



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO SUPERIOR DE TECNOLOGIA EM GESTÃO PÚBLICA

DANIEL JÚLIO MAIER FERREIRA

OS EFEITOS NOCIVOS DA JUDICIALIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES
E AS BOAS PRÁTICAS PARA EVITÁ-LA

JOÃO PESSOA-PB

2017

DANIEL JÚLIO MAIER FERREIRA

**OS EFEITOS NOCIVOS DA JUDICIALIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES
E AS BOAS PRÁTICAS PARA EVITÁ-LA**

*Artigo apresentado ao Curso Superior de
Tecnologia em Gestão Pública da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial à
obtenção do grau de Tecnólogo em Gestão
Pública.*

Orientador: Prof. Dr. James Batista Vieira.

João Pessoa-PB

2017

M217o Maier Ferreira, Daniel Júlio .

Os efeitos nocivos da judicialização das licitações e as boas práticas para evitá-la / Daniel Júlio Maier Ferreira. – João Pessoa, 2017.
25f.

Orientador(a): Profº Dr. James Batista Vieira.

Trabalho de Conclusão de Curso (Gestão Pública) – UFPB/CCSA.

1. Licitações . 2. Judicialização. 3. Boas práticas. I. Título.

UFPB/CCSA/BS

CDU:35(043.2)

DANIEL JÚLIO MAIER FERREIRA

**OS EFEITOS NOCIVOS DA JUDICIALIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES
E AS BOAS PRÁTICAS PARA EVITÁ-LA**

*Artigo apresentado ao Departamento de Gestão Pública da Universidade Federal da Paraíba
como requisito parcial à obtenção do grau de Tecnólogo em Gestão Pública.*

Aprovado em: _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. James Batista Vieira (Orientador)

Universidade Federal da Paraíba

Prof. Dr. Hermann Atila (Examinador)

Universidade Federal da Paraíba

Profª Drª Joseneide Souza Pessoa (Examinadora)

Universidade Federal da Paraíba

OS EFEITOS NOCIVOS DA JUDICIALIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES

E AS BOAS PRÁTICAS PARA EVITÁ-LA

Aluno: MAIER FERREIRA, Daniel Júlio
Orientador: Prof. Dr. James Batista Vieira.

Resumo: As licitações visam atender às necessidades de aquisição de materiais e serviços para as organizações governamentais da forma mais vantajosa possível, dentro da relação “custo-benefício”. Acontece que, com o formalismo inerente à burocracia, a administração pública, não raro, encontra óbices que podem atrasar todo o processo licitatório, principalmente a judicialização por parte dos fornecedores. Contudo, o agente da administração pública pode lançar mão das boas práticas de gestão, da elaboração dos editais a execução dos certames. O Pregão Eletrônico é a modalidade eleita para a maioria das aquisições no Hospital de Guarnição de João Pessoa, motivo pelo qual foi escolhida como a modalidade de licitação que será objeto de estudo neste trabalho. Neste estudo, foram analisados quatorze processos de pregão eletrônico, tramitados entre os anos de 2015 e 2016. Além disso, foram realizadas visitas técnicas ao setor de compras do hospital. Os resultados descrevem as boas práticas adotadas pela organização voltadas à não-judicialização das licitações.

Palavras-chave: Licitações. Judicialização. Boas práticas.

Abstract: Biddings aim to meet the needs of procurement of materials and services for government organizations in the most advantageous way possible, within the "cost-benefit" relationship. It turns out that, with the inherent formalism of bureaucracy, the public administration often encounters obstacles that may delay the entire bidding process, especially the suppliers' judicialization. However, the public administration agent can use good management practices, from the preparation of the notices to the execution of the events. The Electronic Bidding is the modality chosen for most of the acquisitions at the Garrison Hospital in João Pessoa, which is why it was chosen as the bidding modality that will be object of study in this work. In this study, fourteen electronic trading sessions were analyzed between the years 2015 and 2016. In addition, technical visits were made to the hospital's purchasing sector. The results describe the good practices adopted by the organization aimed at non-judicialization of Biddings.

Keywords: Biddings. Judiciary. Good habits.

1. INTRODUÇÃO

A licitação é um procedimento administrativo que tem por finalidade a contratação dos mais diversos objetos nas condições mais vantajosas para a administração pública, tudo com vistas a atender principalmente aos princípios da economicidade (art. 70, da CF) e da eficiência (art. 37, caput, da CF). Ocorre que, com a constante evolução dos meios de armazenamento de dados e rápido acesso às informações, a eficiência no setor público é uma exigência de cada vez mais comum e cobrada pela sociedade, por meio do controle social. Assim, procurando

atender aos diversos princípios da Administração Pública, foi promulgada a Lei 8.666 (BRASIL, 1993).

Para Alexandrino (2007, p. 384) “o estudo das licitações públicas, atualmente, deve ter por base a análise detalhada da Lei nº 8.666/93, nossa lei de normas gerais sobre licitações e contratos da Administração Pública, uma vez que praticamente todos os aspectos relevantes pertinentes à matéria encontram-se minuciosamente ali regulados”.

Mas, apesar dos avanços alcançados com a regulamentação, se compararmos com o tempo médio gasto para a aquisição de materiais e serviços pela iniciativa privada, a Administração Pública ainda deixa muito a desejar. De acordo com Pimenta (1998, p. 114), “o excesso de formalismo e de uniformidade de procedimentos desta Lei leva a uma demora excessiva para a realização de qualquer processo de compra além de se apresentar como uma forma de controle burocrático de eficácia duvidosa”, o que reforça a necessidade de que os processos licitatórios sejam elaborados de forma correta, diminuindo as chances de atrasos.

Os processos de aquisição de materiais e serviços no âmbito da administração pública passam por diversas exigências, que passam por especificações complexas que por muitas vezes visam atender a uma determinada demanda da organização, que não raro, os fornecedores encontram dificuldades para entender que não é um simples direcionamento para uma determinada marca.

O administrador público deve sempre optar pela solução mais eficiente dentro das possibilidades de equacionar uma demanda, porém sua ação deve estar sempre pautada pelos ditames legais que, por vezes, dificultam o atendimento tempestivo das demandas sociais, deixando a sensação de pouca eficácia no “Estado burocrático” que privilegia o controle de processos de trabalho em detrimento dos resultados.

Todos esperam um Estado que seja capaz de dar respostas eficientes e no menor prazo possível, no entanto, os processos licitatórios para aquisição de serviços e de materiais encontram fortes óbices devido à forte tendência à judicialização por parte dos candidatos a fornecedores que não logram êxito numa concorrência. Sendo assim, este estudo pretende dar foco aos caminhos a serem percorridos para se evitar a judicialização dos processos licitatórios, especialmente no Hospital de Guaranição de João Pessoa, que é o campo da pesquisa.

