DELIBERAÇÃO AC00 - 382/2017

PROCESSO TC/MS	: TC/15018/2016
PROTOCOLO	: 1719912
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRACAO DE CAMPO GRANDE
DENUNCIANTE	: INJEX INDÚSTRIAS CIRÚRGICAS LTDA
DENUNCIADO	: RICARDO TREFZGER BALLOCK
ADVOGADA	: VÂNIA DE FÁTIMA SOARES DA COSTA PINHEIRO OAB/SP 202.883
RELATOR	: CONS. RONALDO CHADID

EMENTA: DENÚNCIA – ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE EM EDITAL – AUSÊNCIA DE RECURSO NO PRAZO LEGAL – DECADÊNCIA DE DIREITO – PERDA DO OBJETO – ARQUIVAMENTO

Arquiva-se denúncia cujo denunciante deixou transcorrer o prazo previsto sem impugnar o edital, ocorrendo a extinção do direito por não ter sido exercido no prazo legal.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 1ª Sessão Reservada do Tribunal Pleno, de 21 de junho de 2017, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pelo arquivamento da denúncia pela perda do objeto, com suspensão do sigilo.

Campo Grande, 21 de junho de 2017.

Conselheiro **RONALDO CHADID** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid - Relator

INJEX INDÚSTRIAS CIRÚRGICAS LTDA, devidamente qualificada, representada por advogada regularmente constituída – f. 22 -, ingressou com a presente DENÚNCIA, e ainda que não tenha identificado(a) especificamente a parte denunciado(a), da leitura da narrativa é possível extrair que a denunciante se opõe aos atos praticados pela Central Municipal de Compras e Licitações da Secretaria Municipal de Administração do município de Campo Grande, relativos ao Edital de Pregão Presencial n. 027/2016 – Processo Administrativo n. 15.019/2016-18, com reserva de cota de 20% (vinte por cento) para Microempresas-ME; Empresas de Pequeno Porte – EPP e Microempreendedor Individual – MEI, cujo objeto foi assim descrito na Cláusula 1 – 1.1/1.4 do citado Edital:

> 1.1. A presente licitação tem por objeto a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, objetivando o **REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE SERINGAS HIPODÉRMICAS** conforme especificações descritas no **anexo VIII** deste edital.
>
> 1.2. O Registro de Preços será formalizado por intermédio da Ata de Registro de Preços (anexo VII do Edital) e as aquisições serão formalizadas pelos instrumentos hábeis previstos no art. 62 da Lei Federal n° 8.666/93.
>
> 1.3. As quantidades constantes no anexo VIII são estimativas de consumo anual, não estando a Administração Pública obrigada a proceder sua aquisição.
>
> 1.4. Os preços registrados neste procedimento terão validade de 12 (doze) meses, a partir da data da publicação do extrato da Ata de Registro de Preços na imprensa oficial, VEDADA A SUA PRORROGAÇÃO.

Desde logo anoto que as razões apresentadas na presente denúncia se dirigem contra o Edital do Pregão Presencial n. 027/2016, e passo a relatar os termos postos pela empresa denunciante.

Asseverou que no item 7 do edital foi disciplinada análise de amostras após a fase de lances, restando estabelecidos os critérios no subitem n. 7.4 e que na fase de lances foi vencedora dos itens de ampla concorrência dos lotes n. 2, 3, 4, 6 e 7, conforme ata n. 001 e que em seguida apresentou suas amostras para análise, razão da lavratura da ata n. 002, na qual foi registrado o resultado correspondente, momento em que foram reprovadas suas amostras quanto aos itens n. 01 dos lotes n. 2, 3, 6 e 7, fazendo a descrição dos motivos:

Lote n. 02	"De 5 amostras abertas, 4 apresentaram rebarbas no bico de conexão com outro dispositivo, não estando de acordo com o critério X do subitem 7.4 do edital."
Lote n. 03	"Não atende a especificação técnica quanto a graduação, em que é exigido 0,2ml nos traços curtos e 1,0ml nos traços longos. A amostra apresentada possui graduação de 0,1ml nos traços curtos."
Lote n. 06	"Lubrificante da amostra mostrou-se condensado aparente à inspeção visual, apresenta resistência do êmbolo ao tracionamento. Não atende aos critérios de avaliação VI e IX do subitem 7.4 do edital."
Lote n. 07	"De 5 amostras analisadas, 4 apresentaram rebarbas aparentes na rolha do êmbolo e lubrificante visível a inspeção visual. Não atende aos critérios de avaliação VI, IX e X do subitem 7.4 do edital."

