



Procedência : Secretaria de Estado de Saúde.

Interessado : Subsecretaria de Inovação e Logística em Saúde.

Número : 14.316

Data : 16 de março de 2004

Ementa :

Amos - Esc. 15/3/2004
[Assinatura]
José Bonifácio Borges de Amorim
Advogado-Geral do Estado

CONCORRÊNCIA – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO AVIADO CONTRA DECISÃO QUE, PROVENDO RECURSO DE LICITANTE, REVIU SUA DESCLASSIFICAÇÃO, POR ALEGADA INOBSERVÂNCIA AO PREVISTO NOATO CONVOCATÓRIO – REFLEXÕES A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL.

RELATÓRIO

A Secretaria de Estado de Saúde, através do Senhor Subsecretário de Inovação e Logística em Saúde, envia, para análise e parecer desta Casa, o pedido de reconsideração interposto pela sociedade empresária “Farmaconn Ltda.”, pelo qual a mesma insurge-se contra a respeitável decisão do Senhor Subsecretário em referência que, provendo recurso aviado pela sociedade “Imex Center Farma Ltda.”, reconduziu-a à concorrência n. 11/2003, processo n. 631-6447 e, ainda, atribuiu-lhe o primeiro lugar.

A licitação em apreço destina-se à aquisição de medicamento, o “Calcitriol 0,25 mcg”, à qual acorreram alguns interessados : a par das já mencionadas sociedades, a “PH - Distribuidora de Produtos Hospitalares Ltda.” e a “Nature’s Plus Farmacêutica Ltda.”

Por ocasião da apreciação das propostas de preço, a “Imex Center Farma Ltda.” foi desclassificada – cf. ata datada de 19/12/2003 –, sob o Praça da Liberdade, s/nº - Prédio da Secretaria de Estado de Defesa Social - Andar Térreo - CEP 30140-912



argumento de que a mesma veiculara duas propostas de preço, com valores distintos, sendo que uma delas referia-se a outro certame licitatório, qual a tomada de preços n. 005/2003 (processo n. 0382/2003/SUS). Daí, e com fulcro no disposto nos itens 7.1.1, 7.6 e 7.7 do ato convocatório, procedeu-se à desclassificação da citada licitante, o que motivou a interposição do recurso carreado às fls. 991/996 dos autos.

Em suas razões, a recorrente aduz, em síntese, que houvera, sim, apresentado duas propostas, as quais veiculavam valores distintos em virtude da disposição contida no item 7.7 do edital, segundo a qual,

“Em se tratando de fornecedor mineiro, a proposta comercial deve apresentar, sob pena de desclassificação a discriminação do preço cheio e do com o desconto do ICMS, conforme disposto no Decreto Estadual n. 43.349, de 30.05.03 c/c Resolução Conjunta SEF/SEPLAG n. 3458 de 22.07.03.”

Ainda segundo a recorrente, ditas propostas não seriam iguais, na medida em que os respectivos preços seriam diversos, distinção esta decorrente da isenção de ICMS sobre o medicamento ofertado. Por um defeito no processamento das propostas, resultante na atribuição de números distintos às propostas e na incorreta identificação do certame licitatório, a recorrente teria sido levada a apresentar duas propostas em folhas distintas, o que, em sua ótica, teria induzido a erro a Comissão Permanente de Licitação.

Qualificando o sucedido de mero erro material, incapaz de prejudicar os interesses da Administração Pública ou de terceiros e, mais, que houvera procedido de boa-fé, a recorrente bateu-se pelo provimento de seu recurso, acenando que o preço ofertado na proposta que anunciava a isenção de ICMS seria mais vantajoso à Administração.

Ao exercer o juízo de retratação, a digna Comissão de Licitação manteve o decreto de desclassificação da recorrente. Os autos, então, foram remetidos à Assessoria Jurídica da Consulente, a qual, por intermédio do respeitável parecer AJ n. 0038/04, datado de 16/01/2004, opinou pelo provimento do apelo, forte no argumento de que o vício detectado na proposta da recorrente seria suprível.



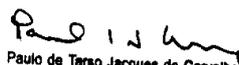
Em acatamento ao respeitável parecer, foi publicada, no “Minas Gerais” de 21/01/2004, a decisão que proveu o citado recurso, o que suscitou o pedido de reconsideração, dado a protocolo em 29 de janeiro próximo passado.

