

3VAFAZPUB

3ª Vara da Fazenda Pública do DF

Número do processo: 0704365-35.2020.8.07.0018

Classe judicial: MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120)

IMPETRANTE: IPSEM - INSTITUTO DE PESQUISAS E SERVICOS MEDICOS LTDA

IMPETRADO: SUBSECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO GERAL SECRETARIA DE SAÚDE
DISTRITO FEDERAL, DISTRITO FEDERAL

SENTENÇA

Vistos etc.

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido liminar impetrado por IPSEM – INSTITUTO DE PESQUISAS E SERVIÇOS MÉDICOS LTDA, em face de ato praticado pelo Senhor SUBSECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO GERAL DA SECRETARIA DE SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL, buscando seja determinada a suspensão das exigências contidas nos subitens 12.3.10 e 12.3.11 do Projeto Básico Emergencial.

Narra que a Secretaria de Estado de Saúde do Governo do Distrito Federal publicou Edital de Licitação para Registro de Preços, Pregão Eletrônico nº 198/2020 – SES/DF, cujo critério de julgamento é o menor preço por item – Processo nº 00060.00214029/2020-13 –, para aquisição de Material Médico Hospitalar Teste Rápido para detecção qualitativa específica de IgG e IgM da COVID-19.

No tópico 1.5, do anexo I, diz ter sido afirmado que “o teste terá que apresentar resultado satisfatório em análise realizada pelo INCQS (Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde)” e, por entender que o requisito não tinha amparo legal, uma das licitantes impetrou Mandado de Segurança, distribuído sob o número 0704146-22.2020.8.07.0018. Ao analisar o Mandamus, o Magistrado da 1ª Vara da Fazenda Pública deferiu a liminar.

Após o deferimento da medida liminar, relata ter a SES/DF promovido a revogação do procedimento licitatório, alegando a ausência de urgência diante da doação de testes rápidos para a Secretaria de Saúde. Contudo, afirma que após dois dias do cancelamento do procedimento de licitação, certificando a ausência de interesse na compra dos testes, a Autoridade Coatora inaugurou procedimento de dispensa de licitação, Projeto Básico, para compra de 100.000 (cem mil) testes rápidos.

Salienta que novamente foram feitas exigências desconexas com a agência reguladora – a RDC nº 379 da Anvisa (ato normativo que regulamenta a aptidão técnica dos testes de COVID-19) –, as quais não foram realizadas nos 300.000 (trezentos) mil testes doados para a SES/DF e que a RDC nº 302 da Anvisa não trata dos testes da COVID-19, mas sim de laboratórios clínicos que não apresentam ligação nenhuma com o produto objeto do procedimento de dispensa e que, do mesmo jeito, a certificação de acreditação não é citada em referido ato normativo.

Aponta possível manobra da SES/DF, pois, apenas dois dias após revogar a licitação, foi inaugurado um procedimento de dispensa com exigências ainda mais restritivas do que a considerada ilegal em medida liminar. Além disso, reforça que houve a revogação de uma licitação, através de Pregão Eletrônico, para



compra de 1.000.000 (um milhão) de testes, na qual não havia a exigência questionada, para posteriormente inaugurar um procedimento de dispensa de licitação ainda mais restritivo, indicando que a exigência não é reprimada em nenhuma licitação no território nacional, o que evidenciaria a ilegalidade.

Ressalta que a RDC nº 379 da ANVISA não cita em momento algum as duas exigências constantes no Edital, determinando apenas a certificação ANVISA ou INCQS, a depender do caso, e que qualquer exigência à margem desses parâmetros é completamente ilegal, pois não é praticada pelos sujeitos do mercado, servindo para direcionar o certame.

Tece considerações acerca do procedimento licitatório e que da análise do Edital em tela, no seu entendimento, verifica-se a exigência desarrazoada referente às especificações técnicas do teste rápido que se pretende contratar, vez que os subitens 12.3.10 e 12.3.11 exigem “certificado de acreditação” e “programa de ensaio em proficiência”, requisitos que não são citados pela Anvisa e não são praticados pela ampla maioria de importadores do produto, o que torna sem sentido tal certificação, já que o produto já é verificado pelo Órgão competente.