Prosseguiu a denunciante transcrevendo os critérios do subitem n. 7.4 do edital, verbis:

> "**VI)** A superfície interna do seu corpo deve permitir movimento livre e suave do êmbolo";
>
> "**IX)** As seringas hipodérmicas estéreis de uso único devem ser lubrificadas e graduadas, o lubrificante não poderá exceder 0,25mg/cm2 (RDC 3 de 04 de fevereiro de 2011)" e
>
> "**X)** As seringas não devem conter partículas e matérias estranhas por meio de verificação visual normal (RDC 03 de 04 de fevereiro de 2011)".

Que em nova data designada lavrou-se a ata n.003 na qual constou o resultado da análise dos demais licitantes e a ata n. 004 de habilitação dos licitantes vencedores, momento em que a denunciante manifestou sua intenção de recurso contra sua inabilitação que foi protocolizado em 17 de maio de 2016 e que até o momento não tem notícias do julgamento.

Fez juntada de diversos documentos destinados a comprovar as alegações formuladas e ponderou ainda quanto a ser injusta a reprovação de suas amostras

que poderia representar o risco de deixar de fornecer o total de 4.992.000 (quatro milhões, novecentas e nove e duas mil) unidades de seringas hipodérmicas à Prefeitura de Campo Grande, destacando que seu preço correspondia a aproximadamente 34% (trinta e quatro por cento) menos que as licitantes habilitadas.

Ressaltou quanto ao item 02 do edital contendo reserva de cota de 20% (vinte por cento) a microempresas e empresas de pequeno porte, entendendo não terem sido respeitados os artigos 48 e 49 da Lei Complementar n. 123/06, afirmando que foram admitidas na disputa de cotas reservada licitante não enquadrada nos citados regimes e que duas apresentaram propostas tendo uma seu domicílio no Paraná e outra em Santa Catarina e que os preços contratados superam em 41% os ofertados por empresas que licitaram pela cota principal.

Passou em seguida a apresentar o que denominou “Do direito”, quando apresentou seu descontentamento quanto aos critérios de desclassificação de suas propostas na fase de amostrar, considerando-os impertinentes e que *não deveria figurar no edital do certame, pois violam as normas jurídicas vigentes, (...)*.

Alegou que os critérios contidos nos incisos VI e X do subitem n. 7.4 do edital não correspondem a juízos objetivos de análise das amostras e cita nessa direção o Tribunal de Contas da União quanto a necessidade de utilização de parâmetros objetivos – Acórdão n. 2077/2011 – Plenário), prosseguindo a dizer não ser válido o critério contido no item IX utilizado para reprovar suas amostras.

Ressaltou não ser atribuição da Comissão de Licitação a análise de qualidade do produto porque esta decorre de documentos exigidos no item 6 e 8 do edital, e que a mesma usurpou competência, trazendo novamente o TCU para apoiar sua posição, sendo esta:

> “Nas situações em que a Administração não possui condições técnicas para aferir, mediante amostra, a qualidade do produto ofertado, é admitida, como condição para classificação ou como requisito contratual, mas não para habilitação, a utilização de certificações para comprovar a aderência do produto às normas técnicas de qualidade.

Fez a juntada de certificados de conformidade emitidos por empresa acreditada pelo INMETRO, que seriam destinados a atestar sua capacidade técnica e ainda cópia de notas fiscais de vendas que realizou a outros órgãos públicos, e asseverou que apenas o inc. I do subitem 7.4 do item 7º do edital atendeu ao art. 40, VII da Lei Federal n. 8.666/93.