Este estudo justifica-se por se tratar de um assunto relevante para Administração Pública e principalmente para os integrantes e usuários do Hospital de Guaranição de João

Pessoa. A realização de uma licitação, por si só, não é garantia definitiva de assegurar a probidade administrativa, mas ainda é uma importante ferramenta administrativa.

Buscaremos, neste trabalho, apontar algumas boas práticas que podem evitar possíveis questionamentos aos processos licitatórios, no caso do HGuJP os Pregões Eletrônicos. Também destacar as caminhos que conduzem à processos mais eficientes e eficazes.

Pode-se afirmar que, por se tratar de pesquisa em que as informações foram obtidas diretamente no referido Órgão, o trabalho pôde ser facilitado, pois o ambiente da pesquisa coincide com o local de trabalho do pesquisador, o que permitiu a coleta dos dados para a realização da pesquisa.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

Com o escopo de dar foco às boas práticas contra a judicialização em Licitações, é indispensável ressaltar que a modalidade de licitatória abordada neste estudo é o Pregão Eletrônico, regulamentado pela Lei n. 10.520/2002, que é caracterizado, segundo o Manual de Pregão Eletrônico do TCU, como “modalidade de licitação que se destina à aquisição de bens e serviços comuns, na qual a disputa entre os licitantes é realizada por meio de oferta de lances à distância, em sessão pública, efetuada em sistema comunicado à internet” (TCU, 2010).

Sendo este trabalho voltado para a busca do constante aperfeiçoamento da gestão pública, foi colocado em tela algumas das boas práticas a serem adotadas pelos agentes públicos envolvidos na aquisição de serviços e materiais para as organizações que representam. A práxis destes agentes deve estar sempre amparada pelos ditames legais e imbuída na busca dos melhores resultados possíveis. Nesse diapasão, “a finalidade da licitação se resume na contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando aos licitantes a igualdade de participação/contratação (MELLO, 2011).

É notório, o constante aumento de produtos sofisticados no mercado, principalmente na área dos tratamentos da saúde humana e conseqüentemente, vem a reboque, a produção cada vez maior de produtos genéricos e, não raro, produtos de baixíssima qualidade, que não passariam pelo crivo dos órgãos de controle de qualidade, como a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, os quais entram no mercado apenas por apresentarem preços mais acessíveis. “Por isso, é indispensável indicar com precisão e clareza o objeto pretendido pela Administração, pois assim a avaliação da proposta não será baseada apenas no menor preço, mas também aos requisitos do edital” (FERNANDES, 2011).

Dentre os princípios reconhecidos, o da isonomia busca a igualdade entre os licitantes no processo licitatório. Assim sendo, não pode haver discriminação de qualquer natureza entre os Licitantes, como: indicação de marcas, modelos específicos, ou qualquer outra forma de direcionamento de um determinado produto.

O artigo 3º, inciso I, §1º, da Lei nº 8.666/93 alude que:

É vedado aos agentes públicos: Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Por outro lado, Hely Lopes Meirelles (2011, p.275) explica que “Não configura atentado ao princípio da isonomia entre os licitantes o estabelecimento de requisitos mínimos de participação no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessário à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público”. O que se traduz igualmente, para a questão de alguns equipamentos adquiridos pelas Organizações, os quais são compatíveis apenas com os suprimentos produzidos pelo mesmo fabricante. Fato que pode justificar um possível direcionamento para uma determinada marca. Reforçando esta teoria temos Marçal Justen Filho (2012) o qual entende que a legalidade não é incompatível com a atribuição de uma margem de autonomia de escolha (discricionariedade) para a autoridade administrativa.

Outro aspecto que este trabalho pretende abordar é a importância das Comissões de Licitações que, por sua vez, reforçam a preocupação com a transparência, já que as decisões não se concentram em um único agente administrativo. Algo que favorece a confiabilidade do processo e confere a cada integrante uma parcela de responsabilidade, pois conforme as orientações do TCU – Tribunal de Contas da União, “Os membros das Comissões de Licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão. Acórdão 739/2007 Primeira Câmara (Sumário)”, isto posto, pode-se inferir que como consequência de um certo poder discricionário conferido à Comissão de Licitações, seus membros devem atentar para os princípios legais, sob pena de ter que responderem por suas decisões.

3. METODOLOGIA

Para atingir os objetivos da pesquisa foram realizadas análises em quatorze processos licitatórios, na modalidade Pregão Eletrônico, com embasamento em doutrinas que abordam o assunto explorado, com a discriminação das definições de licitação, os objetivos, características, finalidade e modalidades e também a complementação teórica através da pesquisa da própria Lei de Licitações.

Foi realizada uma pesquisa exploratória, a fim de analisar e tirar conclusões sobre os procedimentos, características e requisitos para a realização dos processos licitatórios, do tipo Pregão Eletrônico, do Hospital de Guarnição de João Pessoa.

Como também a pesquisa bibliográfica e documental foram essenciais na estrutura desta pesquisa, pois envolveu a leitura de livros, artigos, monografias possibilita análise do tema, características, modalidades de licitações, verificando o assunto pesquisado, também explorar os materiais documentais que são fontes de pesquisa tratados de forma analítica, como por exemplo os próprios processos licitatórios.

Durante o desenvolvimento da pesquisa pretendeu-se aprofundar na literatura centrada nas experiências existentes nesse tema, usando o procedimento da pesquisa bibliográfica, levantando alguns autores do tema a ser pesquisado e também analisando quatorze dos mais de cem processos licitatórios realizados em 2016.

A pesquisa também usou o método observacional, que segundo Gil (2008) “pode ser considerado como o mais primitivo, e conseqüentemente o mais impreciso. Mas, por outro lado, pode ser tido como um dos mais modernos, visto ser o que possibilita o mais elevado grau de precisão nas ciências sociais”. Tanto é que em Psicologia os procedimentos de observação são frequentemente estudados como próximos aos procedimentos experimentais. Nestes casos, o método observacional difere do experimental em apenas um aspecto: nos experimentos o cientista toma providências para que alguma coisa ocorra, a fim de observar o que se segue, ao passo que no estudo por observação apenas observa algo que acontece ou já aconteceu.