Requeru a concessão de medida liminar para que fosse determinada a suspensão dos efeitos das exigências contidas nos subitens 12.3.10 e 12.3.11 do Projeto Básico de Dispensa de Licitação ou, subsidiariamente, fosse suspensa a dispensa de licitação SEI/GDF - 42465659 - Projeto Básico, até que fossem corrigidos os itens 12.3.10 e 12.3.11 do Projeto Básico.

Dá à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Custas recolhidas (ID nº 66772350).

Determinei a suspensão "ad cautelam" de todos os atos administrativos a serem praticados no curso do Procedimento Público denominado Projeto Básico Emergencial – destinado à contratação de empresa especializada para a execução de serviços laboratoriais de análises clínicas, objetivando a realização de 100.00 (cem mil) testes rápidos para a detecção da COVID-19 (IgG e IgM) –, inclusive contratação eventual das empresas vencedoras, com efeitos "ex tunc" (retroativos), se já realizados (ID nº 66798869).

Informações da il. Autoridade Coatora no ID nº 67232987. Frisa que as informações das cláusulas 12.3.10 e 12.3.11 são de ordem estritamente técnica, cuja elaboração do Projeto Básico coube à Diretoria do Laboratório Central de Saúde Pública - LACEN/SVS. Ademais, indica o cumprimento da determinação judicial, com a suspensão de todos os atos administrativos a serem praticados no curso do Procedimento Público denominado Projeto Básico Emergencial.

O Distrito Federal se manifestou no feito, informando a interposição de Agravo de Instrumento e pleiteando a reconsideração da decisão (ID nº 67680293).

Menciona a existência de notícias segundo as quais muitos dos testes registrados pela ANVISA não tem apresentado a qualidade mínima que seria exigida para dar segurança ao Ente Público para sua aquisição.

Além disso, no seu entendimento, a exigência de prévia análise pelo INCQS ou outra entidade de acreditação visa justamente garantir que a enorme quantidade de testes que será adquirida pelo Distrito Federal, com o investimento de vultosos recursos públicos, seja útil ao interesse público e eficaz no diagnóstico da doença.

Reporta que, mesmo com as limitações apontadas, inúmeras empresas atendem aos requisitos do edital, o que evidencia a existência de verdadeira competição para fornecimento de produtos com eficácia comprovada e atestada, apontando que a pretensão do Impetrante culmina por interferir na gestão pública, mais especificamente na análise discricionária de definição dos requisitos técnicos para seleção dos exames, violando o princípio constitucional da separação das funções Estatais (art. 2º e 165 da CRFB/88).



Por fim, diz que o perigo de dano é iminente, na medida em que a suspensão do certame privará a administração dos instrumentos necessários para o combate da COVID-19, proporcionando graves prejuízos ao Distrito Federal e à coletividade em geral, materializando hipótese de verdadeiro dano inverso.

Proferi decisão no ID nº 67716963, nos seguintes termos: “[...] as informações já foram prestadas e o DF já teve ciência da decisão que concedeu a liminar interpondo AGI e pedindo sua reconsideração. A necessidade da compra dos testes para a COVID 19 é urgente. Remetam-se os autos ao Ministério Público para ofertar parecer. Retornando, proferirei sentença de imediato, confirmando ou revogando a liminar. De toda sorte ou a compra será efetivada ou novo procedimento deverá ser instaurado para tanto. [...]”

Parecer do MPDFT no ID nº 67837103, tendo oficiado senão pela nulidade da Dispensa de Licitação SEI/GDF-42465659, pela suspensão das exigências contidas nos subitens 12.3.10 e 12.3.11, bem como pela confirmação da liminar deferida, rejeitando-se, assim, o pedido de reconsideração face ao Agravo interposto.

Os autos vieram conclusos para sentença.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

FUNDAMENTAÇÃO

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao julgamento do mérito.

