



ORIGEM: PREGÃO ELETRÔNICO N° 2602.01/2021 – SAUDE

ASSUNTO: LICITAÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO.

OBJETO: AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR DESTINADOS A ATENDER AS NECESSIDADES DE PESSOAS COM VULNERABILIDADES SOCIAIS E PARA ATENDER PEDIDOS JUDICIALIZADOS, DE RESPONSABILIDADE DA SECRETARIA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE MADALENA – CEARÁ.

01. DA ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

Alega a recorrente, em síntese:

Do agrupamento dos itens por lote sem similitudes;

Da especificação exclusiva de marcas dos produtos

3. DA ANÁLISE DO RECURSO

REQUISITOS SUBJETIVOS

Conforme a melhor doutrina de Marçal Justen Filho:

“Os pressupostos subjetivos são a legitimidade e o interesse recursal”¹

Assim, os pressupostos recursais subjetivos são: legitimidade e o interesse recursal, abordados a seguir:

a) Legitimidade

“A legitimidade recursal é atribuída àquele que participa da licitação ou do contrato.”²

b) Interesse Recursal

“A decisão deverá ser lesiva aos interesses do particular, acarretando sua agravação, para caracterizar-se o interesse de recorrer.”³

PRESSUPOSTO OBJETIVOS

¹ JUSTEN FILHO, MARÇAL, COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, 15ª Edição; Pág. 1055

² JUSTEN FILHO, MARÇAL, COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, 15ª Edição; Pág. 1056

³ JUSTEN FILHO, MARÇAL, COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, 15ª Edição; Pág. 1056



"Os pressupostos objetivos são: existência de um ato administrativo de cunho decisório, a tempestividade, a forma escrita, a fundamentação e o pedido de nova decisão."⁴

a) EXISTÊNCIA DE ATO ADMINISTRATIVO DE CUNHO DECISÓRIO

Esse requisito é claramente verificado na decisão do Pregoeira e sua equipe de apoio em desclassificar a recorrente.

b) TEMPESTIVIDADE

Quanto a este outro requisito nos autos percebe-se a apresentação do recurso no prazo legal estipulado.

c) FORMA ESCRITA

A sede da Pregoeira da Prefeitura de MADALENA, dentro do prazo editalício;

d) FUNDAMENTAÇÃO

No corpo do recurso apresentado existem os fundamentos do mesmo.

e) PEDIDO DE NOVA DECISÃO

Requisito constante na parte final do recurso.

DO MÉRITO RECURSAL

O processo administrativo licitatório é regido pela Lei 8.666/93, que prevê em seu artigo 3º:

"A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes aos correlatos."

Quanto ao que foi alegado, no mérito do recurso, não merece prosperar.

De acordo com a Súmula/TCU nº 270, "em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção".

Apesar de possível, é preciso alertar que a indicação de marca em certames licitatórios não é a regra. Trata-se de hipótese excepcional permitida apenas quando tecnicamente justificável.

⁴ JUSTEN FILHO, MARÇAL, COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, 15ª Edição; Pág. 1055

No mesmo sentido, a jurisprudência do TCU é firme em indicar a necessidade de o gestor indicar as razões que motivam a decisão de restringir a disputa a determinadas marcas:

A indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, que demonstrem ser aquela marca específica a única capaz de satisfazer o interesse público. (Acórdão 113/16 – Plenário) A restrição quanto à participação de determinadas marcas em licitação deve ser formal e tecnicamente justificada nos autos do procedimento licitatório. (Acórdão 4476/16 – 2ª Câmara).

Como visto, a vedação à indicação de marca em certames licitatórios não é absoluta. Há casos em que a restrição por determinadas marcas é lícita e até recomendável.

Conforme anexado, contido inclusive no termo de referência, o objeto da presente licitação é **AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR DESTINADOS A ATENDER AS NECESSIDADES DE PESSOAS COM VULNERABILIDADES SOCIAIS E PARA ATENDER PEDIDOS JUDICIALIZADOS**, ou seja, são determinações enviadas pelo Poder Judiciário e justificadas através de laudo técnico.

Está consolidado o entendimento de que a indicação de marca nos editais de licitação é constitucional e legal, desde que observados certos requisitos. É à análise desses requisitos que ora se dedica, com base na doutrina e na jurisprudência, sobretudo dos tribunais de contas.

Nesses casos, não se está a limitar a competitividade e ferir a isonomia. Trata-se, na verdade, de uma alternativa da Administração para selecionar um objeto que atenda de modo escorreito às suas necessidades. Partindo dessa premissa, Marçal Justen Filho assim analisa o tema:

Não é necessário reiterar a ausência de confusão entre os conceitos de padronização e preferência por marca. A padronização pode resultar na seleção de um produto identificável por meio de uma marca. Logo, o resultado será a escolha pela Administração de uma "marca" determinada, a qual será utilizada posteriormente para identificar os objetos que serão contratados. Isso não se traduz em qualquer tipo de atuação reprovável, não infringe à Constituição nem viola a Lei nº 8.666. O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na

marca. Não há infringência quando se elege um produto (serviço etc.) em virtude de qualidades específicas, utilizando-se sua marca apenas como instrumento de identificação. No caso, não há preferência pela marca, mas pelo objeto. A marca é, tão-somente, o meio pelo qual se individualiza o objeto que se escolheu (JUSTEN FILHO, 2011, p. 186/187).