Finalmente, conforme o modelo do apêndice, lancei mão de duas entrevistas, sendo a primeira nos moldes da entrevista informal e uma segunda focalizada. Segundo Gil (2008) “Pode-se definir entrevista como a técnica em que o investigador se apresenta frente ao investigado e lhe formula perguntas, com o objetivo de obtenção dos dados que interessam à investigação”. A entrevista é, portanto, uma forma de interação social. Mais especificamente, é uma forma de diálogo assimétrico, em que uma das partes busca coletar dados e a outra se

apresenta como fonte de informações, as quais foram inicialmente gravadas e depois transcritas como consta do apêndice A, deste trabalho.

Esta pesquisa contou com a colaboração dos integrantes da Comissão Permanente de Licitação do Hospital de Guarnição de João Pessoa, e mais ativamente do pregoeiro, do Setor de Aquisições, Licitações e Compras – SALC, os quais se dispuseram a permitir um contato mais próximo e uma observação ativa nos processos licitatórios desta Organização.

Como suporte, para atingir os objetivos específicos do projeto, lancei mão de uma entrevista direcionada ao pregoeiro que trabalha diretamente com os processos licitatórios.

Sendo uma abordagem qualitativa, procurarei analisar as impressões e opiniões dos envolvidos, e também análise documental como mais um instrumento de coleta de dados.

Houve acesso, irrestrito, aos processos licitatórios ocorridos durante o ano de 2016, com a finalidade de verificar as ocorrências que poderiam levar a ações judiciais e seus motivos, com o escopo de identificar os motivos e possíveis falhas que poderiam levar a possíveis ações judiciais, ou mesmo, os cuidados que não permitiram tais ações.

Para tanto, ocorreram visitas diárias no Setor de Aquisições Licitações e Contratos – SALC, do HGuJP, com a finalidade de ter acesso aos processos licitatórios do ano 2015 e 2016, com a finalidade de realizar um estudo mais aprofundado das ocorrências que poderiam levar à judicialização dos mesmos.

A pesquisa em tela também teve a ambição de tornar-se um método observacional participante, na forma natural, já que estive envolvido nas atividades do referido setor e faço parte do quadro de pessoal da organização.

Quanto aos procedimentos adotados na coleta de dados, temos o estudo de caso que determinou de forma profunda o objeto da pesquisa, que são os procedimentos a serem adotados visando a não-judicialização nas licitações. Através deste procedimento houveram esclarecimentos e precisão das informações, as quais foram coletadas em visitas nos dias alternados: às terças e quintas feiras, das 14:00h às 16:00h na SALC do HGuJP.

Em relação à técnica de análise de dados, foi utilizada a pesquisa qualitativa para estudar as informações coletadas em sítio de dados governamentais abertos, em quatorze processos licitatórios realizados em 2016 seguindo o roteiro abaixo, conforme o item 2 constante do apêndice.

- Compras Governamentais¹;

¹ Disponível em: www.comprasgovernamentais.gov.br

- Consultas;
- Atas;
- Atas de Pregão;
- Cód. USG: 160139 (HGuJP);

Fatos Observados:

No primeiro caso a empresa concorrente discorda das especificações por considerar que estas eliminam as chances de outras empresas a oferecerem equipamentos de excelente qualidade de diferentes marcas e modelos.

Como resposta teve o seguinte: “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.

No segundo caso a outra empresa alega que: “o Item 87 – Anexo I traz algumas exigências técnicas de caráter discriminatório exclusivas em aparelhos de UMA ÚNICA MARCA”

Como resposta teve o seguinte: o Tribunal de Contas da União, por intermédio do Acórdão 2300/2007 Plenário, delibera que: “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. Dessa forma, este pregoeiro juntamente com a Comissão Permanente de Licitação do Hospital de Guarnição de João Pessoa e a equipe técnica já decidiu: - cancelar o item 87, pois não consta as expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”, conforme prevê Acórdão 2300/2007 Plenário-TCU. O cancelamento acontecerá na fase de aceitação. O referido item será objeto de licitação futura, com as alterações que se fizerem necessária a fim de garantir a isonomia e a competitividade

No terceiro caso, a concorrente apresentou impugnação ao edital por entender que o item 01 (Ácido Peracético) apresenta um equívoco na descrição do produto, estando a apresentação de 6 litros errada de acordo com a apresentação de 5 litros encontrada no mercado.

Como resposta teve o seguinte: a Comissão Permanente de Licitação do Hospital de Guarnição de João Pessoa e a equipe técnica decidiu aceitar a impugnação e em consequência

cancelar o item 01 por entender que a apresentação do item apresenta erro na descrição de sua apresentação.

No quarto caso, a concorrente afirmou que: “Uma licitação cujo edital possua exigências descabidas, excessivas e/ou restritivas... ofende... a legalidade, moralidade, igualdade, probidade... lesando o Estado...” 5-) “... – Ao descrever certas solicitações, ... este edital acabou por impedir injustamente que os potenciais fornecedores... pudessem concorrer...” 6-)“.... O que determina a extinção da possibilidade de competição é a exigência da metodologia por de QUÍMICA SECA, BEM COMO REAGENTES E EQUIPAMENTOS DOTADOS DE METODOLOGIA POR REFLECTOMETRIA o que aponta indubitavelmente para o sistema de “química seca” E EXCLUI A GRANDE MAIORIA DAS EMPRESAS ATUANTES...” 7-) “... APENAS UMA EMPRESA DETÉM A TECNOLOGIA DE REFLECTOMETRIA – QUÍMICA SECA...” 8-) “... Não há critério técnico que justifique tão flagrante ilegal posição.”

Pelos fatos expostos a Impugnante requer: “seja retirada do Edital a exigência supérflua, excessiva, irrelevante e desnecessária para o objeto da licitação... reformulando-se a descrição... para que a Administração... possa, dentro do princípio constitucional da isonomia, selecionar a proposta que lhe seja mais vantajosa.”

Como resposta teve o seguinte: DA DECISÃO Portanto, tem-se que as alegações da impugnante carecem de sustentação legal. Isto posto, este Pregoeiro, a Comissão de Licitação do Hospital de João Pessoa e a equipe técnica, cumprindo o que preconiza o art. 3º, da Lei de Licitações, e visando a necessidade, adequação e proporcionalidade, não julga haver “RESTRICÇÃO”, muito menos “FERIR PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LEGALIDADE E MORALIDADE”, simplesmente pelo fato da Administração concluir pela licitação de material que melhor se adéqua às suas necessidades, respeitando inclusive normas ambientais. Este Pregoeiro junto a Comissão Permanente de Licitação e Equipe Técnica atendeu aos comandos da legislação vigente, restando amparo, sendo que, o procedimento administrativo adotado atende ao princípio da razoabilidade, logo, respaldado no ordenamento jurídico, não configurando qualquer restrição ao caráter competitivo do certame licitatório. Por todo o exposto e na forma do Inciso II do art. 11 do Decreto 5.450, entende esta Administração pela ausência de fundamento legal que ampare as pretensões formuladas na peça de impugnação, motivo pelo qual decide pelo não acolhimento da mesma, mantendo-se os termos constantes no Instrumento Convocatório.