Como sabido, a ação mandamental está condicionada à comprovação simultânea da relevância dos fundamentos invocados, a ser identificada mediante prova sumária e do reconhecimento de que a espera pela regular tramitação da ação seja danosa ao titular do direito violado ou ameaçado de lesão.

O Writ é meio idôneo para proteger direito líquido e certo em face de ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade pública ou que exerça atribuições públicas (CF, art. 5º, LXIX).

Consoante lições doutrinárias, a liquidez e a certeza do direito podem ser comprovadas por meio de prova documental, dispensando instrução probatória. Assim, o procedimento do mandado de segurança é construído a partir desse requisito específico. Seu procedimento é, então, sumário, abreviado, expedito, destinado à obtenção de uma sentença em pouco tempo, já que tudo já está provado, não havendo necessidade de instrução probatória (CUNHA, L. C. da. A fazenda Pública em Juízo. 13ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2018).

Nesse sentido, importa destacar que o direito líquido e certo, na clássica definição de Hely Lopes Meirelles:

“... é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.” (in, Mandado de Segurança, Malheiros Editores: São Paulo, 25ª ed., 2003, pp 36/37 - destaquei)

Na hipótese dos autos, a impetrante pretende, em síntese, a declaração de nulidade das exigências contidas nos subitens 12.3.10 e 12.3.11, do Projeto Básico Emergencial de Dispensa de Licitação – destinado à contratação de empresa especializada para a execução de serviços laboratoriais de análises clínicas, objetivando a realização de 100.00 (cem mil) testes rápidos para a detecção da COVID-19 (IgG e IgM).



Pois bem. Não se desconhece a urgência que permeia todos os procedimentos voltados ao combate e prevenção da COVID-19. Por isso mesmo, foram editados atos normativos voltados a acelerar o procedimento de contratação, por meio de dispensa de licitação.

A Lei nº 13.979/2020, a qual trata sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, dispõe acerca do procedimento licitatório especificamente para esses casos, a saber:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

§ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 4º Na hipótese de dispensa de licitação de que trata o caput, quando se tratar de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade, o sistema de registro de preços, de que trata o inciso II do caput do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderá ser utilizado. (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

§ 5º Na hipótese de inexistência de regulamento específico, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal sobre registro de preços. (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

§ 6º O órgão ou entidade gerenciador da compra estabelecerá prazo, contado da data de divulgação da intenção de registro de preço, entre dois e quatro dias úteis, para que outros órgãos e entidades manifestem interesse em participar do sistema de registro de preços nos termos do disposto no § 4º e no § 5º. (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

Art. 4º-A A aquisição de bens e a contratação de serviços a que se refere o caput do art. 4º não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - ocorrência de situação de emergência; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)



Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterá:(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - declaração do objeto; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

II - fundamentação simplificada da contratação; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

III - descrição resumida da solução apresentada; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

IV - requisitos da contratação; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

V - critérios de medição e pagamento; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

[...]

Como se pode perceber, a dispensa de licitação para os casos envolvendo combate à COVID-19 encontra expressa previsão legal, haja vista a situação peculiar vivenciada, a exigir rápida resposta da Administração Pública. Por isso mesmo, ressalvado o atendimento aos princípios administrativos entabulados no art. 37 da Constituição Federal, a análise das demandas envolvendo essa matéria não se restringe à norma geral de licitação e contratos administrativos, qual seja, a Lei nº 8.666/93.

No caso específico em apreciação, a parte impetrante aduz, em síntese, que após o deferimento da medida liminar, no Mandado de Segurança nº 0704146-22.2020.8.07.0018, pelo Magistrado da 1ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, a SES/DF promoveu a revogação do procedimento licitatório destinado à compra de testes rápidos, alegando a ausência de urgência diante da doação que recebera. Contudo, 2 (dois) dias após tal fato, a Autoridade Coatora inaugurou procedimento de dispensa de licitação para compra de 100.000 (cem mil) testes rápidos.

Compulsando os autos, verifico constar provas dos fatos noticiados pela impetrante. Isso porque, no despacho SEI acostado no ID nº 66772355, expedido no dia 24 de junho de 2020, consta o seguinte teor:

Trata-se de processo de aquisição de material médico-hospitalar -- Teste Rápido para Detecção Qualitativa Específica de IgG e IgM da Covid-19 -, em Sistema de Registro de Preços, para atender demanda da Secretaria de Saúde do Distrito Federal.

