferir a medida cautelar, justificou, extensamente, a outorga desse provimento de urgência. Preocupação da Corte de Contas em atender, com tal conduta, a exigência constitucional pertinente à necessidade de motivação das decisões estatais. Procedimento administrativo em cujo âmbito teriam sido observadas as garantias inerentes à cláusula constitucional do *due process of law* (...).”

Ao tratar do assunto em sua Decisão, o Ministro Celso de Mello assim afirma:

“O TCU tem legitimidade para expedição de medidas cautelares, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões, consoante entendimento firmado pelo STF.

Em sendo o provimento cautelar medida de urgência, admite-se sua **concessão 'inaudita altera parte'** sem que tal procedimento configure ofensa às garantias do contraditório e ampla defesa, ainda mais quando se verifica que, em verdade, o exercício dos referidos direitos, observado o devido processo legal, será exercido em fase processual seguinte.

(...)

Com efeito, impende reconhecer, desde logo, que assiste, ao Tribunal de Contas, poder geral de cautela. Trata-se de prerrogativa institucional que decorre, por implicitude, das atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas.

Entendo, por isso mesmo, que o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Alta Corte, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República.

Isso significa que a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, a essa Corte, ainda que por implicitude, a possibilidade de conceder provimentos cautelares vocacionados a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário.”

Assim, como bem colocado pelo Ministro Celso de Mello e já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas possui competência para analisar e conceder, preenchidos os pressupostos legalmente exigidos, Medida Cautelar.

A presente Representação tem por objeto a análise de atos praticados no curso da elaboração do Instrumento Convocatório objeto do Pregão Eletrônico nº 502/2019-CGL/AM, que visa a contratação, pelo menor preço global, de pessoa jurídica especializada na prestação de serviços de fornecimento de reagentes (analisador de exames bioquímicos, imunológicos e hormônios), em regime de comodato dos equipamentos, para atender o laboratório de análises clínicas da Fundação Hospital Adriano Jorge - FHAJ.

A empresa Representante - Labinbraz Comercial LTDA - aduz que no ato da elaboração do Edital relativo ao Pregão em análise, estipularam o objeto do certame para fornecimento de reagentes para exames bioquímicos, imunológicos e hormônios de maneira conjunta, condicionando que a aquisição em referência seja realizada de maneira casada mesmo se tratando de itens de natureza e similaridades diversas, fato este que pode estar restringindo a competitividade da licitação. Explico.

Quando há a estipulação no Instrumento Convocatório de que o objeto do certame será a aquisição **conjunta** de reagentes de bioquímica **e** imunologia, com fornecimento de equipamentos integrado para as análises clínicas, existe um condicionamento na delimitação deste objeto onde permite apenas que fabricantes, importadores e distribuidores atuantes em **ambos** os segmentos, participem do certame.

Contudo, o que se pode depreender pela leitura da Inicial desta Representação é que esses exames possuem naturezas divergentes. Digo isto pois, os exames na área de bioquímica investigam materiais orgânicos (sangue, soro, plasma e urina) já os exames na área de imunologia utilizam os próprios anticorpos produzidos para detecção e mensuração de diferentes substâncias (como se vê no Item 55, 65 e 68 do Instrumento Convocatório).

Assim, pode-se concluir que os exames na área de imunologia utilizam métodos laboratoriais analíticos, método este que é diverso do utilizado nos exames bioquímicos.

Ante o exposto, de fato corroboro o pleito formulado pela empresa Representante por identificar a restrição da competitividade no caso em tela, visto que o agrupamento desses objetos com exames cuja natureza e similaridade são diversas, abrevia o leque de licitantes hábeis a participar do certame em referência.

Tal entendimento foi inclusive defendidos por outros Tribunais de Contas do País em casos idênticos (Tribunal de Contas de São Paulo e de Rondônia), conforme transcrição de alguns julgados trazidos pela Representante.

Ressalta-se, por fim, que não houve a identificação no processo licitatório de justificativa técnica para a aquisição **conjunta** desses reagentes bioquímicos e imunológicos. Não restando demonstrada a existência de eventual prejudicialidade e/ou desvantagem na aquisição desses reagentes por meio de fracionamento de lotes.