No quinto e último caso, a empresa concorrente faz a seguinte ponderação: (...) A descrição do Item 35 – Anexo I traz algumas exigências técnicas “Bis” e tempo de carga da bateria, que ocasionariam a restrição da competição, A descrição do Item 52 – Anexo I apresenta erro de descrição que compromete a confecção de proposta, Prazo de entrega de 30 dias insuficiente para execução do objeto. (...)

Como resposta teve o seguinte: Os serviços serão efetuados de acordo com as portarias e resoluções elaboradas pelo Ministério da Saúde e pela Anvisa, pertinentes a esterilização e reesterilização de artigos médicos-hospitalares termossensíveis, atendendo a RDC 15/2012 da ANVISA. (Termo de Referência) Portanto, este pregoeiro juntamente com a Comissão Permanente de Licitação do Hospital de Guarnição de João Pessoa e a equipe técnica, por entender que a RDC nº 15, de 15 de março de 2012, da ANVISA, é o norte balizador para contratação do serviço objeto do presente certame, por diversas vezes citada no processo, devendo ser, assim, de conhecimento e execução de todos os interessados a prestar o serviço, decidiu não acatar o pedido, dando prosseguimento a licitação.

4. RESULTADOS

Inicialmente, ainda na fase do Projeto de Pesquisa, o foco do estudo era voltado para as consequências da judicialização das licitações. Porém com o início dos trabalhos de campo, ou seja, em contato direto com a realidade do ambiente estudado, que foi a Seção de Aquisição, Licitações e Contratos – SALC, do HGuJP, foi constatado que o meu escopo encontrou uma outra realidade, pois nos últimos dois anos os processos licitatórios daquela seção não foram levados às instâncias judiciais, devido à constante busca por boas práticas, conforme veremos a seguir na análise dos processos.

Durante a fase de análise documental, foram estudados quatorze processos licitatórios na modalidade “Pregão eletrônico” dos quais, em sua maioria, não houveram, se quer, questionamentos e dos cinco processos estudados, mais a miúdo, devido às ocorrências de impugnações, estas foram sanadas de forma tempestiva. Fato este que me despertou para a mudança de foco desta pesquisa. Já que, melhor que estudar as falhas dos processos seria destacar as boas práticas a serem reforçadas.

O Pregão Eletrônico, é a modalidade de licitação eleita pelo HGuJP para aquisição de bens e serviços comuns em que a disputa pelo fornecimento é feita em sessão pública, por meio

de propostas e lances, para classificação e habilitação do licitante com a proposta que apresentar melhor custo-benefício.

Durante as visitas à SALC, o convívio mais estreito, se deu junto ao pregoeiro daquela seção, que possibilitou um contato direto com os processos, das técnicas de licitações e permitiu a análise dos pregões já realizados e dos processos em andamento. Foi possível constatar que as consultas às Atas de Pregões realizados no âmbito governamental são de livre acesso aos interessados, bastando entrar no sítio: Compras Governamentais. Tal facilidade de acesso possibilitou uma análise mais aprofundada dos processos, propiciando a categorização das boas práticas daquela equipe, conforme se segue:

a) Decisão colegiada presidida pelo pregoeiro

Constatou-se como uma boa prática o fato do pregoeiro não decidir sozinho em questões importantes, relativas aos processos licitatórios, optando por deliberações conjuntas, fato este que passa mais confiabilidade aos participantes do processo licitatório, como se vê em destaque no terceiro caso dos fatos observados: “este pregoeiro juntamente com a Comissão Permanente de Licitação do Hospital de Guarnição de João Pessoa e a equipe técnica já decidiu: (...)”.

b) Respeito à jurisprudência do TCU

Outra prática positiva é a constante observância aos ditames preconizados pelo TCU, que observa-se no primeiro e segundo processo analisado “o Tribunal de Contas da União, por intermédio do Acórdão 2300/2007 Plenário, delibera que: “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”.

c) Participação ativa da equipe técnica

Como se vê no quarto item observado que destaca a importância da participação ativa da equipe técnica que indica o material a ser adquirido “este Pregoeiro, junto à Comissão de Licitação do Hospital de João Pessoa e a equipe técnica... no caso de contestações consulta a equipe técnica que solicitou o material, para verificar a lisura da especificação do mesmo”, pois a formulação correta e justificada do item solicitado resulta em segurança jurídica para o pregoeiro.

d) Atenção especial à qualidade dos produtos

O quinto item destaca que tratando-se de aquisição de produtos hospitalares que refletem diretamente no tratamento dos pacientes do HGuJP, a comissão mostrou-se sempre atenta a impedir que fornecedores de produtos genéricos de baixa qualidade logrem êxito na concorrência com os materiais que atendam às exigências previstas na RDC nº 15, de 15 de março de 2012, da ANVISA, que dispõe sobre requisitos de boas práticas para o processamento de produtos para saúde e estabelece os requisitos de boas práticas para o funcionamento dos serviços que realizam o processamento de produtos para a saúde visando à segurança do paciente e dos profissionais envolvidos. Neste caso, os concorrentes vencidos tendem a questionar os critérios adotados nos editais, daí a importância de uma descrição minuciosa e dentro dos ditames legais

Na seção da entrevista, no anexo “A”, podemos confirmar, na teoria, todos os procedimentos adotados para confecção de um excelente instrumento convocatório para licitações. Foram destacados duas perguntas/respostas que resumem satisfatoriamente como prevenir e como evitar os perigos de uma judicialização indesejada:

e) Elaboração correta do Edital de convocação

No pergunta de número 3 da entrevista, foi questionado quais seriam as causas mais comuns da judicialização nos processos licitatórios. O entrevistado respondeu que: “geralmente é a má elaboração do edital, ou um “direcionamento” para um determinado fornecedor. Pois às vezes, até sem intenção o licitante acaba direcionando para um determinado produto ou para uma determinada empresa... fato que ocorre comumente devido ao solicitante do material ou serviço, não saber pedir, formulando a especificação de sua necessidade baseada nas informações de um determinado produto do mercado. A especificação não deve ser nem tão inespecífica e nem específica demais, causando oportunidades de contestações”

f) Direcionamento para um determinado produto apenas quando for justificado

Ainda na terceira questão o entrevistado afirma que: “Na verdade, pode haver um direcionamento, desde que, devidamente justificado por uma determinada necessidade do serviço ou produto específicos. Pois não adianta comprar um suprimento que não seja compatível com seu equipamento. Por exemplo: não adianta comprar um filme radiológico da

marca diferente do seu aparelho digitalizador, pois, certamente será incompatível com sua marca. Neste caso o fornecedor emite uma declaração de exclusividade, por ser o único que atende à necessidade do suprimento. Para tanto o fabricante do produto ajustará a concorrência entre seus representantes”.

