



ESTADO DE PERNAMBUCO

TRIBUNAL DE CONTAS

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL

fracionamento que acarretar o aumento de custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares³.

Na mesma esteira de entendimento, colhe-se a seguinte jurisprudência do TCU:

“Na forma do art. 23, § 1º da Lei nº 8.666/93, deve a Administração buscar o parcelamento do objeto, com vistas a melhor aproveitar os recursos do mercado e, sobretudo, ampliar a competitividade do certame. Todavia, essa orientação exige que o parcelamento somente seja efetuado quando não resultar em perda de economia de escala. Não se pode esquecer, e nisso andou bem o legislador, que a licitação é procedimento administrativo que visa, entre outros aspectos, a que a Administração contrate da forma mais vantajosa possível. Logo, não seria razoável, além de ser ilegal, que o parcelamento venha a ocasionar perda de economia de escala e, por via de consequência, maiores custos para a Administração Pública” (Decisão nº 348/1999, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

Conforme restou assentado, a reunião em lote único atendeu aos princípios da eficiência e economicidade, fundando-se em razões de ordem técnica.

Com vistas a ampliar a competitividade, a entidade licitadora deveria ter previsto a figura do consórcio, nos moldes estipulados no art. 33 da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, cabe aludir ao seguinte acerto do Superior Tribunal de Justiça:

A exigência globalizada em um única concorrência destinada à compra de uma variedade heterogênea de bens destinados a equipar entidade hospitalar não veda a competitividade entre as empresas concorrentes desde que o edital permita a formação de consórcio que, *ultima ratio*, resulta, no parcelamento das contratações de modo a ampliar o acesso de pequenas empresas no certame, na inteligência harmônica das disposições contidas nos arts. 23, § 1º e 15, inc. IV, com redação do art. 33, todos da Lei nº 8.666/93 (STJ- Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6597-Acórdão de 16.12.1996, publicado no DJ de 14.04.1997, p. 12.702 e RT 742/194)

Na mesma linha de intelecção, pronunciou-se o Tribunal de Contas da União no seguinte julgado:

Em regra, a formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital. Nesses casos, a Administração, com vistas a aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio. (Acórdão nº 22/2003, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª edição, São Paulo: Dialética, 2009, p. 265.

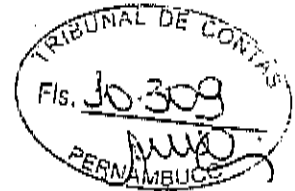


ESTADO DE PERNAMBUCO

TRIBUNAL DE CONTAS

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



Destarte, pode-se afirmar que a adoção de lote único, no caso sob exame, atende aos postulados dos princípios da eficiência e economicidade.

Desta feita, reputa-se **improcedente** o vertente tópico da Denúncia.

3.3. AUSÊNCIA DE AMPLA PUBLICIDADE DO CERTAME

Em sua peça de Denúncia, o laboratório denunciante alegou que o LAFEPE não conferiu ampla publicidade ao certame licitatório ora analisado. Nessa senda, cumpre trasladar a narrativa do denunciante (fls. 01 a 24):

1. Por Intermédio do Edital anexo (...), expedido pelo LAFEPE no âmbito do processo nº 024/2010, foi aberta licitação, pela modalidade de pregão (Pregão Presencial 003/2010), com o seguinte objeto:

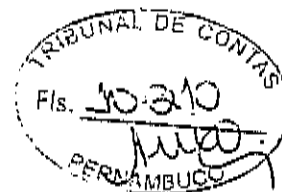
“TRANSFERÊNCIA DE CONHECIMENTO/SEGREGO INDUSTRIAL PARA OBTENÇÃO DOS PRODUTOS ANTI-PSICÓTICOS (...) – COMPRIMIDOS REVESTIDOS E REGISTRO DESTES COMO MEDICAMENTO GENÉRICO LAFEPE”.

2.No entanto, diante da mínima publicidade dada pelo LAFEPE ao procedimento licitatório em comento, a ELI LILLY tomou conhecimento do certame somente após a realização da sessão de julgamento do pregão, na qual foi declarada vencedora a empresa Cristália Produtos Químicos e Farmacêuticos Ltda (“CRISTÁLIA”).

Conforme aludido no ponto 3.1. do presente Relatório, a modalidade licitatória adequada ao caso concreto refere-se à concorrência, que possui prazo de publicidade mais ampliado em relação ao pregão. Por outro lado, é de ressaltar que o valor estimado da contratação requer a realização de audiência pública antes da deliberação do procedimento licitatório, a teor do disposto no art. 39 da Lei nº 8.666/93.

Contudo, o denunciante trouxe como questão de auditoria as condições em que se deram a publicidade do pregão em exame.

Nesse caso, circunscrevendo-se à questão de auditoria proposta, têm-se que a publicidade do pregão presencial no âmbito do Estado de Pernambuco encontra-se regulamentada no Decreto nº 32.541/2008. Segundo o artigo 17 do diploma em questão, nos pregões com valor superior a R\$ 1.300.000,00, o aviso do edital deverá ser



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL

disponibilizado no Diário Oficial do Estado, na rede mundial de computadores (internet) e em jornal de grande circulação regional ou nacional.