Conforme consta nos autos, houve questionamentos por meio do Mandado de Segurança nº 0704146-22.2020.8.07.0018, que culminou com Decisão de suspensão do trâmite do presente procedimento de Pregão Eletrônico, conforme manifestação da Subsecretaria de Administração Geral – SUAG (42403499), fato que ocasionaria a falta de testes rápidos para a rede.

Há que se considerar, entretanto que o Governo do Distrito Federal receberá da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 1ª Região Fiscal a entrega de 300.000 (trezentos mil) kits de testes rápidos apreendidos em operação de fiscalização realizada por aquele órgão. Tal doação será



inteiramente destinada a esta Secretaria, para que não haja prejuízo no andamento dos trabalhos de testagem da população.

Desta forma, considerando que este número ante em grande parte, a atual demanda desta secretaria, vislumbra-se, por hora, a perda do objeto da presente pretensão de compra. Ademais, sobrevém a possibilidade de reanálise do projeto básico com eventuais ajustes técnicos que se fizerem necessários.

Por fim, considerando que o princípio da autotutela, que dispõe que a Administração Pública exerce controle sobre seus próprios atos, tendo a possibilidade de anular os ilegais e de revogar os inoportunos, decido por cancelar o presente procedimento de Pregão Eletrônico, até que se reveja a necessidade de nova compra, bem como, eventual ajuste do projeto básico.

No ID nº 66772352 constato que foi divulgado Projeto Básico Emergencial, datado em 26/06/2020, destinado à contratação, por meio de dispensa de licitação, de empresa especializada para a execução de serviços laboratoriais de análises clínicas, objetivando a realização de 100.00 (cem mil) testes rápidos para a detecção da COVID-19 (IgG e IgM). Quer dizer, o aludido Projeto foi publicado apenas 2 (dois) dias após a Administração Pública ter realizado o cancelamento do Pregão Eletrônico que também se destinava à aquisição de material médico-hospitalar – Teste Rápido para Detecção Qualitativa Específica de IgG e IgM da Covid-19.

Já no documento de ID nº 66772353, Ofício nº 1184/2020 - SES/SUAG, datado em 26/06/2020, consta que as propostas deveriam ser enviadas até 30/06/2020, às 15h, confira-se:

1. DO ENVIO DA PROPOSTA

1.1. A proposta comercial e documentos de habilitação deverão ser enviados em papel timbrado; com todas as folhas rubricadas e numeradas; assinada pelo representante legal da empresa; via endereço eletrônico dispensadelicitacao.sesdf@gmail.com, até o dia 30/06/2020, às 15 horas.

Os fatos até aqui expostos revelam incongruências no procedimento de contratação, os quais, quando apreciados em conjunto, indicam a insubsistência das exigências ora questionadas feitas no Projeto Básico Emergencial.

A parte impetrante se insurge contra a qualificação jurídica insculpida no Projeto Básico Emergencial – destinado à contratação de empresa especializada para a execução de serviços laboratoriais de análises clínicas, visando à realização de 100.00 (cem mil) testes rápidos para a detecção da COVID-19 (IgG e IgM). No seu entendimento, a qualificação exigida nos subitens 12.3.10 e 12.3.11 seria ilegal, por transbordar dos limites regulamentares.

Pois bem. Os subitens questionados possuem a seguinte redação:

12.3.10. Deverá apresentar comprovação participação em programa de ensaios de proficiência de serviço laboratoriais de análise clínicas, através de provedores e ensaios de proficiência, habilitados pela ANVISA/REBLAS/MS, conforme RDC 302/ANVISA/MS, apresentando comprovação de inscrição atualizada (emida nos últimos 30 dias) e certificado de proficiência dos últimos 2 anos (2018 e 2019).