Análise dos Resultados

Antes de apresentar as conclusões é considerado pertinente realizar uma comparação com o ambiente externo ao HGuJP. Utilizando como referência um caso de grande repercussão que está em andamento em nosso país, o caso do “Petrolão”. Alguns especialistas tem afirmado que o Decreto 2.745/1998, que estabelece o regime simplificado de licitações para a Petrobras, é o principal culpado pelos esquemas de corrupção na estatal e que seus desvios de conduta ocorreram em virtude desta desobrigação de seguir os ditames da Lei 8.666/1993. Segundo o advogado André Hermann Tostes, do Tostes e Associados Advogados, “não se pode confundir o uso indevido de uma regra simplificada com a prática de corrupção”. Neste contexto, deduz-se que mesmo com regras mais rígidas podem ocorrer desvios de conduta, o que fatalmente levaria a questionamentos judiciais e, até mesmo, condenações, reafirmando, assim que as boas práticas devem estar presentes em quaisquer condições, buscando sempre, as condições mais vantajosas para a Administração Pública.

Mesmo com todas as vantagens trazidas com a lei de licitações, ainda paira o entendimento de que há um o excesso de formalismo e uniformidade dos procedimentos, fato que pode ser mitigado com a correta elaboração dos editais e a condução consorciada dos certames.

Durante o processo de análise documental, estudando os processos licitatórios na modalidade “Pregão eletrônico” em sua maioria, não houveram, impugnações e dos que apresentaram a ocorrência de impugnações foram sanadas de forma tempestiva e dentro dos ditames legais. O fato relevante que podemos destacar, nestes casos, é que os referidos questionamentos foram analisados e equacionados não somente pelo pregoeiro responsável, mas por toda a equipe da SALC, que por sua vez, buscavam sempre se pautar pela isonomia em seus pareceres, algo que transmite mais tranquilidade ao concorrente que se considerava injustiçado, pois procurava-se deixar claro que o processo não estava nas mãos de apenas um responsável que poderia, hipoteticamente, conduzir as licitações conforme seu entendimento e conveniência.

Na análise dos casos onde ocorreram questionamentos devido ao fato da empresa concorrente discordar das especificações por considerar que estas eliminam as chances de outras empresas oferecerem equipamentos de excelente qualidade de diferentes marcas e modelos, foi constatado que justamente a observância dos ditames legais contribui para que não haja interrupções do processo causando atrasos. Neste caso o pregoeiro seguiu a recomendação proposta pela AGU que recomenda o seguinte: “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. Seguindo estas orientações o pregoeiro se exime de futuras acusações de estar direcionando, conforme seu entendimento, a compra de um determinado produto, pois busca a justificativa para tais especificações no responsável pela solicitação do equipamento, que pode alegar que somente um produto com aquelas qualidades específicas irá atender às necessidades do setor.

Também houve caso em que o concorrente apresentou impugnação ao edital por entender que um determinado item apresentou um equívoco na descrição do produto, tendo a seguinte resposta: “a Comissão Permanente de Licitação do Hospital de Guarnição de João Pessoa e a equipe técnica decidiu aceitar a impugnação e em consequência cancelar o item 01 por entender que a apresentação do item apresenta erro em sua descrição”. Fato este que pode ocorrer no momento em que o solicitante do material comete algum erro na especificação do mesmo. Destacando a decisão da comissão de cancelar o referido item, ficando para um futuro pregão e dando assim, a oportunidade do solicitante corrigir a descrição do material.

Fazendo um contraponto com a ideia de que a burocracia se limita a apenas controlar os processos, observou-se que seguindo os preceitos legais o agente público concorre para que não haja atrasos desnecessários com impugnações que podem ser evitadas, contribuindo para que se alcance melhores resultados tempestivamente.

Nos dois últimos casos um dos concorrentes chega a afirmar que: “Uma licitação cujo edital possua exigências descabidas, excessivas e/ou restritivas ofende a legalidade, moralidade, igualdade e probidade, lesando o Estado”. Fato que, em ambos os casos, os processos mostraram não condizer com a realidade, pois o pregoeiro junto a Comissão Permanente de Licitação e Equipe Técnica atendera aos comandos da legislação vigente, já que nos procedimentos administrativos adotados foram observados todos os princípios citados pelo impugnante, logo, respaldado no ordenamento jurídico, não configurando qualquer restrição ao

caráter competitivo do certame licitatório. Entendeu a comissão pela ausência de fundamento legal que amparasse as pretensões formuladas nas peças de impugnação, motivo pelo qual decidiu pelo não acolhimento das mesmas, mantendo-se os termos constantes nos Instrumentos Convocatórios.

Quanto aos relatos obtidos nas duas entrevistas, sendo uma informal e a segunda mais formalizada podemos inferir que os atos do pregoeiro juntamente com a Comissão Permanente de Licitação dificilmente permitiriam a ocorrência de processos judiciais, pois procuram elaborar bem os processos, também antes da publicação os editais são encaminhados à AGU para que emita um parecer jurídico, e quando o processo volta com alguma ressalva, são prontamente ajustados conforme o parecer, e quando ocorre questionamentos por parte dos fornecedores, procura-se realizar minuciosa consulta à legislação para solucionar a questão, ou no caso de improcedência, apenas prestam o devido esclarecimento e dá seguimento ao processo. Também é usual consultar ao próprio solicitante do material ou serviço a respeito de certas especificidades do produto ou da necessidade de que seja adquirido um determinado item, de forma que justifique qualquer especificação que possa limitar a apenas uma marca ou modelo, para sanar possíveis dúvidas e questionamentos dos fornecedores. Um dos caminhos mais eficazes de inibir as ações judiciais reside na elaboração do Edital de Convocação, pois um documento bem elaborado e dentro dos ditames legais dificilmente será contestado.

Chegou-se, também à conclusão de que a Lei 8.666/1993 contribui sobremaneira, pois os processos baseados nesta lei são mais difíceis de se direcionar, ficando mais fácil a fiscalização. Inclusive esta lei já tem sofrido alguns aperfeiçoamentos, a despeito da lei 10.520/02, que é a lei do pregão, que vem aperfeiçoando os sistemas eletrônicos e que vem constantemente sendo atualizando. Podemos dizer que: a Lei 8.666/93 é a mais abrangente e existem outras mais específicas, como é o caso da 10.520/02 que trata da modalidade: “Pregão Eletrônico”. Que busca aprimorar os processos e facilitar para que os órgãos controladores fiscalizem os processos, e se tornando uma maneira mais criteriosa de julgamento. Amarrando certas decisões que o pregoeiro deve tomar, dentro de um contexto de boas práticas.