No caso concreto, os requisitos de publicidade foram formalmente atendidos. Ocorre que a publicação em jornal de grande circulação ocorreu apenas em periódico regional, precisamente na Folha de Pernambuco. Nessas circunstâncias, o “espírito da norma” restaria melhor preservado se a publicação também tivesse sido veiculada em jornal de grande circulação nacional, tendo em vista que os grandes laboratórios privados são sediados no eixo sul-sudeste do país.

Ante o exposto, com base nos princípios da competitividade, transparência e ampla publicidade, considera-se **procedente** o vertente ponto de auditoria.

3.4. ALEGAÇÃO DE *ERROR IN PROCEDENDO* NO RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELO LABORATÓRIO ELI LILLY DO BRASIL

Conforme narrativa empreendida na peça de Denúncia, o denunciante alega que houve *error in procedendo* na análise de recurso interposto no âmbito do pregão, nos seguintes moldes (fls. 01 a 24):

3. Logo após o julgamento da única proposta apresentada, o LAFEPE publicou o extrato do resultado do Pregão 024/2010 no Diário Oficial do Estado de Pernambuco do dia 01.05.2010, sábado e feriado nacional (...).

4. Não obstante a conduta do LAFEPE, que, como se vê, mais uma vez tentou minimizar o alcance da publicidade dos atos praticados na licitação em comento, em total contrariedade ao interesse público e aos princípios que regem a atividade administrativa, a ELI LILLY interpôs, tempestivamente, recurso administrativo apontando as latentes ilegalidades do certame e, assim, requerendo (i) que o LAFEPE se abstinhasse de homologar o resultado da licitação e adjudicar o seu objeto à CRISTÁLIA e, (ii) no mérito, que anulasse o referido procedimento licitatório e todo e qualquer ato dele decorrente (...).

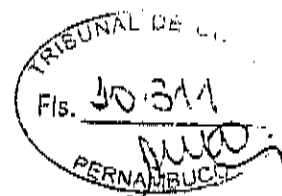
5. Contudo, o LAFEPE, ignorando por completo o recurso apresentado pela ELI LILLY, adjudicou o objeto da licitação à CRISTÁLIA (...) e homologou o procedimento e o julgamento final do processo licitatório 024/2010 em 06.05.2010 (...), em violação frontal ao art. 4º, XXI da Lei nº 10.520/02.

6. Ato contínuo, o LAFEPE e a CRISTÁLIA firmaram o contrato (...) oriundo da licitação viciada em comento, cujo extrato foi publicado no Diário Oficial do Estado de Pernambuco do dia 28.05.2010 (...).

7. Somente em 07.06.2010, muito após a assinatura do contrato administrativo com a CRISTÁLIA, é que o LAFEPE decidiu o recurso interposto pela ELI



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



LILLY, mais uma vez em total afronta ao artigo 4º, XXI da Lei nº 10.520/02, e por fundamentos absolutamente descabidos e infundados.

A análise do caso concreto revelou que não houve *error in procedendo* por parte da entidade promotora da licitação. Com efeito, o Laboratório Eli Lilly pretendeu recorrer com base no art. 4º, inciso XVIII da Lei nº 10.520/2002. Ocorre que o dispositivo em tela apenas confere legitimidade para recorrer aos licitantes, e a Eli Lilly não revestia a condição de licitante.

Sendo assim, chega-se à ilação de que o recurso manejado não tem por fundamento o precitado art. 4º, inciso XVIII da Lei nº 10.520/2002, porém pode ser tratado como decorrência do direito de petição expresso no inciso XXXIV, alínea “a” do art. 5º da Constituição Federal, bem como pode ser recebido como recurso administrativo nos moldes da Lei Estadual nº 11.781/2000, que trata do processo administrativo no âmbito do Estado de Pernambuco.

Com base no princípio da aututela, o LAFEPE examinou o teor do recurso e proferiu análise meritória. Sendo assim, não havia obrigatoriedade de analisar a peça de irresignação antes do desfecho do pregão.

Isto posto, reputa-se **improcedente** o presente ponto da Denúncia.

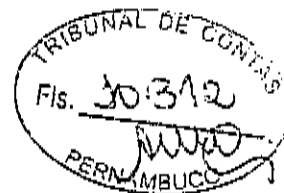
3.5. ALEGAÇÃO DE *ERROR IN JUDICANDO* NA ANÁLISE RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELO LABORATÓRIO ELI LILLY DO BRASIL

Ainda com relação ao recurso administrativo manejado pelo Laboratório Eli Lilly do Brasil, o denunciante argumentou que a resposta ao recurso contemplou argumentos “absolutamente descabidos e infundados”. Por conseguinte, há alegação de que na análise meritória houve *error in judicando*. Importa salientar que todos os pontos recursais foram considerados improvidos no âmbito da análise meritória efetuada pelo LAFEPE.

Tal assertiva provoca a atuação desta Corte de Contas para promover a reapreciação do mérito recursal (fls. 9989 a 10004).