De outro lado, cumpre destacar que o Tribunal de Contas de União já decidiu por reiteradas vezes pela possibilidade de indicação de marca no edital de licitação. Contudo, o TCU confere caráter de excepcionalidade à citada conduta. Assim, a orientação é no sentido de que há necessidade de apresentação, em uma decisão prévia e fundamentada do gestor público, de elementos técnicos e/ou econômicos que justifiquem a indicação da marca. Nesse sentido, confira-se o seguinte aresto:

Esta Corte de Contas, em diversos julgados, tem se manifestado pela possibilidade excepcional de indicação de marca em licitações, desde que fundadas em razões de ordem técnica ou econômica, devidamente justificadas pelo gestor, hipóteses nas quais não há ofensa ao princípio da isonomia, nem tampouco restrições ao caráter competitivo do certame (Decisão n. 664/2001 - Plenário; Acórdão n. 1.010/2005 - Plenário e Acórdão n. 1.685/2004 - 2ª Câmara). (TCU, Acórdão 1.122/2010, Primeira Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 12/03/2010).

Além disso, a indicação de marca somente é lícita quando a aquisição do bem daquela marca significar, pelas mencionadas razões técnicas e/ou econômicas, uma vantagem para a Administração, conforme também já decidiu o TCU:

A indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração. (TCU, Acórdão nº 2.376/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU 13/12/2006).

É necessário que, além da marca indicada no instrumento convocatório, este também preveja a aceitação de objetos de outras marcas, desde que estes outros objetos tenham qualidade igual ou superior ao da marca indicada. Cita-se, em exemplo, o seguinte acórdão do TCU:

REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA REALIZAÇÃO DE PREGÃO ELETRÔNICO. ESPECIFICAÇÃO DE MARCA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS À ANULAÇÃO DO CERTAME DETERMINAÇÕES.

1. É ilegal a indicação de marcas, nos termos do § 7º do art. 15 da Lei 8.666/93, salvo quando devidamente justificada por critérios técnicos ou expressamente indicativa da qualidade do material a ser adquirido.
2. Quando necessária a indicação de marca como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, deve esta ser seguida das expressões "ou equivalente", "ou similar" e "ou de melhor qualidade", devendo, nesse caso, o produto ser aceito de fato e sem restrições pela Administração.
3. Pode, ainda, a administração inserir em seus editais cláusula prevendo a necessidade de a empresa participante do certame demonstrar, por meio de laudo expedido por laboratório ou instituto idôneo, o desempenho, qualidade e produtividade compatível com o produto similar ou equivalente à marca referência mencionada no edital. (TCU, Acórdão 2.300/2007, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, DOU 05/11/2007).

Diante dessas reiteradas decisões convergentes, o Tribunal de Contas da União acabou por editar o enunciado nº 270 da súmula da sua jurisprudência dominante, vazado nos seguintes termos: "Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção".

O verbete nº 270 é do ano de 2012 e tem como fundamento legal exatamente o inciso I, do art. 15, da Lei nº 8.666/1993, o qual prevê expressamente o princípio da padronização:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas.

A doutrina cuidou de conceituar, de modo científico, a padronização, conforme se observa do magistério de Marçal Justen Filho:

A padronização é regra. No caso, a Administração deverá ter em vista aquisições passadas e futuras. A padronização aplica-se não apenas a uma compra específica, especialmente quando se trate de bem de vida útil continuada. Ao selecionar o fornecedor para produtos não consumíveis, a Administração deverá ter em vista produtos semelhantes que já integram o patrimônio público, como também deverá prever eventuais futuras aquisições. Somente assim a padronização produzirá os efeitos desejados, consistentes na redução de custos de manutenção, simplificação de mão-de-obra etc (JUSTEN FILHO, 2011, p. 184).

Nessa senda, José dos Santos Carvalho Filho sintetiza o que, para ele, são as hipóteses em que se pode admitir a escolha pela marca:

Desse modo, parece correta a observação de que a escolha de determinada marca só pode dar-se em três hipóteses:

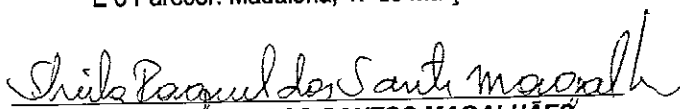
1. continuidade da utilização de marca já adotada no órgão;
2. para a utilização de nova marca mais conveniente; e
3. para o fim de padronização de marca no serviço público, todas evidentemente justificadas pela necessidade da Administração (CARVALHO FILHO, 2013, p. 271).

Trata-se, na verdade, de uma necessidade da Administração de se organizar para atuar melhor, prestar serviços públicos mais eficientes, objetivando sempre a tutela do interesse público. Destarte, é um meio para a consecução do princípio da boa administração.

CONCLUSÃO

Diante do exposto opinamos pelo recebimento do recurso, contudo, analisando o mérito, pelo seu improvimento.

É o Parecer. Madalena, 17 de março 2021.


SHEILA RAQUEL DOS SANTOS MAGALHÃES
Pregoeira oficial do município
Madalena/CE.