Finalmente, a segunda entrevista levantou a questão do “Impedimento Indireto” que é o caso em que uma empresa tem restrição de fornecer para o governo, por motivo de um processo civil, e nesse caso o dono da empresa passa para o nome da esposa. Mas pode ocorrer, também, de a esposa já ter o negócio antes mesmo do impedimento do marido, mas ainda assim ela aparecerá no sistema com “impedimento Indireto”. E quem julga essas situações é o pregoeiro,

que fica exposto a uma possível contestação judicial, tendo que provar que age de boa-fé. Quando indefere ou defere a continuidade de um processo em que há “Impedimento Indireto”. Neste caso a AGU apenas orienta o pregoeiro a decidir se o concorrente com impedimento indireto, está apto ou não a negociar com o governo, fazendo com que o pregoeiro assuma o risco de ser indiciado. Restando então uma situação em que o TCU não toma a decisão, deixando por conta do pregoeiro decidir e assumir os riscos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se da premissa de que todos esperam um Estado que seja capaz de dar respostas eficientes e no menor prazo possível, os processos licitatórios para aquisição de serviços e de materiais encontram, nas leis, as oportunidades de escapar da forte tendência à judicialização por parte dos candidatos a fornecedores que não logram êxito numa concorrência. Sendo assim, este trabalho buscou destacar quais seriam os caminhos a serem percorridos para se evitar a judicialização dos processos licitatórios do Hospital de Guarnição de João Pessoa.

No decorrer desta pesquisa, que contou com um trabalho de campo, investigação documental e entrevistas estruturadas, constatou-se que a Comissão Permanente de Licitações do HGuJP, em especial na figura de seu pregoeiro, busca constantemente, sanar de forma tempestiva as impugnações interpostas durante os processos licitatórios.

No vasto e complexo conjunto de leis e as regras de conduta, o gestor público pode encontrar amparo para justificar suas dificuldades operacionais, ou por outro lado, lançar mão das mesmas para alcançar uma administração efetiva.

Um processo licitatório remete à palavra concorrência, que normalmente, provoca a superação por parte dos participantes entre si, que poderão levantar questionamentos em qualquer possibilidade de concorrência desleal. Já o gestor público deve aproveitar ao máximo, as oportunidades que a livre concorrência proporciona, buscando sempre o produto ou serviço nas condições mais vantajosas para a administração pública.

Palavras do entrevistado: “O interessante é: não permitir que um determinado item cause prejuízos à administração, interrompendo o processo. Devemos tomar as decisões de forma clara e transparente”.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 16ª ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 2300/2007. Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 31/10/2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>> acesso em: 02 de março de 2017.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Lei 8.666/93 Licitações e contratos e outras normas pertinentes**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 6.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Lei do Pregão**. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

PIMENTA, Carlos César. **Texto para Discussão nº25: Desafios e oportunidades no setor de compras governamentais na América Latina e Caribe: o caso brasileiro**. Brasília: ENAP, 1998.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Manual de Pregão Eletrônico**. Brasília: TCU-Secretaria de Licitações, Contratos e Patrimônio – Selip, Diretoria de Licitações - DiLic, 2010.

APÊNDICE - A
(Roteiro da Entrevista)

- Inicialmente será explicado ao entrevistado o propósito da pesquisa;
- Será gravada e posteriormente transcrita e anexada ao Artigo.

Entrevista

Identificação

Nome _____

Idade _____ Sexo _____

Formação _____

Tempo de serviço na função _____

1 - Tem havido ocorrências de (ou Há medidas de) judicialização nos procedimentos de licitação do HGuJP?

2 - Quais prejuízos as (eventuais) medidas de judicialização do processo licitatório (eventualmente) causam à gestão do HGuJP?

3 – Porque razão há ou não há judicialização nos processos licitatórios do HGuJP

(na resposta o entrevistado deverá abordar as boas práticas... ex: manda o Edital para avaliação prévia da CJU – Consultoria Jurídica da União)

4 - Você acha que a Lei de Licitações (8666/93) é atual e assegura as condições razoáveis aos órgãos públicos para adquirir materiais e serviços? Por que?

5 - Na sua opinião, quais aprimoramentos a Lei de Licitações deveria sofrer para reduzir o risco de judicialização dos processos licitatórios?

APÊNDICE – B

Resultados obtidos com a pesquisa aos processos licitatórios que apresentaram impugnações e fatos Observados:

No primeiro caso a empresa concorrente discorda das especificações por considerar que estas eliminam as chances de outras empresas a oferecerem equipamentos de excelente qualidade de diferentes marcas e modelos,

Como resposta teve o seguinte: “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.

No segundo caso a outra empresa alega que: “o Item 87 – Anexo I traz algumas exigências técnicas de caráter discriminatório exclusivas em aparelhos de UMA ÚNICA MARCA”

Como resposta teve o seguinte: o Tribunal de Contas da União, por intermédio do Acórdão 2300/2007 Plenário, delibera que: “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. Dessa forma, este pregoeiro juntamente com a Comissão Permanente de Licitação do Hospital de Guarnição de João Pessoa e a equipe técnica já decidiu: - cancelar o item 87, pois não consta as expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”, conforme prevê Acórdão 2300/2007 Plenário-TCU. O cancelamento acontecerá na fase de aceitação. O referido item será objeto de licitação futura, com as alterações que se fizerem necessária a fim de garantir a isonomia e a competitividade

No terceiro caso, a concorrente apresentou impugnação ao edital por entender que o item 01 (Ácido Peracético) apresenta um equívoco na descrição do produto, estando a apresentação de 6 litros errada de acordo com a apresentação de 5 litros encontrada no mercado.

Como resposta teve o seguinte: a Comissão Permanente de Licitação do Hospital de Guarnição de João Pessoa e a equipe técnica decidiu aceitar a impugnação e em consequência cancelar o item 01 por entender que a apresentação do item apresenta erro na descrição de sua apresentação.