Apresentou detalhes técnicos corrente da escala de graduação da seringa hipodérmica, afirmando que nesse sentido o edital é viciado por trazer exigência

incompatível com o sistema jurídico, em afronta ao disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, colacionando em seu favor Norma Brasileira ISSO 7886-1 da ABNT, e manifestando entendimento de que a escolha da escala de graduação nos termos que apresentou *nada mais é do que preferência arbitrária, carente de bom censo e desarrazoada, que traz prejuízo ao erário, além de configurar conduta vedada pelo § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/1993.* (grifei)

Prosseguiu com alegação de que houve ainda violação à Lei Complementar n. 123/2006 no tocante às Micro, Pequenas Empresas e ainda aos Microempreendedores Individuais – MEI, materializada no fato de terem participado do certame apenas duas empresas, ambas da região sul do país, que ao serem admitidas causaram dano ao erário por ter sido admitido preço em valor superior a 40% (quarenta por cento) dos menores preços válidos e ainda porque em admitindo ditas empresas não se estaria promovendo o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, propondo a anulação do ato de adjudicação dos itens 2 dos lotes 2 e 4.

Encerrou suas razões apresentando os motivos ensejadores da atuação liminar desta Corte de Contas para suspender o certame sob pena de dano grave e irreparável ao direito de licitar em igualdade de condições da empresa denunciante, informando que o *fumus boni iuris* da denunciante se verifica em razão das ilegalidades – análise subjetiva das amostras e edital viciado – f. 014/15.

Apresentou também um comparativo da situação descrita com a que ocorreu em outras unidades da federação quanto aos mesmos produtos que ofertou neste certame para dizer que *o problema da Comissão de Licitação da Prefeitura Municipal de Campo Grande não pode ser com os produtos ofertados pela denunciante, mas com a participação desta em seus certames.*

Fundamenta na Lei Complementar n. 160/2012 e ainda no Regimento Interno desta Corte de Contas seu requerimento de suspensão do procedimento licitatório em questão; imposição de sanções; anulação de decisões administrativas que determinaram sua desclassificação; anulação da adjudicação das cotas reservadas; determinação à Prefeitura de Campo Grande que se abstenha se inserir nos editais de licitações os critérios que menciona ou ainda que se abstenha de proceder a análises subjetivas, não usurpando competência da ANVISA e INMETRO e que as reservas de cotas para micro e pequenas empresas e ainda ao microempreendedor individual observe os critérios legais.

Igualmente consta dos autos cópia da peça do recurso administrativo que apresentou em decorrência de sua desclassificação – f. 101/109, afirmando não ter sido intimada quanto julgamento deste até a data em que protocolizou a presente denúncia.

A Denúncia foi recebida pelo Presidente desta Corte de Contas – f. 03/04, que determinou as providências administrativas necessárias com sua autuação urgente com tramitação sigilosa e a distribuição a este Conselheiro para adoção das

medidas cautelares que eventualmente fossem consideradas necessárias, ou que o processo tivesse a tramitação regular e regimental.

De posse dos autos e tendo em conta a pretensão cautelar apresentada pela denunciante, especialmente em decorrência da informação quanto à interposição de recurso administrativo que impetrou junto a Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS, e do qual informou não ter sido intimada quanto à tramitação, procedi a uma análise prévia de suas razões, consoante consta do despacho de f. 343/344, e diante dos fatos e documentos encaminhados, entendi por bem determinar *(consoante dispõe o subitem 11.5 do edital do concurso denunciado – f. 39 -, que transcreve o disposto no § 2º do art. 109 da Lei Federal n. 8.666/93, a interposição do recurso por parte da ora denunciante tem o condão de suspender o prosseguimento do certame, e o resultado do julgamento com o acolhimento, importará na invalidação dos atos insuscetíveis de aproveitamento*), a intimação da Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS**,** através da Central de Compras e Licitações, na pessoa do Senhor MARIO JUSTINO DE SOUZA FILHO, Pregoeiro no Certame denunciado para que, em 24 (vinte e quatro horas) informasse quanto à tramitação do Recurso interposto pela denunciante, e se já houvesse sigo julgado, qual o resultado, sob pena de suspensão do mencionado Certame.

Os autos dão mostra de que em resposta, o Denunciante encaminhou informações quanto a ter sido o recurso julgado improcedente, fazendo juntada dos documentos a demonstrar toda a tramitação administrativa que culminaram com a mencionada decisão desfavorável à recorrente.

