



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO DE SUPORTE JURÍDICO EM ASSUNTOS LICITATÓRIOS

PARECER n. 00949/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.120375/2020-78

INTERESSADOS: ACT MED COMERCIO IMPORTACAO DE MATERIAL MEDICO LTDA E OUTROS

ASSUNTOS: Contratação direta.

Acesso Restrito - Ato preparatório nos termos da Lei 12.527/2011.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. DISPENSA DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NA LEI Nº 13.979/2020 (LEI DO COVID-19). AQUISIÇÃO DE 15.000.000 DE CONJUNTOS PARA ANÁLISE, EXTRAÇÃO DE RNA VIRAL DE FLUIDOS CORPORAIS, COLUNAS DE CENTRIFUGAÇÃO, TUBOS DE COLETA, SOLUÇÕES TAMPÃO E RNA CARREADOR. SIN-PROCESSO Nº 30435. CONTRATO ADMINISTRATIVO Nº 250/2020. INDÍCIOS DE EXISTÊNCIA DE VÍCIOS INSANÁVEIS. RECOMENDAÇÕES

Senhor Consultor Jurídico junto ao Ministério da Saúde,

1. Tratam os autos de processo de dispensa de licitação fundamentado na Lei nº 13.979/2020, cujo objeto é aquisição emergencial de 15.000.000 de conjuntos para análise, extração de RNA viral de fluidos corporais, colunas de centrifugação, tubos de coleta, soluções tampão e RNA carreador, que tramita nos autos do SIN-Processo nº 30.435, para atendimento à demanda da Coordenação Geral de Laboratórios de Saúde Pública - CGLAB/DAEVS/SVS, que culminou com a celebração do Contrato Administrativo nº 250/2020 junto à empresa ThermoFisher Scientific, Inc, para fornecimento de 10.000.000 de conjuntos para análise.

2. Referidos autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica, por meio do Despacho DATDOF/CGGM/GM/MS de 24/09/2020 (0016856341), que possui o seguinte teor:

Encaminhe-se à Diretoria de Integridade e à Consultoria Jurídica os Despachos DLOG ([0016778374](#)) e o Despacho CGLAB ([0016846974](#)), abra-se vista simultaneamente à DINTEG e CONJUR para manifestação, **com urgência**, em relação aos seguintes pontos:

- Diretoria de Integridade - DINTEG

1. Avaliar eventuais riscos e vulnerabilidades caso se entenda pela anulação do processo;
2. Avaliar se a manutenção do processo e do contrato atende o interesse público.

- Consultoria Jurídica - CONJUR

1. Apontar se há algum vício no processo e em caso positivo, se este vício é sanável ou insanável;
2. Apontar eventuais vulnerabilidades jurídicas e exposição a futuras demandas judiciais caso entenda-se pela anulação de todo o processo, considerando as informações prestadas pela CGLAB, **mormente em relação ao atual estágio em que se encontra a execução do contrato e os serviços que já foram prestados.**