Em seu pedido, a sociedade “Farmaconn Ltda.” insiste na existência de irregularidades na apresentação da proposta da licitante “Imex”, sublinhando que a proposta n. 684 destinava-se a outro certame, promovido às instâncias do Sistema Único de Saúde, inconfundível, portanto, com a concorrência em tela. Aduz, mais, que àquela licitante não seria dado apresentar mais de uma proposta, pelo que, configurada a ofensa ao edital, não restaria outra opção à Comissão de Licitação, se não a de desclassificar a licitante “Imex”, sob pena de investir-se contra o princípio da vinculação ao edital, oponível tanto à Administração quanto aos administrados.

Agitando precedentes da própria Consulente, em que licitantes, dentre os quais a própria peticionária, houveram sido desclassificados por inobservância a disposições editalícias, a sociedade “Farmaconn Ltda.” roga a reconsideração da respeitável decisão, de maneira a desclassificar-se a licitante “Imex”. Ao fazê-lo, sublinha que eventual entendimento em sentido contrário implicaria em fazer menoscabo aos princípios da impessoalidade e isonomia, vetores da atuação administrativa.

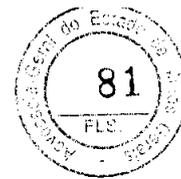
Assim relatada a consulta, passamos a opinar.

PARECER


Paulo de Terno Jacques de Carvalho
Procurador do Estado
TAB/MG 56.401 - MASP 309.796-8

Às fls. 951/954, verifica-se que efetivamente a licitante “Imex” apresentou duas propostas comerciais, com cópias. Pela primeira delas, datada de 07/10/03 (n. 682), ofertava o medicamento identificado no anexo I do edital ao preço unitário de R\$0,85 (oitenta e cinco centavos de real) e total de R\$612.000,00 (seiscentos e doze mil reais). Dita proposta fazia referência à concorrência n. 011-(2003), processo n. 631-6447-(2003).

A segunda proposta, datada de 08/10/03 (n. 684), em tudo identifica-se com a primeira, à exceção dos preços, unitário e total, do medicamento ofertado – R\$0,70 (setenta centavos de real) e R\$504.000,00 (quinhentos e quatro mil reais) – e da referência ao certame licitatório, Praça da Liberdade, s/nº - Prédio da Secretaria de Estado de Defesa Social - Andar Térreo - CEP 30140-912



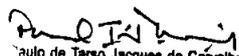
porquanto faz remissão à tomada de preços n. 005/2003, processo n. 0382/2003/SUS.

Quanto ao mais, isto é, individualização do medicamento, inclusive no que se refere à quantidade, apresentação, identificação de seu princípio ativo, termos, condições e validade da proposta, tem-se que ambas as propostas são idênticas.

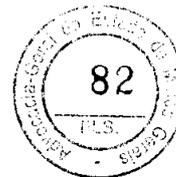
Válido o registro, ainda, de que ambas atendem à especificação do edital, em especial ao quanto previsto em seu anexo I. De observar-se, finalmente, que a data da abertura da proposta coincide, nas duas propostas, com aquela prevista pelo edital (item 2.2), qual seja, 08/10/2003, às 15:00 horas.

O que se pode concluir, do cotejo entre as propostas, é que as mesmas, a despeito da discrepância no tocante à referência ao certame licitatório, foram apresentadas para o mesmo prélio; é dizer, por elas, a licitante “Imex Center Farma Ltda.” ofertou o medicamento exigido pelo respectivo ato convocatório, observadas as especificações para a qualidade e quantidade do medicamento, bem como para a validade do produto e da proposta.

Em suma : inobstante identificada incorretamente às fls. 951/952, a proposta, **em seu conteúdo**, conforma-se com as especificações do objeto licitado, pelo que não se afigura jurídico pretender-se sua desclassificação sob o argumento de que seria discrepante do edital. Se é evidente o equívoco da proposta na identificação do certame, não é menos certo que, em sua essência, a mesma destinava-se, sim, à concorrência n. 011/2003, processo n. 631-6447(2003), já que até mesmo a data para a abertura da proposta, como dito, coincidia com aquela anunciada pelo edital.