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



Coligindo-se os pontos impugnados no recurso administrativo, as alegações podem ser agrupadas em: a) descabimento da modalidade licitatória escolhida; b) exclusividade da Eli Lilly para fornecimento da substância Olanzapina; c) ausência de requisitos de habilitação da licitante vencedora; d) necessidade de revogação ou anulação do certame.

A questão da inadequação da modalidade licitatória pregão ao caso concreto foi tratada no item 3.1 do presente Relatório de Auditoria. De fato, restou demonstrado que a modalidade adequada ao objeto licitado consiste na Concorrência. Portanto, o vertente ponto recursal deveria ter sido provido.

Com relação à alegada exclusividade da Eli Lilly relativamente à substância Olanzapina, a questão jurídica encontra-se *sub judice*, pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça, via Recurso Especial, que não é dotado de efeito suspensivo. Conforme será tratado no item 3.10 deste Relatório de Auditoria, à luz do presente contexto, a Eli Lilly não detém a exclusividade de patente da referida substância. Por conseguinte, o vertente ponto foi considerado devidamente improvido.

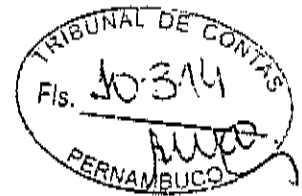
No que tange à ausência de requisitos de habilitação por parte da licitante vencedora, o recorrente apontou a ausência de registro sanitário, concedido pela ANVISA, para os medicamentos licitados, bem como aduziu a inadequação da exigência de atestado de capacitação técnica demonstrando a participação em um processo de transferência semelhante ao licitado. Essas questões manejadas no Recurso Administrativo serão tratadas nos itens 3.7 e 3.8 do vertente Relatório de Auditoria, que concluem pela falha insanável do edital ao formular as referidas exigências. Isto posto, o vertente ponto do recurso administrativo deveria ter sido considerado procedente.

Por derradeiro, o então recorrente pugnou pela necessidade de revogação ou anulação do certame. Numa abordagem geral, conclui-se que parte substancial do recurso deveria ter sido provida, e que as irregularidades impugnadas representam vícios insanáveis, que seriam suficientes para ensejar a nulidade do certame.

Destarte, considera-se **procedente** o presente ponto da Denúncia.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



3.6. ALEGAÇÃO DE DIRECIONAMENTO EM FACE DA PRÉVIA ARTICULAÇÃO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E DO LAFEPE COM O LABORATÓRIO CRISTÁLIA

Segundo o teor da Denúncia, argumentou-se que houve prévia articulação entre o Ministério da Saúde e o laboratório Cristália, tendo em vista a existência de matérias jornalísticas e notícias veiculadas na rede mundial de computadores que a aludem a uma futura parceria entre o Laboratório Cristália e o LAFEPE, cuja divulgação ocorreu antes mesmo da deflagração do procedimento licitatório. Nessa esteira, cumpre trasladar os seguintes trechos da Denúncia (fls. 01 a 24):

30. Além da irregularidade formal da licitação em comento, acima demonstrada, cumpre demonstrar que o procedimento licitatório realizado não passou de uma mera formalidade realizada pelo LAFEPE com o objetivo de dar validade a uma contratação que já estava há algum tempo acertada, em absoluto desrespeito ao princípio da impessoalidade, consagrado no artigo 37 da Constituição Federal. Senão, confira-se:

31. Notícias veiculadas na revista eletrônica Brasil Econômico, publicada em 24.02.2010 (...), e no *website* do próprio Ministério da Saúde (...) demonstram que desde novembro/2009 já estavam sendo arquitetadas diversas contratações entre laboratórios públicos e privados, dentre elas a contratação objeto da presente denúncia, firmada entre o LAFEPE e a CRISTÁLIA em 28.05.2010: (...).

32. Ou seja: por mais absurda que possa parecer a situação, desde novembro de 2009 a CRISTÁLIA já sabia que firmaria contrato com o LAFEPE para produção e fornecimento das substâncias clozapina, olanzapina e quetiapina, bem como para a transferência de tecnologia de tais produtos, muito antes (i) da divulgação do edital da licitação e (ii) da realização da sessão pública do pregão!

A título de esclarecimento, cumpre mencionar que o denunciante apensou as seguintes notícias veiculadas na rede mundial de computadores, a saber:

- a) matéria jornalística da Revista Brasil Econômico de 24/02/2009⁴;
- b) notícia veiculada no *site* do Laboratório Cristália, datada de 18/08/2010⁵;
- c) notícia veiculada no portal eletrônico do Ministério da Saúde, divulgada em 11/08/2010⁶.

⁴ Disponível em http://www.brasileconomico.com.br/public/uploads/epaper/BR_2010-02-24.pdf, acesso em 10/08/2010.

⁵ Disponível em http://www.2cristalia.com.br/ler_imprensa.php?id_imprensa=86, acesso em 10/08/2010.