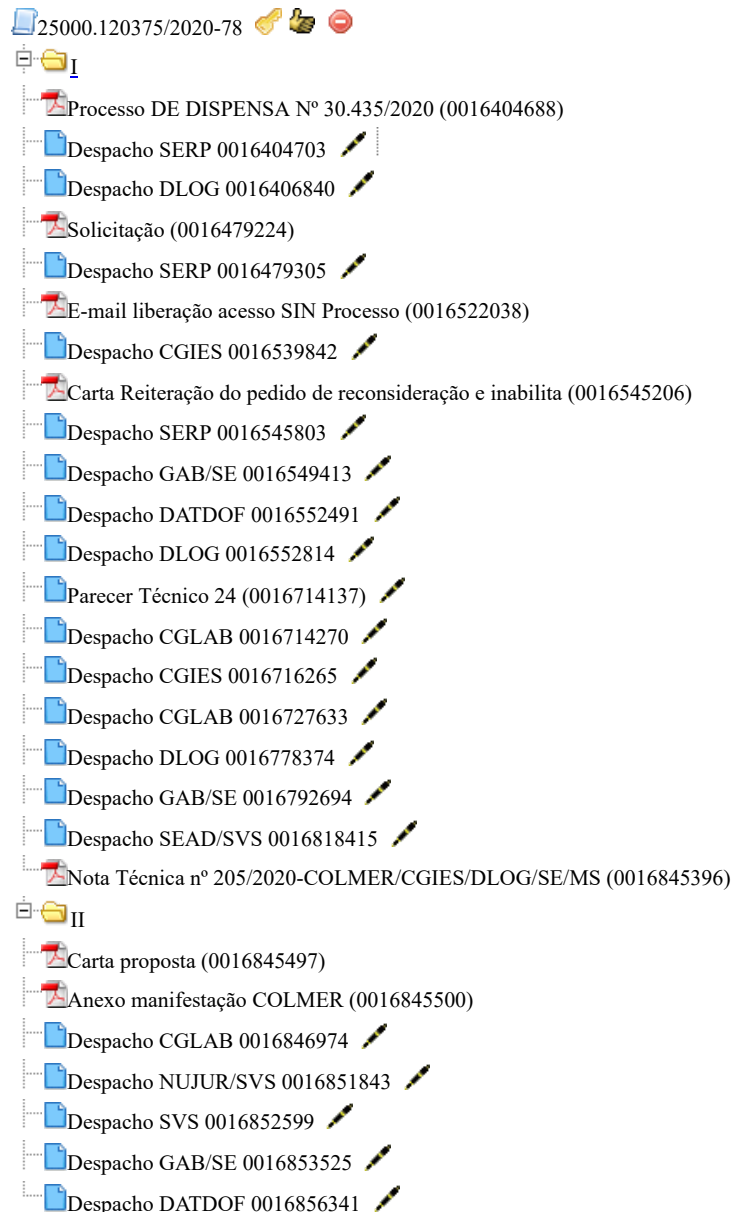
3. Tanto o Despacho DLOG/SE/MS, de 18/09/2020 ([0016778374](#)), quanto o Despacho CGLAB/DAEVS/SVS/MS, de 24/09/2020 (0016846974), mencionados no Despacho que encaminhou os presentes autos a esta especializada, a questão posta remete à correspondência encaminhada pela empresa ACTMED Comércio Importação de Material Médico LTDA (0016545206), datada de 03/09/2020, que reitera pedido de reconsideração e inabilitação encaminhado inicialmente por meio de Correspondência datada de 26/08/2020, nas quais a empresa solicitante apresenta extensa argumentação e seu inconformismo com vários aspectos da instrução do processo de dispensa de licitação promovido pelo Ministério da Saúde, que, no seu entendimento, possuem nulidades irremediáveis tendentes a viciar o prosseguimento do feito e também da própria contratação final, frise-se, já realizada.

4. No Despacho DLOG/SE/MS (0016778374), o Departamento de Logística em Saúde, órgão responsável pela condução do procedimento, assevera a existência de "*aparente vício insanável no processo*", o que levaria à consequência lógica de anulação integral do procedimento, ou mesmo do contrato administrativo dele decorrente.

5. Por outro lado, no Despacho CGLAB/DAEVS/SVS/MS (0016846974), bem assim como no Parecer Técnico nº 24/2020-CGLAB/DAEVS/SVS/MS (0016714137) a área técnica, muito embora reconheça expressamente que procedeu a habilitação

das empresas proponentes, apesar de que nenhuma delas ter atendido o Projeto Básico em sua totalidade, defende a permanência da contratação então celebrada junto à empresa ThermoFisher Scientific, Inc, no bojo do Contrato Administrativo nº 250/2020, asseverando expressamente *"que nenhuma das alternativas apresentadas pelo DLOG atende aos legítimos interesses do Ministério da Saúde, especialmente considerando o atual quadro de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2 (Covid-19), e a ausência de vício insanável capaz de ensejar a anulação total ou parcial da contratação em apreço, as quais poderiam comprometer os programas de saúde e políticas públicas e até mesmo a estratégia de enfrentamento já adotada pelo Ministério da Saúde"*.