12.3.11. Deverá apresentar comprovação de que possui Certificado de Acreditação, emitido por entidade capacitada, competente, vinculada a uma sociedade ou órgão representativo do setor de diagnóstico laboratorial com por exemplo: PALC, DICQ ou ONA;

Denota-se, portanto, que as exigências mencionadas se destinam a garantir, em tese, maior confiabilidade dos testes a serem adquiridos pelo Ente Público, sendo necessário perquirir, no entanto, sobre a sua compatibilidade com os atos normativos que regulamentam a matéria.



Como é sabido, a pandemia atualmente vivenciada ocasionou a edição de diversos atos normativos destinados à regulação dos atos a serem praticados, principalmente, pelo Poder Público, para a contenção do vírus. Por isso mesmo, a Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA – editou, por meio de sua Procuradoria Colegiada, a RDC nº 379, a qual alterou a Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 356, de 23 de março de 2020, que dispõe, de forma extraordinária e temporária, sobre os requisitos para a fabricação, importação e aquisição de dispositivos médicos identificados como prioritários para uso em serviços de saúde, em virtude da emergência de saúde pública internacional relacionada ao SARS-CoV-2

O art. 9º da referida Resolução dispõe sobre a importação de insumos para o combate à COVID-19, o qual pode servir como norte à interpretação da questão posta nos autos, a saber:

Art. 9º Fica permitida a importação e aquisição de equipamentos de proteção individual, ventiladores pulmonares, circuitos, conexões e válvulas respiratórios, monitores paramétricos e outros dispositivos médicos, essenciais para o combate à COVID-19, novos e não regularizados pela Anvisa, desde que regularizados e comercializados em jurisdição membro do International Medical Device Regulators Forum (IMDRF), por órgãos e entidades públicas e privadas, bem como serviços de saúde, quando não disponíveis para o comércio dispositivos semelhantes regularizados na Anvisa.

§ 1º Para a importação de produtos regularizados e comercializados em jurisdição membro do International Medical Device Regulators Forum (IMDRF), previstos no caput, o importador deverá anexar, no Sistema Visão Integrada de Comércio Exterior, Termo de Responsabilidade estabelecido no Anexo I desta Resolução, assinado pelo responsável legal.

§ 2º A empresa importadora deve possuir autorização de funcionamento pela Anvisa para a atividade de importar correlatos.

§ 3º A análise e anuência do processo de importação dos produtos descritos no caput não requer avaliação técnica ou documental prevista na Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 81, de 2008, ficando restrita à verificação da Autorização de Funcionamento de Empresa.

§ 4º É vedada a importação de produtos regularizados na Anvisa sem a devida Declaração da pessoa jurídica detentora da regularização do produto junto à Anvisa autorizando a importação, nos termos da Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 81, de 2008.

§ 5º Os dispositivos médicos devem ser expostos ao uso com suas instruções de uso traduzidas para a língua portuguesa quando essas forem essenciais ao adequado funcionamento do produto.

§ 6º O serviço de saúde em que o equipamento eletromédico seja instalado é responsável pela instalação, manutenção, rastreabilidade e monitoramento durante todo o período de vida útil do dispositivo, incluindo seu descarte.

§ 7º Os responsáveis pelas importações de kits para diagnóstico nos termos do caput devem enviar em um prazo máximo de 5 (cinco) dias, contados da data do desembaraço da carga, uma amostra de, no mínimo, 100 unidades de cada lote importado para análise do Instituto Nacional de Controle de Qualidade - INCQS.

Observa-se, desse modo, que a exigência de maior rigor técnico para o caso de importação de produtos a serem utilizados no controle da pandemia restou prevista para o caso de produtos importados sem prévia regularização pela Anvisa, de maneira que, ainda que se trate de exigência distinta, não pode a Administração Pública estabelecer rigor mais severo que aquele previsto no ato normativo que regulamenta a matéria, muito menos sem indicar expressamente os motivos de ordem técnica que eventualmente embasariam a referida distinção.



Depreende-se que apenas os produtos importados sem registro na ANVISA devem estrita obediência ao art. 9º da RDC nº 379, situação que revela, com muito mais razão, a inviabilidade para a exigência de qualificação técnica ainda mais rigorosa em se tratando de produto com registro.