Paulo de Tarso Jacques de Carvalho
Procurador do Estado
AB/IMG 56.401 - MASP 369.796-8

O que se percebe é que a licitante “Imex Center Farma Ltda.”, no intento de atender à disposição encartada no item 7.7 do ato convocatório, isto é, discriminar o preço do medicamento, conforme a concessão da isenção de ICMS, acabou por apresentar duas versões da proposta, valendo ressaltar que a ressalva contida em uma delas – “**Prod. Cotado com a Isenção de ICMS Cfe. Resol. Nº 3458 DE 22/07/03**” – comprova que o desiderato almejado pela disposição editalícia em comento foi atendido : apresentou-se o preço do medicamento, com e sem a dedução decorrente daquele favor fiscal.

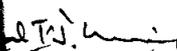


Em casos tais, em que o vício constatado na proposta afigura-se irrelevante para a avaliação do objeto ofertado e, ainda, incapaz de afrontar o interesse da Administração e o direito dos demais licitantes, não há lugar para a desclassificação, na medida em que as prescrições editalícias devem ser recebidas e interpretadas como um instrumento conducente à consecução da finalidade da licitação : obter a melhor proposta para a Administração, preservada a isonomia entre os licitantes.

Aceder a raciocínio diverso seria fazer menoscabo aos princípios da razoabilidade e da eficiência – balizas do atuar administrativo. É que a formalidade procedimental, outro dos princípios que rege a atuação do administrador nos certames licitatórios, não deve ser confundida com mero, e inútil, formalismo. Na interpretação das disposições do edital, não há lugar para tecnicismos, notadamente quando os mesmos colocam em risco a competitividade inerente ao certame, indispensável ao objetivo acima enunciado (cf. art. 3º da Lei n. 8.666/93).

O excessivo apego a formalismos vai de encontro a tal desiderato, na medida em que desvirtua aquele princípio como instrumento de favoritismos e perseguições, com prejuízo à finalidade última da licitação, o atendimento ao interesse público, através da eleição da proposta que se afigure mais vantajosa à Administração. A propósito, **Hely Lopes Meirelles** de há muito pontificava que :

“O princípio do *procedimento formal*, todavia, não significa que a Administração deva ser ‘formalista’ a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, **ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes.** A regra é a dominante nos processos judiciais : não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes – *pas de nullité sans grief*, no dizer dos franceses.” (cf. “Licitação e Contrato Administrativo”, Malheiros, 12ª edição, 1999, p. 27, obra atualizada por **Eurico de Andrade**


Tereza Jacques de Carvalho
Procurador do Estado
M.401 - MASP 389.796-8



Azevedo e outros; os destaques em negrito foram apostos).

Esse entendimento, de resto, grassa na doutrina. Assim :

“Isso acarreta a irrelevância do puro e simples ‘formalismo’ do procedimento. Não se cumpre a lei através do mero ritualismo dos atos. **O formalismo do procedimento licitatório encontra conteúdo na seleção da proposta mais vantajosa.** Assim, a série formal de atos se estrutura e se orienta pelo fim objetivado.

(...)

Afirma-se, com isso, que as palavras através das quais se exterioriza o texto legal não podem ser interpretadas em termos meramente gramaticais – ou melhor, não se pode restringir a interpretação à exclusiva tarefa vernacular.

(...)

Nesse passo, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O princípio da regra da razão expressa-se em ‘procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária de segurança, temperada pela justiça, que é a base do direito.’

(...)

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. **Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais.** Daí a advertência de Adilson Abreu Dallari, para quem, ‘existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de



que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isto não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de licitantes.” (cf. Marçal Justen Filho, in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Dialética, 5ª edição, pp. 69, 70 e 72; destaques apostos).

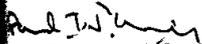
Cai, como luva ao caso em comento, o pensamento de **Jessé Torres Pereira Junior** :

“A vinculação da Administração às normas e condições do edital (vale também para a carta-convite), que a lei qualifica de estrita, acarreta pelo menos cinco conseqüências importantes :

omissis;

(d) **observância estrita não é sinônimo de apego cego à literalidade de palavras isoladas, impondo-se, no caso de dúvida razoável, a busca de interpretação que assegure a prevalência do interesse público, de acordo com o sistema de princípios e normas que o moldam.”** (in “Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública”, Renovar, 5ª edição, pp. 436/437; destacou-se).