Em seguida a esta resposta, procedi a uma análise mais aprofundada quanto aos temos da Denúncia, os documentos que a acompanharam e a resposta encaminhada pela Denunciada e igualmente os documentos que a compuseram, e consoante despacho de f. 374/382, concluí pela não concessão de medida suspensiva do procedimento licitatório e determinei observado o disposto no art. 126, § 3º do Regimento Interno desta Corte de Contas, a remessa dos autos ao Ministério Público de Contas.

Através do Parecer n. 899/2017, o Ministério Público de Contas apresentou um relato processual, e em seguida, de modo sucinto asseverou e concluiu:

> Ao analisar o feito, este Ministério Público de Contas **corrobora o entendimento exarado pelo Ilustre Conselheiro Relator**, pois verificou que a empresa Denunciante foi desclassificada devido ao não cumprimento das exigências contidas no anexo VIII do edital (f. 67), bem como observou que os critérios utilizados para a reprovação das amostras, apresentadas pela Denunciante, foram bem delineados no item 7, subitem 7.4 do edital.
> Nestas condições, a presente DENÚNCIA perdeu seu objeto, razão pela qual opinamos pelo **ARQUIVAMENTO** dos autos e pela comunicação aos interessados. (grifei)

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid - Relator

Trata-se de procedimento previsto no art. 39 da Lei Complementar n. 160/2012, cuja tramitação é definida pelo art. 124 a 131, do Regimento Interno desta Corte de Contas, estabelecendo inclusive os critérios de admissão já analisados pelo Presidente desta Corte de Contas no consoante despacho de f. 3/4.

Da leitura da integralidade da peça apresentada, é possível extrair que o descontentamento da empresa denunciante decorre de sua inabilitação parcial para o presente certame, decorrente da reprovação de suas amostras de seringa hipodérmica pela Equipe Técnica responsável pela análise das mesmas, conforme ata de f. 85/86 e parecer técnico de f. 87/89, que foi motivada, como a mesma confessa, do que entende ser vício contido no edital do presente certame. Trouxe ainda como motivos a alegada aplicação incorreta na Lei Complementar n. 123/2006 – artigos 47 a 49.

Observo de início, que a denunciante, apesar de fundar suas alegações no que considerou como vícios do edital, não manejou o recurso a seu dispor destinado a impugnar citado edital, possibilidade esta prevista na cláusula 16 do mesmo e ainda na Lei Federal n. 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, e essa norma jurídica traz no § 2º do art. 41 a seguinte redação:

> Art. 41.
>
> § 1º (...)
>
> § 2º **Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência,** a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, **as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital**, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (grifei)

Assim, considerando-se que é o Edital que vincula os participantes em um procedimento licitatório – art. 3º, § 1º da Lei Federal n. 8.666/93 -, devem os interessados exercer o direito de impugnar no prazo legalmente previsto, sob pena de decadência, a menos que o mesmo contenha ilegalidade ou vício insanável, quando esse questionamento pode ser feito a qualquer tempo durante o curso do certame, o que a meu ver não é o caso.

No momento em que a ora denunciante deixou transcorrer *in albis* o prazo previsto no dispositivo legal antes transcrito sem impugnar o edital, ocorreu à *extinção do direito por não ter sido exercido no prazo legal.*

Nesse sentido, trago à colação posicionamento expendido pelo Professor Marçal Justen Filho[1], *verbis:*

> "A Lei nº 8.666 determina que o silêncio do interessado acerca do vício do edital acarreta-lhe a impossibilidade de argui-o posteriormente.
>
> Qualquer vício deve ser objeto de imediato protesto por parte do licitante, sob pena de o silêncio constituir obstáculo a posterior questionamento".