Ou seja, o ato normativo em análise permite a exigência INQCS apenas para a importação de produto sem registro. Salvo essa exceção, revela-se ilícita a exigência de qualificação técnica que supere o estabelecido no ato normativo, porquanto, ainda que a contratação dos produtos voltados ao combate do novo coronavírus possa ocorrer por meio de dispensa de licitação, tal não significa que a Administração Pública possa estabelecer critérios que transbordem os limites regulatórios, tampouco exigências que sejam capazes de influenciar o caráter competitivo que deve permear toda contratação do Estado, sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade.

As exigências de qualificação técnica não podem ser desarrazoadas, comprometendo a natureza competitiva que deve permear todo o processo de contratação, devendo constituir exclusivamente garantia mínima satisfatória de que o futuro contratado detém capacidade para cumprir as obrigações contratuais.

Compulsando os autos, constato que, instado a se manifestar acerca dos fundamentos técnicos que justificariam a manutenção das exigências em questão, o LACEN apenas declarou que fora exigida registro na ANVISA e laudo analítico satisfatório do INCQS, para garantir maior qualidade nas testagens a serem realizadas. Quanto a exigência de ensaios de proficiência e certificados para realização de testagem em Drive-Thru, foi para agregar expertise e garantia de serviço especializado em análises clínicas, visando maior qualidade aos atendimentos prestados.

Tais argumentos são insuficientes a justificar a manutenção dos subitens por não encontrarem respaldo no ato normativo regulador, ao passo que não fora apresentada justificativa relevante, mormente quando se considera a sua capacidade de impactar o caráter competitivo da contratação e, em última medida, inviabilizar o acesso ao melhor preço, norte de toda contratação pública.

Acerca do entendimento ora firmado, pertinente as considerações expostas no Parecer do Ministério Público, o qual atuou no feito na condição de fiscal da ordem jurídica. Literalmente:

[...]

A Procuradoria-Geral do Distrito Federal, ao pedir informações (ID 67681900, fl. 2) à Secretaria de Saúde sobre o presente mandado, apresentou os seguintes quesitos:

- 1 – Razões de interesse público que motivaram o lançamento do processo de dispensa 2 dias após a revogação do Pregão Eletrônico nº 198/2020;
- 2 – razões técnicas e jurídicas que deram suporte às exigências contidas nos itens 12.3.10 e 12.3.11 do Projeto Básico;
- 3 – indicar, se possível, a quantidade de empresas que atendem às exigências acima, demonstrando a ausência de limitação desarrazoada e de direcionamento do certame;
- 4 – apontar eventuais prejuízos irreparáveis ao interesse público, como decorrência da suspensão determinada pela decisão liminar (indicar o número de testes em estoque, onde será o mesmo utilizado, a motivação técnica para as testagens que serão realizadas, entre outros);
- 5 – se possível, demonstrar que, no presente caso, foram adotadas todas as medidas administrativas para prevenir a ocorrência de sobrepreço; e
- 6 – apresentar outras informações que se consideram pertinentes ao caso.

Em relação ao primeiro quesito (Razões de interesse público que motivaram o lançamento do processo de dispensa 2 dias após a revogação do Pregão Eletrônico nº 198/2020), a Subsecretaria de Vigilância à Saúde, por sua Diretoria do Laboratório Central de Saúde Pública, respondeu o seguinte (ID: 67681900,



fl. 109): “Todos os processos de aquisição de testes e serviços foram solicitados para atender a alta demanda de testagem para COVID-19, tendo em vista o aumento dos casos.”

A explicação dada, logo se percebe, além de simplória, não vem comprovada por nenhuma outra informação, sem qualquer estudo estatístico, plano, nada. O aumento da demanda em si é fato notório.