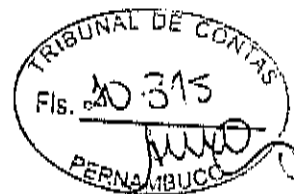


ESTADO DE PERNAMBUCO

TRIBUNAL DE CONTAS

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



Por intermédio do Ofício DIGE nº 038/2010, de 11/08/2010, foram solicitados esclarecimentos ao Diretor Presidente do LAFEPE acerca do conteúdo das mencionadas notícias e matéria jornalística, veiculadas na rede mundial de computadores (fls.10.251 a 10.256).

Em resposta ao precitado Ofício da DIGE, foi expedido o Ofício nº 620/2010-DPRES, no qual foram prestados os seguintes esclarecimentos (10.289 a 10.291):

O caso em apreço, em que se imputa um suposto dirigismo da licitação em favor da Cristália Produtos Farmacêuticos Ltda, notadamente pode ser analisado à luz das técnicas de negociação e gerenciamento empresarial incompreendidas pela aplicação irresoluta e inflexível da Lei Federal nº 8.666/93.

O Ministério da Saúde (...) fomenta a celebração de PPP's (parcerias público-privadas) por parte dos Laboratórios Públicos (dentre eles o LAFEPE) para a produção dos medicamentos estratégicos constantes da sua Portaria 978/2008. (...)

A Portaria 978/2008 definiu a relação dos medicamentos tidos como estratégicos no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS, com o exato propósito de "colaborar com o desenvolvimento do Complexo Industrial de Saúde". Dentre os 100 medicamentos listados estão os três que foram objeto do Processo Licitatório nº 0024/2010, Pregão Presencial nº 3/2010- Clozapina, Olanzapina e Quetiapina.

Definida a lista dos medicamentos estratégicos, o Ministério da Saúde exigiu das empresas farmacêuticas que manifestassem o eventual interesse de participar do projeto (grifou-se).

Na segunda etapa do processo de parceria, o Ministério da Saúde exigiu das empresas o detalhamento da proposta de transferência de tecnologia, bem como que indicassem quem seria o ente público disposto e apto a receber a tecnologia (grifou-se).

Vale dizer, foi nessa etapa do processo de administração de qualificação junto ao Ministério da Saúde, que a Cristália teve que indicar os seus parceiros públicos. Atendendo a esta solicitação, indicou, por exemplo, o Farmanguinhos para os medicamentos anti-AIDS e o LAFEPE para os antipsicóticos (grifou-se).

Com a sinalização positiva do Ministério da Saúde no que diz respeito à aptidão do LAFEPE, a Cristália resolveu divulgar publicamente esse possível projeto.

Todavia, há de ser dito que, apesar da indicação de possível parceria com o Laboratório Oficial, a mesma somente seria confirmada caso a Cristália vencesse uma futura licitação, como ocorreu, pois todas as etapas existentes perante o Ministério da Saúde não garantiriam a contratação da Cristália pelo LAFEPE (grifou-se).

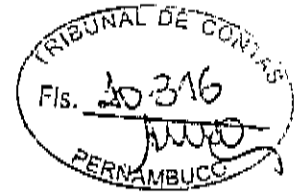
Analisando-se o teor do Ofício nº 620/2010-DPRES, acima referido, verifica-se que não houve nenhuma objeção ao teor das matérias jornalísticas e notícias apensadas pelo denunciante. Ao contrário, nos esclarecimentos prestados há um detalhamento de

⁶ Disponível em http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=33483, acesso em 11/08/2010.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



tratativas que indicam a intenção de firmar um projeto entre o Laboratório Cristália e o LAFEPE, contando com a intermediação do Ministério da Saúde. No Ofício em tela, chega-se até mesmo a referendar que “com a sinalização positiva do Ministério da Saúde no que diz respeito à aptidão do LAFEPE, a Cristália resolveu divulgar publicamente esse possível projeto.”

Importa salientar que o Ofício alude a que o Ministério da Saúde fomentou a realização de Parcerias Público Privadas (PPP's), no entanto o contexto da narrativa leva à conclusão de que não se trata do uso técnico da expressão “parceria público privada”, nos moldes tratados na Lei Federal nº 11.079/2004.

Para fins da presente questão de auditoria, restou comprovado que, anteriormente à deflagração do pregão ora analisado, houve tratativas envolvendo o Laboratório Cristália e o LAFEPE, sob a coordenação do Ministério da Saúde.

Todavia, vale ressaltar que o procedimento ora denominado de “parceria público-privada” foi conduzido no âmbito do Ministério da Saúde. Com efeito, esta Corte de Contas não detém competência para auditar o procedimento em tela, visto que o Ministério da Saúde integra a jurisdição do Tribunal de Contas da União, nos moldes do art. 71 da Constituição da República.

Ante o exposto, conclui-se que o **presente ponto não apresenta condições de análise**, tendo em vista que esta Corte de Contas não agrega competência para auditar o Ministério da Saúde, que se insere na jurisdição do Tribunal de Contas da União.