Em verdade, o fracionamento em lotes diversos seria uma forma de ampliar a competição permitindo a participação de licitantes fornecedoras tanto de reagentes com equipamento específico para cada modalidade de exame, como de fornecedores que utilizam equipamentos integrados.

Assim, debruçando-me sobre a situação exposta nos autos, não posso deixar de considerar plausíveis as razões apresentadas pela empresa autora da Representação, posto que, se de fato houve a elaboração de um Instrumento Convocatório que, em seu objeto, restringiu a competitividade do certame, tal ato deve ser rechaçado e o sobredito equívoco deve ser reparado o mais breve possível sob pena de causar prejuízo ao erário, uma vez que uma empresa que não detenha o melhor preço poderá ser sagrada como vencedora do certame em apreço onerando os cofres público.

Ao compulsar o *status* do certame – Pregão Eletrônico n. 520/2019 – CGL/AM – no *site* do Portal de Compras do Estado do Amazonas, verificou-se que a mesma encontra-se suspensa. Vejamos:

Acompanhamento de Licitações - Google Chrome
 https://www.e-compras.am.gov.br/publico/licitacoes_acompanhamento.asp

PE 502/19 - Serviços de Fornecimento de Reagentes (Suspensa)
COMISSÃO GERAL DE LICITAÇÃO DO PODER EXECUTIVO

Chat:
 Chat ainda não iniciado.

[Histórico do chat](#)

- Legenda

Colunas Exame 1 e Exame 2:	● Proponente classificado.
Melhor:	● Melhor lance no momento.
Habilitado:	● Proponente está habilitado.
Vencedor:	🏆 Proponente vencedor.
Visualizar Lances:	(+) Expandir lances
Apresentar apenas:	<input checked="" type="checkbox"/> Pendente

+ 1 Lote 1

Porém, a despeito da atual suspensão do Instrumento Convocatório, entendo que a medida cautelar pleiteada pode ser deferida, pois, sendo incerto o motivo que levou a Comissão de Licitação a providenciar a suspensão do certame, não há como presumir se ao mesmo será dada continuidade sem a devida correção do equívoco aqui demonstrado.

Portanto, enfatizo que a concessão da medida cautelar consiste na ordem de determinar que o Pregão Eletrônico n. 520/2019 – CGL/AM deve se manter suspenso até ulterior esclarecimento e/ou correção do objeto constante no Instrumento Convocatório, de forma a coibir eventual prejuízo ao erário com a possível contratação de empresa que não detenha o melhor preço (considerando possível restrição à competitividade) onerando os cofres públicos.

Se esta Corte de Contas não tomar medidas urgentes no sentido de determinar que a suspensão do Pregão Eletrônico n. 520/2019 – CGL/AM seja mantida, há a possibilidade de serem causados graves danos ao interesse público, com consequências graves e de difícil reparação, podendo inclusive gerar danos irreversíveis ao erário público, uma vez que podem dar continuidade ao certame sem as correções necessárias no Instrumento Convocatório, dando azo à restringir o caráter competitivo inerente às licitações públicas.

Tendo em vista a possibilidade de dano iminente, caso não se mantenha a suspensão do **Pregão Eletrônico n. 520/2019 – CGL/AM**, entendo configurada situação de urgência para fundamentar **a concessão de medida cautelar 'inaudita altera parte'**, pois desta forma, não haverá danos irreversíveis ao erário público.

A concessão de cautelar pelo Tribunal de Contas do Amazonas encontra fundamento no art. 1º, inciso II da Resolução n.º 03/2012-TCE/AM, que ora transcrevo:

Art. 1º. O Tribunal Pleno, a Presidência do Tribunal ou o Relator, em caso de urgência, diante da plausibilidade do direito invocado e de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte ou do interessado, entre outras providências:

(...)

II – a suspensão do processo ou procedimento administrativo, inclusive com a vedação da prática de atos;

Ademais, em vista do disposto no artigo 1º, §2º, da Resolução n.º 03/2012 – TCE/AM, e, analisando os pontos abordados na inicial da presente Representação considero pertinente que seja concedido prazo ao Presidente da Comissão Geral de Licitação do Poder Executivo, Senhor Walter Siqueira Brito, bem como, ao responsável pela Fundação Hospital Adriano Jorge – FHAJ, para apresentarem defesa e/ou documentos acerca dos aspectos suscitados no bojo da Representação e deste Despacho.