Além do mais, a Subsecretaria de Logística em Saúde, por sua Diretoria de Logística, quanto ao número de testes rápidos que o Governo tem em estoque, informou que (ID 67681900, fl. 12):

Existem 16.359 testes disponíveis em toda a rede SES + 50.000 testes ainda não liberados para distribuição de teste rápido para detecção qualitativa específica de IGG e IGM do COVID-19. Existem 15.830 testes disponíveis em toda a rede SES de teste rápido imunocromatográfico para detecção qualitativa de anticorpos IGG/IGM do COVID-19. Têm 300.000 testes ainda não liberados para distribuição de teste rápido para detecção de anticorpos IgM para diagnóstico de COVID19 com utilização de amostras de plasma ou soro.

No total, informou a existência de 32.189 testes disponíveis na rede SES e 350.000 testes ainda não liberados para distribuição. Esclareceu que há 50.000 testes em estoque central, referentes a compra da SES/DF realizada por meio do processo SEI! 00060-00106136/2020-61 e recebidos em 02/07/2020, aguardando atesto técnico da área responsável (LACEN-DF) para distribuição.

Há, também, 300.000 testes rápidos recebidos em 02/07/2020 de doação oriunda da Receita Federal, conforme processo 00060-00273737/2020-88, também aguardando atesto técnico da área responsável (LACEN-DF) para distribuição.

Ora, se existem essas centenas de milhares em estoque, a abertura de licitação para aquisição de mais cem mil testes parece desarrazoada.

E também não houve nenhuma resposta quanto ao porquê do lançamento do processo de dispensa 2 dias após a revogação do Pregão Eletrônico nº 198/2020.

Em relação ao segundo quesito (razões técnicas e jurídicas que deram suporte às exigências contidas nos itens 12.3.10 e 12.3.11 do Projeto Básico), a Subsecretaria de Vigilância à Saúde, por sua Diretoria do Laboratório Central de Saúde Clínica, no ID 67681900, fl. 16, explicitou que, para a aquisição de testes rápidos, foram exigidos registro na ANVISA e laudo analítico satisfatório do INCQS, para garantir maior qualidade nas testagens a serem realizadas. Quanto a exigência de ensaios de proficiência e certificados para realização de testagem em Drive-Thru, foi para agregar expertise e garantia de serviço especializado em análises clínicas, visando maior qualidade aos atendimentos prestados.

Realmente, essas exigências conferem mais qualidade aos testes. Mas isso é uma situação óbvia. Entretanto, como ressaltado pelo impetrante, tais exigências não constam da RDC (Resolução de Diretoria Colegiada) nº 379 da ANVISA (ato normativo que regulamenta a aptidão técnica dos testes de COVID-19). Então, se a norma de regência não faz essas exigências, norma essa que impõe requisitos de fabricação, importação e aquisição, é porque, por lógico, os requisitos impostos são suficientes para garantir a qualidade dos produtos fabricados, de modo que a justificativa apresentada teria que vir acompanhada de outros argumentos mais técnicos para justificar a exigência.

De se notar que a maneira como foi apresentada a justificativa foi objeto de crítica pela própria Procuradoria-Geral ao pedir informações ao DF.

Segundo consta no ID 67681900, fl. 101, o Procurador-Chefe da PROCAD/PGDF, responsável pela atuação do processo judicial em apreço, contactou a Assessoria Jurídico-Legislativa relatando preocupação com o arrazoado pouco minucioso lançado pelo LACEN/SVS/SES no despacho id. 43075562, sobretudo frente à quesitação detalhada formulada por aquele Procurador em Memorando 99.

A explicação dada, como visto, logo de início, nem mesmo convenceu o membro responsável pela defesa do DF. E não era para convencer mesmo.



No que pertine ao terceiro quesito (indicar, se possível, a quantidade de empresas que atendem às exigências acima, demonstrando a ausência de limitação desarrazoada e de direcionamento do certame), a resposta dada pela Subsecretaria de Vigilância à Saúde, por sua Diretoria do Laboratório Central de Saúde Pública (ID: 67681900, fl. 109) foi no sentido de que a contratação de serviços especializados em análises clínicas é perfeitamente viável, pois os laboratórios possuem Sistema de Controle de Qualidade, possuem certificados de proficiência e acreditação, havendo dezenas de laboratórios no Brasil que atenderiam tais exigências.