3.7.EXIGÊNCIA INDEVIDA DE COMPROVAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA SEMELHANTE

Segundo o teor da Denúncia em apreço, o edital do Pregão em tela formulou exigência indevida no que tange à apresentação de atestado de capacidade técnica contemplando declaração de que a empresa participou de processo de transferência de tecnologia semelhante ao objeto licitado. Nesses termos, vale a pena transcrever os argumentos do denunciante (fls. 01 a 24):

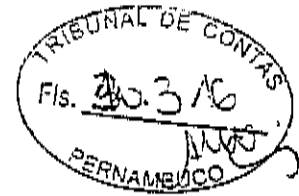


ESTADO DE PERNAMBUCO

TRIBUNAL DE CONTAS

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



39. Não obstante a declarada preferência pela contratação da CRISTÁLIA, o LAFEPE, visando a evitar qualquer possibilidade de que outras empresas viessem a participar e vencer a licitação em comento, tratou de incluir no edital de convocação do certame exigências completamente absurdas e irrazoáveis, que poderiam ser atendidas única e exclusivamente pela CRISTÁLIA. Senão, confira-se: (...)

50. Contudo, para garantir que não haveria qualquer possibilidade de que a CRISTÁLIA não vencesse a licitação, o LAFEPE incluiu mais uma exigência, absolutamente irrazoável e injustificada, no item 3.12 do Anexo VI do Edital que obstava, por completo, a participação de quaisquer outros licitantes:

“As empresas participantes deverão apresentar um ou mais atestados de capacidade técnica com uma declaração de que a mesma participou de um processo de transferência semelhante a este”.

51. Tal exigência é absurda. Primeiramente, porque não é a execução de um contrato anterior de transferência de tecnologia que demonstraria que uma empresa, que já realizou tal contrato, seria apta a transferir outra tecnologia, e outra, igualmente detentora da tecnologia e capaz de transferi-la, não. E em segundo lugar, porque nenhum certificado poderia atestar com credibilidade que a vencedora já participou de um processo de transferência de conhecimento para produção de medicamento genérico à base das substâncias objeto da licitação, que inclui o fornecimento do próprio medicamento para comercialização já no início do contrato, se até hoje a CRISTÁLIA não está habilitada a comercializar tais medicamentos, pois não detém seu registro sanitário.

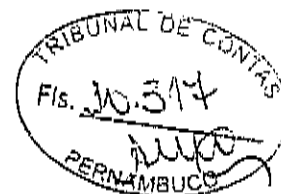
Com vistas a esclarecer a regra editalícia em comento, foi enviado o Ofício DCE/DIGE nº 035/2010 (fls.10.250), que foi respondido mediante o Ofício nº 619/2010 DPRES, de 18/08/2010 (fls.10.257 a 10.265), com o seguinte teor:

Já sobre o motivo de se exigir das empresas licitantes no Pregão Presencial nº 003/2010 atestados de capacidade técnica que indicassem que as mesmas já haviam participado anterior/previamente de operações símeles às do objeto contratual à luz dos princípios norteadores das licitações e contratações estatais eis o que há a se declarar...

É PERFEITAMENTE ADMISSÍVEL SE EXIGIR EXPERIÊNCIA ANTERIOR DO LICITANTE PARA FINS DE COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICO- OPERACIONAL.

O art. 37, Inc. XXI, da Constituição Federal, exige que seja assegurada igualdade de condições a todos os concorrentes. Deve-se ressaltar, porém, que igualdade de condições entre licitantes não é o mesmo que igualdade entre interessados. Os interessados na licitação devem ter iguais condições para tomar conhecimento do edital e seus anexos, inclusive as características do objeto licitado, para preparar a documentação de habilitação e para elaborar sua proposta comercial. Da mesma forma, devem ser a eles assegurada as mesmas condições para execução do objeto contratual e recebimento do pagamento correspondente.

Entretanto, o texto constitucional permite o estabelecimento de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais. A imposição dessas exigências pelo administrador público significa, precisamente, tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, conforme a lição de Ruy Barbosa, isto é, só poderão participar da



ESTADO DE PERNAMBUCO

TRIBUNAL DE CONTAS

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL

licitação, em situação de igualdade de condições, aqueles que preencherem as condições de qualificação técnica e econômica eleitas pela administração.

Deve-se entender o termo "concorrentes", constante do dispositivo constitucional em análise, e que aos quais se deve assegurar condições de igualdade, como aqueles que têm condições de concorrer, isto é, satisfazer às exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das condições contratuais. Celso Antônio Bandeira de Mello compartilhou desse entendimento, explicando que o princípio da igualdade implica o dever de tratar com isonomia àqueles que possam oferecer as indispensáveis condições de garantia (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 481). Na mesma senda, Hely Lopes Meirelles ensina que o estabelecimento de requisitos mínimos de participação não atenta contra o princípio da igualdade, pois a Administração pública pode e deve fixar tais exigências, sempre que necessárias à garantia da execução do contrato, ou seja, a segurança e perfeição da obra ou serviço, a regularidade do fornecimento ou o atendimento de qualquer outro interesse público (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 249).