6. Conforme se percebe acima, os presentes autos, enviados exclusivamente em meio eletrônico, para análise e emissão de parecer quanto ao solicitado no Despacho DATDOF/CGGM/GM/MS, encontram-se instruídos no sistema SEI com os seguintes documentos:



7. É o relatório.

1. FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

8. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Ela envolve, também, o exame prévio e conclusivo dos textos das minutas dos editais e seus anexos.

9. Nossa função é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

10. Importante salientar, que o exame dos autos processuais se restringe aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos (Conforme Enunciado nº 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da CGU/AGU, *"A manifestação consultiva*

que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento”).

11. De fato, presume-se que as especificações técnicas relativas ao objeto contratado, inclusive quanto ao seu detalhamento, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

12. É nosso dever salientar, outrossim, que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

2. REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO

13. De acordo com o art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

14. Com efeito, no que pertine especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, conforme artigo 38, da Lei nº 8.666, de 1993, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são pertinentes, iniciando-se com a devida autuação, com a correspondente protocolização e numeração, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, contendo, na medida do possível, no máximo, 200 folhas.

15. Neste sentido a Orientação Normativa AGU nº 2, de 1º de abril de 2009 dispõe:

16. Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento.

17. Aplicáveis ainda, a Portaria Interministerial nº 1.677, de 2015 (no caso de órgãos integrantes do SISG) e Portaria Normativa MD nº 1.243, de 2006 (para os órgãos militares), que também dispõem sobre procedimentos gerais referentes à gestão de processos, sendo recomendável também que o consulente verifique se há disciplina própria reguladora no âmbito de seu Órgão.

18. O processo eletrônico submetido à análise parece estar regularmente formalizado, em conformidade com o ordenamento jurídico pertinente.

19. Na mesma linha, o § 1º do artigo 8º do Decreto 10.024/2019, dispõe que a instrução do processo licitatório por meio de sistema eletrônico, será válida para todos os efeitos legais, inclusive para comprovação e prestação de contas.

3. ANÁLISE JURÍDICA

3.1 Da situação jurídica posta, em conformidade com o relato das áreas técnicas.

20. A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência em saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e prevê a dispensabilidade da realização de certame licitatório ordinário para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do COVID-19.

21. Importante ressaltar que, com as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 926, de 2020, na Lei nº 13.979, de 2020, foram criadas formalidades no procedimento, de modo que, por ser específico à situação em tela, não deverá mais ser aplicado o art. 26, da Lei nº 8.666, de 1993, salvo no que for cabível. Dispõe a Lei nº 13.979 de 2020 que:

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.

§ 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

suspensão, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

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 de 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: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

a) Portal de Compras do Governo Federal; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

b) pesquisa publicada em mídia especializada; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

d) contratações similares de outros entes públicos; ou [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

VII - adequação orçamentária. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do **caput**. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do **caput** não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do **caput** do art. 7º da Constituição. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

(...)

Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

Art. 4º-I Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#)

22. Nas hipóteses de contratações que envolvam a dispensa de licitação, o art. 4º-E, da Lei nº 13.979, de 2020, prevê que poderá a Administração Pública apresentar Termo de Referência simplificado com o objetivo de desburocratizar o procedimento, em face da celeridade exigida nesses casos.

23. Importa ressaltar que a simplificação não significa que não conterá os elementos básicos e norteadores das contratações, vez que será devidamente exigido: declaração do objeto; fundamentação simplificada da contratação; descrição resumida da solução apresentada; requisitos da contratação; critérios de medição e pagamento; estimativas dos preços e adequação orçamentária.

24. Em que pese a presente dispensa de licitação encontrar fundamento na Lei nº 13.979, de 2020, certo é que são aplicáveis as disposições contempladas na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos - Lei nº 8.666, de 1993, em cujo art. 3º

são veiculados vários princípios básicos que devem ser observados pela Administração, dentre eles o da impessoalidade, da isonomia, da legalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim como todos aqueles que lhes são correlatos.