A resposta é genérica e incompleta. A resposta é suficiente e completa aos olhos de quem a invoca, mas não a nós. Parte-se mais da conclusão do que da análise do por que é dada.

Sobre os dois quesitos seguintes (apontar eventuais prejuízos irreparáveis ao interesse público, como decorrência da suspensão determinada pela decisão liminar (indicar o número de testes em estoque, onde será o mesmo utilizado, a motivação técnica para as testagens que serão realizadas, entre outros; se possível, demonstrar que, no presente caso, foram adotadas todas as medidas administrativas para prevenir a ocorrência de sobrepreço), a Subsecretaria de Vigilância à Saúde Diretoria do Laboratório Central de Saúde Pública (ID: 67681900, fl. 109) apontou que não compete ao LACEN-DF dar resposta a esses quesitos.

Por fim, sobre o quesito apresentar outras informações que se consideram pertinentes ao caso, entendemos que nenhuma informação relevante foi prestada.

Portanto, nesse contexto de infundadas razões para abrir-se procedimento de aquisição de testes após dois dias de revogação de outro procedimento para a mesma aquisição quando se tem em estoque centenas de milhares de testes em estoque; infundadas justificativas para exigências além da norma de regência, o procedimento licitatório questionado revela-se tendencioso a dificultar a participação de outros interessados no certame, cujo um dos objetivos são o de adquirir materiais pelo menor preço.

O procedimento, assim, está eivado de vício que autoriza a intervenção do Judiciário.

[...]

Impende salientar que, em razão do estado de excepcionalidade, foi editada de forma urgente a Lei nº 13.979/2020 e que, de igual modo, a urgência torna necessária a contratação igualmente célere, que assim permita à Autoridade Pública levar adiante as políticas de saúde decorrentes do estado excepcional ocasionado pela pandemia, de modo a não inviabilizar o agir célere do Ente Público diante da rápida disseminação do vírus. Contudo, isso não pode significar a inviabilidade para o controle judicial dos atos administrativos, mormente havendo elementos que indiquem incongruências em sua execução, evitando-se sobremaneira, qualquer dúvida que possa indicar direcionamento em favor de determinada empresa ou grupo de pessoas.

Cabe acrescer que a proteção ao erário constitui pilar do Estado Democrático de Direito, porquanto é a partir dos recursos públicos devidamente empregados que se torna possível cumprir as promessas constitucionais, concretizando os direitos fundamentais, entre os quais, evidentemente, se insere o direito à vida.

Nesses termos, a concessão da segurança é medida que se impõe.

DISPOSITIVO



Forte nessas razões, **CONCEDO A SEGURANÇA** pleiteada para declarar a nulidade das exigências contidas nos subitens 12.3.10 e 12.3.11 **do Projeto Básico Emergencial de Dispensa de Licitação objeto da presente demanda.**

Revogo a medida liminar vigente, viabilizando, assim, a retomada da contratação a ser feita por meio do Projeto Básico Emergencial de Dispensa de Licitação, observando-se, contudo, a nulidade dos subitens 12.3.10 e 12.3.11.

Comunique-se à MM^a. Desembargadora Relatora do Agravo de Instrumento nº 0724013-55.2020.8.07.0000 remetendo cópia desta sentença.

Declaro resolvido o mérito, com apoio no artigo 487, inciso I, do CPC.

Custas e despesas “ex lege”, nos termos dos arts. 82, § 2º, 84 e 98 a 102 do CPC/2015.

Sem condenação em honorários advocatícios por força de previsão legal (artigo 25 da Lei nº. 12.016, de 7.8.2009).

Remessa necessária diante do artigo 14, §1º, da Lei nº. 12.016/2009.

Havendo a interposição de Apelação, bem como de recurso adesivo, proceda a Secretaria do Juízo de acordo com as determinações do art. 1.010 e §§, do CPC, remetendo-se os autos ao eg. Tribunal com as cautelas de estilo.

Decorridos os prazos legais, com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Brasília - DF, 16 de julho de 2020 18:07:55.

JANSEN FIALHO DE ALMEIDA

Juiz de Direito