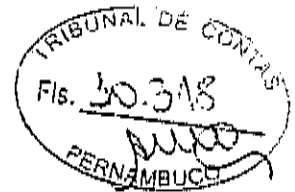
A jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça confirma esse entendimento de que, no processo licitatório, deve-se assegurar igualdade entre os concorrentes que possam oferecer as indispensáveis garantias à Administração Pública (RMS nº 13607/RJ). Em outro acórdão (REsp nº 361736/SP), foi decidido que a exigência de apresentação de atestados que comprovassem experiência anterior dos licitantes na prestação dos serviços objeto da licitação não era abusiva ou ilegal, constituindo-se apenas uma forma de demonstração da capacidade técnico-operacional segundo os critérios estabelecidos pela Administração Pública no exercício de seu poder discricionário.

A Administração Pública, com vista a atingir o interesse público numa contratação deve (dever-poder) restringir a participação de pretensos licitantes que não possuem qualificação técnica-operacional, a ser comprovada com atestados técnicos, para a execução do objeto, podendo, para tanto, se valer de exigências razoáveis. Tal comportamento passa longe de ser ofensor ao princípio da isonomia, ao tempo que a experiência, na verdade, visa a efetivar o interesse público.

Essa conclusão não é inovadora, já tendo alguns dos maiores publicistas pátrios enfocado o tema e pulvilhando pela mesma senda, como, v.g., Carlos Ari Sundfeld, que, de forma sábia, após mergulhar com fôlego sobre o tema, posicionou-se com a seguinte pena (SUNDFELD, Carlos Ari. *A habilitação...*, p. 122):

"É válida a exigência de comprovação de aptidão técnico-operacional, admitindo-se, inclusive, condicionamentos relativos a quantidades mínimas e prazos máximos; É juridicamente viável a exigência de comprovação de aptidão técnico-operacional, mesmo quando já tenha sido exigido prova de aptidão técnico-profissional. As duas exigências não são excludentes entre si. Ao contrário, são complementares e perfeitamente aplicáveis num mesmo certame". O mesmo autor, no mesmo trabalho, exemplifica (SUNDFELD, Carlos Ari. *A habilitação...*, p. 119):

"O edital pode, como condição de participação do atestado, exigir que ele se refira a obras ou serviços com certa dimensão. Se a licitação se destina a contratar a



ESTADO DE PERNAMBUCO

TRIBUNAL DE CONTAS

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL

construção de obra gigantesca, seria irracional considerar qualificada para realizá-la uma empresa que só houvesse enfrentado obras diminutas”.

Na mesma senda, Adilson Dallari, com maestria, firmou (DALLARI, Adilson de Abreu. Licitação-comprovação de capacidade técnico-operacional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.09, p. 152-153, 1995):

“O que a Constituição autoriza e determina (vide art. 37, XXI, *in fine*) ao legislador que exija não é a comprovação de uma qualificação técnica hipotética ou abstrata, mas, sim, de qualificação técnica (tanto profissional quanto operacional) necessária para garantir a fiel execução de uma determinada obra que é posta em disputa por meio de uma determinada licitação.

(...) pode a Administração Pública, no edital, exigir que o licitante comprove a execução anterior de obras e serviços em quantidades compatíveis com o objeto do futuro contrato em disputa e através de um único contrato”.

Valmir Pontes Filho, ao enfocar sua inteligência a respeito de exigência em edital de atestados de capacidade técnico-operacional, também não vislumbra qualquer ofensa à Lei, desde que verificado o princípio da razoabilidade, ou seja, desde que as exigências sejam adequadas à complexidade e natureza do serviço a ser contratado e que digam com as suas características, quantidades e prazos (PONTES FILHO, Valmir. Concorrência de obra e serviço de engenharia-comprovação da capacidade técnico-operacional dos licitantes. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 30, p. 133, 2000).

Toshio Mukai também não exitou em afirmar que a Lei nº 8.666/93 estabelece que a qualificação técnica dos licitantes deve ser demonstrada por meio de atestados que comprovem a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (MUKAI, Toshio. Exigibilidade de atestados de capacidade técnico-operacional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 14, p. 100-101, 1996).

Assim, em função de tudo o que foi até aqui exposto, assiste razão ao Superior Tribunal de Justiça quando assim decide sobre a matéria:

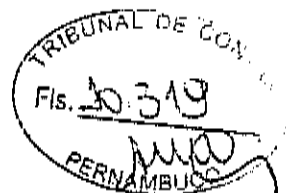
“Em se tratando de licitação de serviços de engenharia de grande porte, não há por que cogitar de ilegalidade da norma editalícia que exige a comprovação de experiência anterior em obra similar à licitada, porquanto concebida com o propósito de permitir à Administração Pública avaliar a capacidade técnica dos interessados em com ela contratar nos exatos termos do que prescreve a primeira parte do inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93: (...) A ampliação do universo de participantes não pode ser implementada indiscriminadamente de modo a comprometer a segurança dos contratos, o que pode gerar graves prejuízos para o Poder Público” (REsp nº 295.806-SP, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.12.05);

“Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência. In casu, a exigência, prevista no edital, de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços” (REsp nº 367.136-SP, 2ª T., rel. Min. Franciulli Netto, j. 05.09.02).

Tão acertada é a tese aqui expendida que a mesma é devidamente envergada também pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco:



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



"Direito administrativo. Licitação exigência de experiência anterior da licitante. Capacitação técnico-operacional. Possibilidade.