Tal medida cautelar deve ser mantida até que sejam apresentadas justificativas em relação às dúvidas apontadas nesses autos e que esta Corte possa analisar, em cognição ampla, o merecimento da representação em destaque.

Ante o exposto, restando preenchidos os requisitos acima mencionados e levando em consideração a relevância e urgência que a Medida Cautelar requer, este Relator, com base nos termos do art. 1º da Resolução nº 03/2012–TCE/AM c/c art. 1º, inciso XX, da Lei nº 2.423/1996, **DECIDE** monocraticamente:

I) CONCEDER A MEDIDA CAUTELAR 'INAUDITA ALTERA PARTE', NO SENTIDO DE DETERMINAR QUE A SUSPENSÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO N. 520/2019 – CGL/AM SEJA MANTIDA, com fundamento no art. 1º, inciso II da Resolução n.º 03/2012-TCE/AM, até ulterior esclarecimento e/ou correção do objeto constante no Instrumento Convocatório, bem como, após a decisão desta Corte de Contas constatando terem sido justificadas ou sanadas as possíveis falhas indicadas na inicial desta Representação;

II) DAR CIÊNCIA da presente decisão proferida por este Relator ao Colegiado desta Corte, na primeira sessão subsequente, nos termos disposto no artigo 1º, § 1º, da Resolução n. 03/2012 – TCE/AM;

III) REMETER OS AUTOS À SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO para as seguintes providências:

- a) **PUBLICAÇÃO DA PRESENTE DECISÃO** no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal em até **24 (vinte e quatro) horas**, em observância a segunda parte do artigo 5º, da Resolução n. 03/2012;
- b) **NOTIFIQUE a empresa Labinbraz Comercial Ltda**, na qualidade de Representante da presente demanda;

- c) **NOTIFIQUE a Comissão Geral de Licitação do Poder Executivo do Estado do Amazonas, para ciência da presente decisão**, concedendo 15 (quinze) dias de prazo para apresentar documentos e/ou justificativas, caso entenda necessário complementar a instrução processual para julgamento meritório, a fim de informá-los sobre a determinação contida nesta Medida Cautelar, bem como, para apresentar documentos e/ou justificativas quanto aos fatos narrados na presente exordial, demonstrando se de fato houve restrição ao caráter competitivo do certame, e, por fim, remetendo cópia integral dos autos, de forma a exercitar em sua plenitude o exercício de seu direito de defesa (art. 5º, LV, da CF/88 e art. 1º, §3º, da Resolução n. 03/2012 - CGL);
- d) **NOTIFIQUE a Fundação Hospital Adriano Jorge - FHAJ, para ciência da presente decisão**, concedendo 15 (quinze) dias de prazo para apresentar documentos e/ou justificativas, caso entenda necessário complementar a instrução processual para julgamento meritório, a fim de informá-los sobre a determinação contida nesta Medida Cautelar, bem como, para apresentar documentos e/ou justificativas quanto aos fatos narrados na presente exordial, demonstrando se de fato houve restrição ao caráter competitivo do certame, e, por fim, remetendo cópia integral dos autos, de forma a exercitar em sua plenitude o exercício de seu direito de defesa (art. 5º, LV, da CF/88 e art. 1º, §3º, da Resolução n. 03/2012 - CGL)
- e) Por fim, não ocorrendo de forma satisfatória a Notificação pessoal dos interessados acima, que a mesma se proceda por via editalícia (art. 71, III, da Lei n. 2.423/96 e art. 97, da Resolução n. 04/02-TCE/AM).

IV) Após o cumprimento das determinações acima, **REMETER OS AUTOS AO ÓRGÃO TÉCNICO E AO MINISTÉRIO PÚBLICO** para manifestação quanto ao mérito da presente demanda e/ou acerca da documentação e/ou justificativas eventualmente apresentadas; e,

V) Por fim, **RETORNEM OS AUTOS CONCLUSOS AO RELATOR DO FEITO** para apreciação meritória.

GABINETE DE CONSELHEIRO-SUBSTITUTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS, em Manaus, 31 de julho de 2019.

MÁRIO JOSÉ DE MORAES COSTA FILHO
Conselheiro-Substituto

SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS, em Manaus, 25 de julho de 2019.

MIRTYL LEVY JUNIOR
Secretário do Tribunal Pleno