No quarto caso, a concorrente afirmou que: “Uma licitação cujo edital possua exigências descabidas, excessivas e/ou restritivas... ofende... a legalidade, moralidade, igualdade, probidade... lesando o Estado...” 5-) “... – Ao descrever certas solicitações, ... este edital acabou por impedir injustamente que os potenciais fornecedores... pudessem concorrer...” 6-)“.... O que determina a extinção da possibilidade de competição é a exigência da metodologia por de QUÍMICA SECA, BEM COMO REAGENTES E EQUIPAMENTOS DOTADOS DE METODOLOGIA POR REFLECTOMETRIA o que aponta indubitavelmente para o sistema de “química seca” E EXCLUI A GRANDE MAIORIA DAS EMPRESAS ATUANTES...” 7-) “... APENAS UMA EMPRESA DETÉM A TECNOLOGIA DE REFLECTOMETRIA – QUÍMICA SECA...” 8-) “... Não há critério técnico que justifique tão flagrante ilegal posição.” Pelos fatos expostos a Impugnante requer: “seja retirada do Edital a exigência supérflua, excessiva, irrelevante e desnecessária para o objeto da licitação... reformulando-se a descrição... para que a Administração... possa, dentro do princípio constitucional da isonomia, selecionar a proposta que lhe seja mais vantajosa.”

Como resposta teve o seguinte: DA DECISÃO Portanto, tem-se que as alegações da impugnante carecem de sustentação legal. Isto posto, este Pregoeiro, a Comissão de Licitação do Hospital de João Pessoa e a equipe técnica, cumprindo o que preconiza o art. 3º, da Lei de Licitações, e visando a necessidade, adequação e proporcionalidade, não julga haver “RESTRICÇÃO”, muito menos “FERIR PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LEGALIDADE E MORALIDADE”, simplesmente pelo fato da Administração concluir pela licitação de material que melhor se adéqua às suas necessidades, respeitando inclusive normas ambientais. Este Pregoeiro junto a Comissão Permanente de Licitação e Equipe Técnica atendeu aos comandos da legislação vigente, restando amparo, sendo que, o procedimento administrativo adotado atende ao princípio da razoabilidade, logo, respaldado no ordenamento jurídico, não configurando qualquer restrição ao caráter competitivo do certame licitatório. Por todo o exposto e na forma do Inciso II do art. 11 do Decreto 5.450, entende esta Administração pela ausência de fundamento legal que ampare as pretensões formuladas na peça de impugnação, motivo pelo qual decide pelo não acolhimento da mesma, mantendo-se os termos constantes no Instrumento Convocatório.

No quinto e último caso, a concorrente (...) A descrição do Item 35 – Anexo I traz algumas exigências técnicas “Bis” e tempo de carga da bateria, que ocasionariam a restrição da

competição, A descrição do Item 52 – Anexo I apresenta erro de descrição que compromete a confecção de proposta, Prazo de entrega de 30 dias insuficiente para execução do objeto. (...)

Como resposta teve o seguinte: Os serviços serão efetuados de acordo com as portarias e resoluções elaboradas pelo Ministério da Saúde e pela Anvisa, pertinentes a esterilização e reesterilização de artigos médicos-hospitalares termossensíveis, atendendo a RDC 15/2012 da ANVISA. (Termo de Referência) Portanto, este pregoeiro juntamente com a Comissão Permanente de Licitação do Hospital de Guarnição de João Pessoa e a equipe técnica, por entender que a RDC nº 15, de 15 de março de 2012, da ANVISA, é o norte balizador para contratação do serviço objeto do presente certame, por diversas vezes citada no processo, devendo ser, assim, de conhecimento e execução de todos os interessados a prestar o serviço, decidiu não acatar o pedido, dando prosseguimento a licitação.

APÊNDICE - C
Transcrição da entrevista

Identificação

Nome: DENILSON LIMA DA SILVA

Idade 49 Sexo: MASC

Formação: CURSO DE PREGOEIRO PELO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E GESTÃO.

Tempo de serviço na função: 04 ANOS (APROXIMADAMENTE 30 PREGÕES – TOTAL).

1 - Há ocorrência de judicialização nos procedimentos de licitação do HGuJP? Com que frequência?

Respondeu que: dificilmente ocorre, procuramos elaborar bem os processos, também antes da publicação os editais são mandados à AGU – Advocacia Geral da União, para fins de triagem, ou seja, parecer jurídico, e quando o processo volta com alguma ressalva, são prontamente ajustados conforme o parecer, e quando ocorre questionamentos por parte dos fornecedores, procura-se pesquisar na legislação e consulta a equipe do Setor de Licitações, para solucionar a questão, ou no caso de improcedência, apenas prestam o devido esclarecimento e dá seguimento ao processo. Também é usual consultar ao próprio solicitante do material ou serviço a respeito de certas especificidades do produto ou da necessidade de que seja adquirido um determinado item, de forma que justifique qualquer especificação que possa limitar a apenas uma marca ou modelo, para sanar possíveis dúvidas e questionamentos dos fornecedores.

2 - Em sua opinião, quais prejuízos as medidas de judicialização do processo licitatório causam à gestão pública?

Respondeu que: os prejuízos seriam: o atraso na aquisição do produto ou serviço, dano ao erário, no caso de nova publicação em Diário Oficial, pois aumentaria os custos, e também a possibilidade de recolhimento do recurso disponibilizado pra a aquisição do bem, devido à perda dos prazos e com o fim do ano financeiro. Por isso a importância da correta elaboração dos editais, evitando que os fornecedores recorram à justiça.

2.1. Se houver judicialização nos procedimentos do HGuJP, quais são os prejuízos causados a gestão do hospital?

Respondeu que: pode-se deixar de adquirir um aparelho importante para o hospital, também pode ocorrer de deixar de comprar um material cirúrgico indispensável em um determinado procedimento, algum medicamento, e inclusive podendo causar a morte de um paciente por falta do material ou medicamento, por atraso na licitação em andamento porque

seu responsável deixou margens para questionamentos quanto a um possível direcionamento do processo para uma determinada empresa ou fornecedor. Pois as empresas querem vender seu produto e se o licitante o restringe de alguma forma, mesmo que por necessidade, certamente ele questionará o processo. Então a saída seria abrir a concorrência de forma justa que permita a livre concorrência, estando sempre amparado pela legislação com um menor risco de judicialização e de forma célere, o que é melhor para o paciente, para o hospital e para o fornecedor... todos os interessados.

3 – Em sua opinião, quais são as causas da judicialização nos processos licitatórios? (em geral)

Respondeu que: geralmente é a má elaboração do edital, ou um “direcionamento” para um determinado fornecedor. Pois às vezes, até sem intenção o licitante acaba direcionando para um determinado produto ou para uma determinada empresa. É onde ocorrem os maiores questionamentos, que é acima do direcionamento de determinados produtos ou serviços, de certas exigências... que praticamente excluem alguns fornecedores.