A doutrina e a jurisprudência, entendendo apropriadamente, que a Administração Pública precisa ter o maior grau possível de confiança na idoneidade dos particulares com quem contrata, afirma que, além de capacitação técnico-profissional-tangente aos funcionários da licitação, é lícito exigir-se, nas normas editalícias, a chamada capacitação técnico-operacional, que é a experiência adquirida pela concorrente com a execução de serviços relacionados com o objeto do certame. É que além de possuir pessoal com aptidão para executar as tarefas necessárias, a empresa vencedora precisa dispor da organização requerida para o adequado cumprimento do contrato administrativo" (Al nº 123434-6, 7ª Câm. Cív., r. Des. Luiz Carlos Figueiredo, j. 29.09.09);

"Também não procede o argumento de que a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica específica para fornecimento de refeições hospitalares contida no subitem 6.6, 'a2', do Edital, estaria a transgredir o disposto no art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, haja vista a resposta concedida pela Comissão Permanente de Licitação à impugnação ao edital formulada pela empresa ora agravante (fls. 692/694 dos autos), onde se explica que a aludida previsão editalícia se afigura necessária em razão da natureza excepcional do objeto da licitação" (Al nº 180.441-7, 8ª Câm. Cív., rel. Des. José Ivo de Paula Guimarães, j. 14.01.10).

Pontue-se também que o Tribunal de Contas da União já teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão da "experiência anterior" caracterizando-a como válida quando assim for necessário e adequado ao objeto licitado:

"Não existe óbice à exigência de comprovação de experiência anterior na ordem de 60% dos serviços licitados, se plenamente evidenciada sua necessidade e adequação. Esse é entendimento consubstanciado no Acórdão 1.284/2003-TCU-Plenário de que fui Relator: percentuais acima de 50% são admitidos apenas em casos excepcionais, desde que devidamente justificados previamente à licitação ou no edital e seus anexos";

(AC-2088-49/04-1ª Sessão: 15/12/04 Grupo: 1 Classe V Relator : Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES)

Para concluirmos, podemos afirmar categoricamente que não há que se falar em restrição à competição no Processo Licitatório nº 0024/2010 (Pregão Presencial nº 3/2010).

Analisando-se os esclarecimentos prestados pela entidade licitadora, a tese alvitrada centrou-se na possibilidade de exigência de **capacidade técnico-operacional**. A fim de corroborar esta tese, a entidade licitadora tratou de relacionar entendimentos doutrinários de diversos autores, que admitem a exigência de capacidade técnico-operacional. A questão envolvendo a capacidade técnico-operacional comporta



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



polêmicas em virtude do veto presidencial à alínea b, do § 1º do artigo 30 da Lei nº 8.666/93.

Mediante a Decisão T.C. nº 0788/08, emitida por esta Corte de Contas, em 22/07/2008, restou assentado que “embora o tema seja controverso, os precedentes mais recentes desta Corte, bem como de outros órgãos, como o Tribunal de Contas da União, entendem ser possível a exigência de capacidade técnico-operacional em licitações para obras e serviços de Engenharia, desde que não seja exigida de forma a tornar impossível a competição entre os pretendentes”.

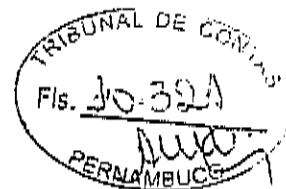
Sendo assim, em que pese a cizânia doutrinária e jurisprudencial em torno deste tema, esta Corte de Contas concluiu pela possibilidade de exigência de atestados comprobatórios da capacidade técnico-operacional do licitante, desde que não seja prejudicada a competitividade inerente ao certame licitatório.

Nessa linha de raciocínio, parte-se da premissa de que a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional é plenamente admitida. Uma vez estabelecida esta premissa, passa-se à análise do caso concreto, consubstanciada na exigência editalícia de que o licitante apresente um ou mais atestado de capacidade técnica com uma declaração de que a mesma participou de um procedimento de transferência de tecnologia semelhante ao ora licitado (item 3 do Anexo II ao instrumento convocatório).

Partindo para o caso concreto, entende-se que o que busca a Administração Pública com a contratação de “transferência de tecnologia relativa à produção de medicamentos” é a própria tecnologia, *in casu*, a fórmula de um medicamento.

Nessa senda, não é relevante que um laboratório já tenha firmado contrato de transferência de tecnologia para estar apto a participar do certame em tela. Faz-se necessário que o licitante venha a comprovar a capacidade no que tange à tecnologia propriamente dita que, no caso concreto, refere-se à fórmula do medicamento.

No caso analisado, o Laboratório Cristália apresentou um atestado, emitido pelo Instituto de Tecnologia em Fármacos Farmanguinhos/FIOCRUZ, no qual é declarado que houve troca de informações técnicas e segredos industriais relativamente ao



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL

medicamento Efavirens comprimido 600mg (fl. 295). Importa salientar que a transferência de tecnologia em tela integra o Programa DST/AIDS do Ministério da Saúde, valendo mencionar que tal programa faz parte do procedimento referido como “Parceria Público Privada (PPP)”, mencionado no tópico 3.6 deste Relatório de Auditoria.