Esse tema é muito debatido também judicialmente, como é possível observar na jurisprudência abaixo transcrita, compilada por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[2]:

> TRF/1ªR – Lídima a decisão de autoridade administrativa que exclui licitante de concorrência pública por não satisfazer exigência do edital respectivo, que não fora impugnado no momento oportuno, porque todos os envolvidos na licitação estão a ele vinculados. – 1ª T. MAS n. 01208141/DF. Processo n. 95.01.20814-1/DF. DJ 31 maio 1999. p. 15
>
> TJDFT – 1. A vinculação ao edital é princípio basilar de toda licitação. É através do edital que a administração pública fixa os requisitos para participação no certame, define o objeto e as condições básicas do contrato. 2. Não impugnado o edital, no prazo legal, decai o direito, não podendo fazê-lo após decisão da comissão que lhe foi desfavorável. – 4ª T.Cível. AC e REO n. 19980110172126. DJ 27 ago. 2003.
>
> STJ – I – O edital é elemento fundamental do procedimento licitatório. Ele é que fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando todo o certame público.
>
> II – Se o Recorrente, ciente das normas editalícia, não apresentou em época oportuna qualquer impugnação, ao deixar de atendê-las incorreu no risco e na possibilidade de sua desclassificação, como de fato aconteceu. – 2ª Turma. RMS n. 10847/MA. Registro n. 199900384245. DJ, 18 fev. 2001. p. 279.
>
> TCU – Se o interessado não exerce o direito de impugnar o edital nos termos do art. 41, § 2º, decai também do direito de representar ao TCU. – Processo n. TC-275.039/1996-0. Decisão n. 328/1996 – Plenário.

Demonstrado está que o direito da denunciante em opor-se ao edital restou precluso.

De outro norte, como já anotei no despacho de f. 343/346, a denunciante

---

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 663/664.

[2] *In* Vade-Mécum de Licitações e Contratos – 5ª ed. Ed. Forum- 2011 – p. 652/653;671/673.

propôs recurso administrativo em razão de sua desclassificação – f. 101/109 -, que como relatado foi julgado improcedente, e que no curso de sua tramitação o processo ficou suspenso,

Destaco ainda que em análise de todo o processado, em especial os termos já postos quanto à ausência de impugnação ao edital, tenho que razão não assiste a denunciante uma vez que os critérios utilizados para a reprovação das amostras foram bem delineados no item 7, subitem 7.4 do edital (f. 31); e em especial restou demonstrado que não houve por parte da mesma, quanto ao fornecimento dos materiais, o cumprimento com as exigências contidas no anexo VIII do edital (f. 67).

Por outro lado, ao submeter a matéria ao exame do Ministério Público de Contas, o posicionamento adotado por este, não destoou do entendimento que igualmente professo nestes autos, tendo o *Parquet* concluído pelo arquivamento dos autos por perda do objeto – f. – f. 383/385.

Ressalto ainda que os demais pontos destacados pela empresa Denunciante, relativo à violação da Lei Complementar n. 123/2006, quanto a cotas reservadas às microempresas, tenho que perdem relevância uma vez que a denunciante não está enquadrada entre essas empresas e, por esse motivo, eventual decisão favorável nessa direção não lhe aproveitaria e como as reais interessadas não compõem esta lide, entendo não haver legitimidade ativa da denunciante quanto a esse tema.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto que demonstram claramente que os aspectos legais foram observados no certame denunciado, e que, no presente caso, houve a escorreita vinculação da Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS aos termos do Edital, acolho o parecer do Ministério Público de Contas, e VOTO:

1. Pelo ARQUIVAMENTO da presente Denúncia formulada pela empresa INJEX INDÚSTRIAS CIRÚRGICAS LTDA**,** em desfavor do Município de Campo Grande/MS, por perda de objeto, nos termos do art. 127, inc. I, alíneas, *b* e *c* do Regimento Interno;

2. Pela intimação da empresa denunciante e igualmente do município de Campo Grande/MS, quanto aos termos da presente decisão, nos termos do art. 50, I da Lei Complementar n. 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pelo arquivamento da presente denúncia, com suspensão do sigilo.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Iran Coelho das Neves, Marisa Joaquina Monteiro Serrano, Osmar Domingues Jeronymo e Jerson Domingos.

Presente o Exmo. Sr. João Antônio de Oliveira Martins Júnior, Procurador Geral de Contas.

Campo Grande, 21 de junho de 2017.

Conselheiro **RONALDO CHADID**
Relator

GAB.TWA
SETAC.HON