Na verdade, pode haver um direcionamento, desde que, devidamente justificado por uma determinada necessidade do serviço ou produto específicos. Pois não adianta comprar um suprimento que não seja compatível com seu equipamento. Por exemplo: não adianta comprar um filme radiológico da marca diferente do seu aparelho digitalizador, pois, certamente será incompatível com sua marca. Neste caso o fornecedor emite uma declaração de exclusividade, por ser o único que atende à necessidade do suprimento. Para tanto o fabricante do produto ajustará a concorrência entre seus representantes.

Resumindo, a maioria das razões dos questionamentos são as suspeitas de direcionamento. Fato que ocorre comumente devido ao solicitante do material ou serviço, não saber pedir, formulando a especificação de sua necessidade baseada nas informações de um determinado produto do mercado. A especificação não deve ser nem tão inespecífica e nem específica demais, causando oportunidades de contestações. Contudo o solicitante pode, e deve descrever um determinado produto que atenda à sua demanda devido à marca ou especificação de seu aparelho, o que justificaria o direcionamento para uma determinada marca ou fornecedor. Outro exemplo é o lápis, que pode ser o de uso em obras ou um para uso em escritórios. Então desde a origem de sua necessidade, o produto deve ser bem especificado, ou seja, o solicitante deve saber pedir.

3.1. Se não houver judicialização nos procedimentos do HGuJP: Por que razão não há medidas de judicialização nos procedimentos licitatórios do HGuJP?

Respondeu que: Nossa maior preocupação está na elaboração do edital, e quando há impugnações nós esclarecemos os questionamentos, sempre de forma imparcial. Caso haja incorreções, que levaram a impugnações, parou-se o processo, faz a correção do edital e se republica, sanando o problema antes que haja ocorrência da judicialização. Se a falha do edital não puder ser sanada tempestivamente, a ação é anular (cancelar) o item com o problema, que será incluso em um futuro processo, em outra oportunidade, podendo-se fazer uma nova licitação exclusivamente para esse item. O interessante é: não permitir que um determinado

item cause prejuízos à administração, interrompendo o processo. Devemos tomar as decisões de forma clara e transparente.

Há também, o risco do fornecedor oferecer um produto que não condiz com o que seria entregue. Neste caso, havendo suspeitas, para-se o processo, pesquisa se uma possível denúncia é procedente, e aí sim, decidimos se cancela ou prossegue com a licitação. Como o caso do fornecedor que entrou com seu produto na margem de preferência, afirmando que seu produto era de origem nacional, e houve uma denúncia de que, na verdade, seu produto era importado, perdendo assim o direito de estar na margem de preferência (ou seja, de até 20% do valor para produtos nacionais), e após investigações realizadas, deu-se comprovado que era importado, mas o fornecedor afirmou que ocorrera apenas um engano (que colocou seu produto na margem de preferência “acidentalmente”). Ou então, o fornecedor remete a documentação comprobatória de que seu produto é nacional. Nesse caso, um determinado fornecedor que, por exemplo ficou em terceiro lugar, atrás de fornecedores de material importado, e com uma diferença de até 20% a mais, terá a prioridade na licitação, o que chamamos de “margem de preferência”.

3.2. Quais ações/medidas/práticas contribuem para reduzir os riscos de judicialização?
Explicar detalhadamente.

(Já respondido.)

4 - Em sua opinião, a Lei de Licitações (8.666/93) TEM CONTRIBUIDO para reduzir os riscos de judicialização dos processos licitatórios?

Respondeu que: Sim, contribui bastante, pois os processos baseados na lei são mais difíceis de se direcionar, ficando mais fácil a fiscalização. Inclusive esta lei já tem sofrido alguns aperfeiçoamentos, a despeito da lei 10.520/02, que é a lei do pregão, que vem aperfeiçoando os sistemas eletrônicos e que vem constantemente se atualizando. Podemos dizer que: a Lei 8.666/93 é a mais abrangente e existem outras mais específicas, como é o caso da 10.520/02 que trata da modalidade: “pregão eletrônico”. Que busca aprimorar os processos e facilitar para que os órgãos controladores fiscalizem os processos, e se tornando uma maneira mais criteriosa de julgamento. Amarrando certas decisões que o pregoeiro deve tomar.

Mas, o grande problema, são situações em que o TCU não toma a decisão, deixando por conta do pregoeiro decidir certas coisas. A exemplo do “Impedimento indireto” que é o caso em que uma empresa tem restrição de fornecer para o governo, por motivo de um processo (como ex: deixar de entregar um determinado produto vendido a órgão público), e nesse caso o dono da empresa passa para o nome da esposa. Mas pode ocorrer, também, de a esposa já ter o negócio antes mesmo do impedimento do marido, mas ainda assim ela aparecerá no sistema com “impedimento indireto”. E quem joga essas situações é o pregoeiro, que fica exposto a uma possível contestação judicial, tendo que provar que age de boa-fé, quando indefere ou defere a continuidade de um processo em que há “Impedimento Indireto”, e isso não são coisas que o pregoeiro tem que jogar, pois corre o risco de prejudicar um fornecedor que não tem problema nenhum, ou ajudar um empresário devidamente impedido. O que pode provocar uma ação penal do concorrente que se achar prejudicado. Aí então a AGU interveria, caso fosse solicitada, defendendo o pregoeiro. Enfim, neste caso a AGU apenas orienta o pregoeiro a

decidir se o concorrente com impedimento indireto, está apto ou não a negociar com o governo, fazendo com que o pregoeiro assuma o risco de ser indiciado.

5 - Na sua opinião, quais aprimoramentos a Lei de Licitações deveria sofrer para reduzir o risco de judicialização dos processos licitatórios?

O ideal seria que a AGU ou o próprio “sistema” já inabilitasse o fornecedor acometido pelo impedimento indireto, livrando o pregoeiro de decidir algo que pode vir a prejudica-lo. Resta ao pregoeiro decidir se o fornecedor está sendo honesto ou não.

Então esta mudança seria uma oportunidade de melhoria na lei e conseqüentemente no sistema: posicionar-se de forma clara: o fornecedor está impedido ou não está impedido, tirando esta responsabilidade do pregoeiro.

Mesmo constando no sistema que o fornecedor está na condição de “impedimento indireto”, na realidade ele não está, de fato, impedido, cabendo ao pregoeiro jogar sobre sua capacidade de negociar com o estado, ou seja, decidir se o fornecedor impedido, pode ou não negociar, o que pode gerar reações tanto do impedido por se achar prejudicado, como também, para o concorrente, que pode entender que o pregoeiro está sendo benevolente com o seu concorrente.