Detalhando mais o assunto, pode-se afirmar que a exigência editalícia em comento afronta o princípio da competitividade, na medida em que os laboratórios detentores da tecnologia para produção do medicamento e que não tenham firmado contrato de transferência de tecnologia restariam alijados do procedimento licitatório em tela.

De outro giro, importa salientar que, via de regra, os contratos de transferência de tecnologia/segreto industrial apresentam aplicação muito restrita, na medida em que as empresas procuram resguardar o segredo industrial e não repassar a outras empresas ou entes públicos.

O segredo industrial é um bem intangível da empresa, também denominado de *know-how*, e consiste num conjunto de conhecimentos técnicos e comerciais mediante os quais a empresa assegura o acesso, a manutenção ou vantagem no seu próprio mercado. O segredo industrial é protegido contratualmente, quer na relação empresarial com seu público interno (empregados, consultores e vendedores autônomos), quer nas relações comerciais com clientes ou fornecedores. Como decorrência lógica, o segredo industrial também conta com proteção jurídica para que não chegue ao conhecimento da concorrência, o que pode configurar os tipos penais relacionados à concorrência desleal (Lei nº 9.279/96).

Isto posto, considera-se restritiva à competitividade a cláusula editalícia em comento, haja vista que os laboratórios detentores da tecnologia para industrializar determinado medicamento e que não tenham firmado contrato de transferência tecnologia/segreto industrial ficam alijados do certame.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



Conforme estipulado na precitada Decisão T.C.nº 0788/2008, desta Corte de Contas, é plenamente possível a exigência de atestados para comprovação de capacidade técnico-operacional desde que se preserve o princípio da competitividade.

Com efeito, a Decisão em análise encontra respaldo no texto constitucional, nos moldes do artigo 37, inciso XXI, *ad litteris*:

Arl. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifou-se).

Segundo os esclarecimentos prestados pelo LAFEPE, restou consignado que o estabelecimento de critérios de capacitação técnico-operacional decorre da discrecionariedade do gestor. Importa ressaltar que tal poder discricionário não dispensa a necessária motivação acerca da qualificação técnica. Nessa direção, colhe-se o magistério de Marçal Justen Filho:

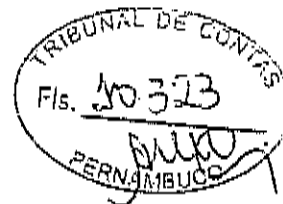
Deve-se consignar que incumbe à Administração justificar as exigências de experiência anterior que introduz no ato convocatório. Não é dever dos particulares demonstrarem que as exigências impostas pela Administração são excessivas. Ou seja, não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das mínimas exigências possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição.

Mas há outro motivo para isso. É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discrecionariedade na fixação das exigências de qualificação técnica operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser o resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas⁷.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos, 13ª edição. São Paulo: Dialética, 2009, p. 433 e 434.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



Corroborando a noção de que a exigência de capacitação técnico-operacional deve ser justificada, destaquem-se os seguintes julgados do Tribunal de Contas da União:

Consigne, no processo licitatório, de forma clara e expressa, a exigência de comprovação de capacidade técnica de que trata o Art. 30 da Lei nº 8.666/93, seja sob o aspecto técnico-profissional ou técnico-operacional, os motivos dessa exigência, bem como demonstre tecnicamente que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a exigência não implica restrição ao caráter competitivo. *Acórdão 597/2008-Plenário.*

É grave a irregularidade consistente na previsão em edital de licitação de obra pública de exigências excessivas ou descabidas, devendo a Administração justificar os critérios apresentados para fins de habilitação dos licitantes, a título de demonstração da capacitação técnica e de aferição de qualificação econômico-financeira. *Acórdão nº 1.519/2006-Plenário.*

No caso vertente, os esclarecimentos prestados, transcritos na íntegra neste Relatório, apenas fazem menção à possibilidade de exigência de capacitação técnico-operacional, bem como foi aduzida a discricionariedade do gestor no estabelecimento de tal exigência. Demais disso, pontuou-se que no caso concreto não teria havido restrição à competitividade. No entanto, não houve a demonstração da relevância acerca da exigência de participação em outro processo de transferência de tecnologia semelhante ao ora licitado. Com efeito, pela presente regra editalícia, os laboratórios detentores de *expertise* para produção do medicamento e que não tenham firmado contrato de transferência de tecnologia restariam alijados do procedimento licitatório em tela.

À luz de todo o exposto, considera-se **procedente** o presente ponto da Denúncia.

3.8. EXIGÊNCIA INDEVIDA DE PROTOCOLO DE REGISTRO DOS MEDICAMENTOS EM VEZ DO REGISTRO DEFINITIVO

Compulsando o teor da Denúncia, constata-se que o denunciante insurgiu-se contra a exigência de protocolo de registro, formulada no instrumento convocatório. Os argumentos colacionados pelo denunciante apresentam o seguinte conteúdo (fls. 01 a 24):

39. Não obstante a declarada preferência pela contratação da CRISTÁLIA, o LAFEPE, visando a evitar qualquer possibilidade de que outras empresas