E também a jurisprudência pátria espousa esse entendimento, conforme se vê dos seguintes julgados :


Tarso Jacques de Carvalho
Procurador do Estado
OAB/MG 56.401 - MASP 369.796-8

Praça da Liberdade, s/nº - Prédio da Secretária de Estado de Defesa Social - Andar Térreo - CEP 30140-912

“Cláusulas editalícias com dicção condicional favorecem interpretação amoldada a sua finalidade lógica, devendo ser afastada exigência obstativa à



consecução do fim primordial de licitação aberta para ampla concorrência. A interpretação soldada ao rigor tecnicista, deve sofrer temperamentos lógicos, diante de inafastáveis realidades, sob pena de configuração de revolta contra a razão do certame licitatório.” (cf. STJ-1ª Seção, MS 5784/DF, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 9/12/98, DJ de 29/3/99, p. 58);

“Os requisitos que verdadeiramente importam devem ser aqueles referentes ao específico objeto do contrato e não à forma como os documentos devem ser apresentados. A burocracia e a formalidade excessivas podem afastar excelentes candidatos, em prejuízo final da própria Administração.” (cf. STJ-1ª Seção, MS 5.596-DF, rel. Min. Garcia Vieira, j. 12/08/98, DJ de 21/09/98, p. 43, destacou-se);

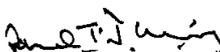
“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRINCÍPIOS: VINCULAÇÃO AO EDITAL. LEGALIDADE. RAZOABILIDADE.

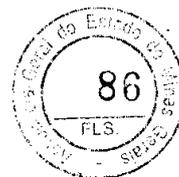
1 - Certo que a Administração, em tema de licitação, está vinculada às normas e condições estabelecidas no Edital (Lei n. 8.666/93, art. 41), e, especialmente, ao princípio da legalidade estrita, não deve, contudo (em homenagem ao princípio da razoabilidade), prestigiar de forma tão exacerbada o rigor formal, a ponto de prejudicar o interesse público que, no caso, afere-se pela proposta mais vantajosa.

2 - Pequeno atraso (cerca de dez minutos) na entrega da documentação relativa à habilitação do licitante não constitui justo motivo para sua exclusão do certame licitatório, eis que ainda não encerrada a reunião para esse fim convocada.

3 - Sentença concessiva da segurança, confirmada.

4 - Apelação e remessa desprovidas” (cf. TRF-1ª Região, 6ª Turma, AMS 1999.01.00.039059-2/DF,


Paulo de Tarso Jacques de Carvalho
Procurador do Estado
OAB/MG 56.401 - MASP 369.796-8



rel. juiz Daniel Paes Ribeiro, j. 09/04/2001, DJ de 31/05/2001, p. 652).

Do seio do último dos arestos ora colacionados, extrai-se que :

“No mérito, a questão se resolve pelo princípio da razoabilidade. Princípio básico da Administração Pública, a razoabilidade deve estar presente em todos os atos administrativos, sejam vinculados, como no caso em tela, sejam discricionários. Significa dizer que, a aplicação da lei ou, na questão ora em apreço, de determinação constante em edital de concorrência, é submetida a um juízo de valor, onde, necessariamente, deve prevalecer o bom senso.

Em última análise, não se permite uma aplicação da norma com um rigor tal que venha a ferir o senso comum que deve reger as relações de direito, dentre elas, principalmente, as de Direito Administrativo.

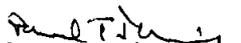
Não se vislumbra descumprimento de determinação editalícia se acolhido o pedido da impetrante. A amplitude do direito concorrencial se sobrepõe à discussão sobre eventual atraso de cinco minutos. O interesse da Administração Pública em conhecer o maior número de propostas para, a partir delas, aferir a proposta mais vantajosa, coloca-se acima da questão aqui enfrentada.

É isso que justifica a tendência de se simplificar a primeira fase do procedimento concorrencial. À Administração Pública interessa conhecer o maior número de propostas, para daí, já na segunda fase da concorrência, escolher, sempre de acordo com as determinações editalícias, a proposta vantajosa.

Prima-se, pois, pela amplitude do direito concorrencial, sendo que esta se sobrepõe a rigorismos excessivos, como os minutos de atraso do caso em tela.

Nesse diapasão, vale consignar o magistério do ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello :

‘Vale dizer : pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas


Paulo de Tarso Jacques de Carvalho
Procurador do Estado
CNPJ nº 06.491.101 - MASP 369.798-8



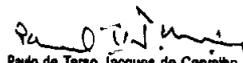
– e portanto jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com deconsiderações às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atribuídas normas de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade ‘manejada’ (in Curso de Direito Administrativo, 4ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, página 54).

No mesmo sentido, é remansoso o entendimento jurisprudencial, aqui exemplificado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul :

‘Visa a concorrência a fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arreados. Não haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase de habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório’ (TJRS – RDP 14/240).”

Enfim, o princípio da vinculação da Administração e dos licitantes às disposições do edital não pode ser tomado cega ou inconseqüentemente, mas sim tendo-se em conta a finalidade última da licitação : a de obter-se a melhor proposta, assegurada a isonomia – traduzida no oferecimento de oportunidades iguais àqueles que se dispõem a contratar com o Poder Público. Celebre a advertência de **Carlos Maximiliano**, para quem,

“Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função da exegese os dados da Sociologia, com o *resultado* provável de cada interpretação. Toma-o em alto apreço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de o entender e aplicar. Quanto possível, evita uma consequência incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às idéias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direito sujeitas a exame.


Paulo de Tarso Jacques de Carvalho
Procurador do Estado
OAB/MG 56.401 - MASP 369.796-6



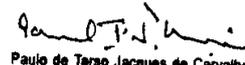
(...)

É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor *consequência* para a coletividade.

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente : não de modo que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

Releva acrescentar o seguinte : ‘É tão defectivo o sentido que deixa ficar sem efeito (a lei), como o que não faz produzir efeito senão em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para preveni-las. Portanto a exegese há de ser de tal modo conduzida que explique o texto como não contendo superfluidades, e não resulte um sentido contraditório com o fim colimado ou o caráter do autor, nem conducente a *conclusão Física ou moralmente impossível*.’ (cf. “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, Forense, Rio de Janeiro, 19ª edição, 2001, pp. 135/136).

No caso em comento, não se pode olvidar que a proposta ofertada pela “Imex Center Farma Ltda.”, considerada aquela de fls. 951/952, a par de mostrar-se conforme as disposições do edital, é a mais vantajosa ao interesse público. Se a Consulente adotou, ou não, conduta diversa em outros casos, tal, a par de não estar em pauta, não se presta como justificativa à desclassificação, sem justo motivo, da proposta que melhor atende ao interesse público.


Paulo de Tarso Jacques de Carvalho
Precursor do Estado
OAB/MG 56.401 - MASP 369.798-8

Dessarte, o pedido de reconsideração, conquanto deva ser conhecido, porque própria e tempestivamente interposto – Lei n. 8.666/93, art. 109, inciso III –, há de ser rechaçado.

ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO



CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina-se pelo conhecimento do pedido de reconsideração, porquanto própria e tempestivamente interposto, para o fim de negar-se-lhe provimento, dada a juridicidade da decisão que houve por bem em prover o recurso da licitante “Imex Center Farma Ltda.”, publicada no órgão da Imprensa Oficial em 21/01/2004. Afinal, como restou observado acima, o referenciado erro não prejudicou o conteúdo e a compreensão de sua proposta, muito menos trouxe prejuízo à Administração ou ao direito dos demais licitantes. Sublinhe-se, por derradeiro, que a proposta a ser considerada será aquela de fls. 951/952 – no valor de R\$504.000,00 (quinhentos e quatro mil reais) –, porque mais vantajosa ao Poder Público.

É o parecer. À alta censura.

Belo Horizonte, 9 de março de 2004.

Paulo de Tarso Jacques de Carvalho
Paulo de Tarso Jacques de Carvalho
Procurador do Estado
MASP 369.796-8
OAB/MG 56.401

Aprovado. Em 11.03.2004.
Mariane Ribeiro Bueno Freire
Mariane Ribeiro Bueno Freire
Procuradora Chefe da Consultoria Jurídica
MASP 363.167-8 OAB/MG 69586

(saide recurso concorrência)