25. No caso que ora se analisa, verifica-se no Despacho DLOG/SE/MS (0016778374), que o Departamento de Logística em Saúde, órgão responsável pela condução do procedimento, **assevera a existência de "aparente vício insanável no processo", o que levaria à consequência lógica de anulação integral do procedimento, ou mesmo do contrato administrativo dele decorrente**, vez que restariam violados vários princípios administrativos estampados no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, o que faz nos seguintes termos:

1. **Diante do parecer técnico n.º 24 (0016714137), encartado nos presentes autos, a CGLAB reconhece ter habilitado, para fins de aquisição de testes de Extração de RNA automatizada de empresa especializada, com fornecimento de equipamentos em regime de comodato, propostas distintas daquela solicitada no projeto básico, bem como desiguais entre si, comprometendo "prima facie", o princípio da isonomia, norteador das atividades administrativas.**
2. É possível inferir da leitura do processo, bem como, consta da nota técnica em comento que **não houve alteração formal no projeto básico**. A exceção a esta assertiva resta consubstanciada em mera alteração de caráter semântico, do termo comodato, o qual foi substituído por cessão de equipamentos sem ônus, em atendimento à solicitação exarada pela Consultoria Jurídica – CONJUR.
3. Dito isto, não havendo qualquer alteração que importe em modificação na formulação de propostas por parte dos participantes no procedimento em tela, não se vislumbrou a necessidade de republicação do instrumento convocatório por parte deste DLOG.
4. Corroborando para com o acima transcrito, traz-se a lume o excerto abaixo:

“Cumpre salientar que, antes da formalização do Contrato com a empresa vencedora, e em atenção à recomendação exposta no OFÍCIO CIRCULAR Nº 62/2020/SE/GAB/SE/MS, o Projeto Básico passou por avaliação da CONJUR/MS, tendo a área técnica da SVS acatado as recomendações da Consultoria Jurídica do MS, notadamente quanto a substituição da expressão “comodato”, por “cessão de equipamentos sem ônus”.

5. Diante disso, seguiu-se com os trâmites processuais habituais, de modo que as propostas recebidas foram encaminhadas à área técnica para fins de manifestação. Neste sentido, traz-se a lume que este DLOG não possui competência regimental e, principalmente, competência técnica para avaliação do conteúdo das propostas, notadamente no que concerne à verificação da adequação destas ao contido no projeto básico formulado pela área demandante.
6. Assim, imperioso a este DLOG socorrer-se da área demandante para fins de validação e análise da conformidade dos termos apresentados nas propostas para com aqueles contidos no instrumento convocatório. Destaque-se que tal procedimento é adotado em todos os processos de aquisição que tramitam nesta diretoria.
7. Em resposta ao envio das propostas para fins de validação, recebeu este DLOG manifestação da área técnica, na qual esta habilitou 5 propostas, dentre elas, aquela apresentada pela empresa Termo Fisher. Referido despacho se encontra encartado na tarefa T6.2.2 datada de 08/07/2020 no bojo do Sin Processo 30435.
8. Neste sentido, transcreve-se o item 6 do aludido documento que assim contempla:

“6. Face ao exposto, das propostas apresentadas as empresas B3B, BIOSTOCK, HMD, THERMOFISER e ACTMED estão classificadas para continuidade do certame.”

9. Conforme já mencionado, não cabe a este DLOG imiscuir-se na seara técnica acerca da análise das propostas. Assim, presumindo estar correta a análise realizada pela CGLAB, procedeu a continuidade do processo.
10. A etapa subsequente constituía-se na negociação dos valores ofertados, de modo que as empresas foram ordenadas segundo critério econômico, qual seja, habilitou-se em primeiro lugar aquela que ofertou o menor valor, dentre as tecnicamente habilitadas, e assim subsequentemente.
11. Nota-se que a empresa classificada em primeiro lugar não ofertou a totalidade do quantitativo necessário ao atendimento da demanda da área, haja vista a possibilidade de apresentação de propostas com cotações parciais.
12. Assim, quando desta negociação, foi propiciado às demais empresas que ofertassem o quantitativo remanescente, ao mesmo valor ofertado pela primeira, visando a aquisição da totalidade do quantitativo previsto no projeto básico.
13. Traz-se à lume que, quando do recebimento da suposta denúncia acerca da contratação em apreço, o processo fora remetido para manifestação tanto da CGLAB quanto da DINTEG. **Esta última, realizou apontamentos acerca da possível contratação tendo indicado, em seu mapeamento de riscos, o fato de a empresa Termo Fisher ter apresentado proposta em desacordo para com o instrumento convocatório.**
14. Em resposta, a CGLAB expôs suas razões, de caráter eminentemente técnico, justificando tais apontamentos.
15. O processo seguiu seu curso normal culminando com a contratação da empresa que apresentou a proposta de menor valor, qual seja, a Thermo Fisher.
16. Retornando à análise da nota técnica exarada pela CGLAB, percebe-se a seguinte afirmação:

“A alegação de que a empresa vencedora teria apresentado proposta que não atende o escopo da contratação diz respeito aos insumos consumíveis (tubos, pipetas, ponteiras, etc.). Quanto a esse quesito, é importante esclarecer que os itens consumíveis são adquiridos e disponibilizados pelos próprios Lacen's, de forma que a sua exclusão na formulação da proposta não causa nenhum impacto econômico à contratação, tampouco à execução dos testes.”

17. Com a devida vênia, parece-nos que o entendimento exarado por aquela coordenação possa dar aso, de alguma forma, a uma interpretação distinta. Explica-se. Ao informar que a exclusão dos itens consumíveis da proposta não importarão em impacto econômico na contratação, a CGLAB leva-nos a crer que tais itens poderiam ser destituídos de valor pecuniário.

18. Novamente, releva mencionar que este DLOG não possui a expertise técnica para atestar qual o impacto financeiro da supressão dos itens que restaram suprimidos, tão pouco afirmar se os mesmos são ou não valorados, vez que a depender do caso, poderiam ter valor ínfimo, o qual não traria impacto financeiro relevante ao caso em tela. Não se pode desprezar, contudo, o fato de que pode, ou não haver um custo aplicável a estes insumos.
19. Ainda, os itens suprimidos não se encontram separados e quantificados de forma unitária quando da apresentação das propostas, de modo que, mesmo que salte aos olhos a diferença de R\$ 190.000.000,00 (cento e noventa milhões de reais) entre a proposta mais vantajosa e a segunda colocada e tudo indique que de fato ela é mais vantajosa, não podemos afirmar tal situação. Igualmente, não seria possível mensurar se as demais propostas seriam mais ou menos vantajosas que a da empresa vencedora.
20. Conforme Nota Técnica de habilitação, a qual segue anexa a este processo, não foram explicitados pela área demandante os detalhes técnicos pertinentes a cada proposta, de forma que mesmo questionada *a posteriori*, aquela manteve e ainda mantém sua convicção em relação à habilitação técnica das referidas empresas.
21. É ainda mencionado pela CGLAB que, segundo orientações do DLOG, que a mesma deveria entrar em contato direto com a empresa para fins de diligenciar sobre pontos obscuros da proposta.
22. Acerca deste item, temos a informar que a realização de diligências apenas para fins de esclarecimentos, é possível, sendo esta de inteira responsabilidade daquele que a realiza.
23. Alega ainda a CGLAB:

“Em que pese a solicitação de inabilitar as empresas já classificadas no processo, o mesmo critério utilizado para habilitar todas as empresas com vícios nas propostas seriam desabilitadas, não restando nenhuma empresa para continuidade processual. Causando o fracasso do processo por descumprimento das exigências descritas no Projeto Básico.”

24. Percebe-se que, agindo em prol do pronto atendimento à necessidade administrativa, e valendo-se do quesito da economicidade, **a área técnica habilitou proposta que não contemplava a integralidade dos itens previstos no projeto básico.**
25. É compreensível a atuação da CGLAB e seu intuito em buscar a consecução do processo de contratação, haja vista o cenário pandêmico existente e a premente necessidade pela aquisição dos insumos em questão. Neste sentido, deve-se considerar, consoante mencionado na justificativa apresentada pela área para lastrear a contratação almejada, que *"devido ao aumento expressivo do número de casos no Brasil e os resultados dos modelos preditivos, o planejamento entre aquisições e doações de outras instituições pra o Ministério da Saúde alcançam atualmente mais de 15 milhões de testes RT-qPCR para os próximos meses, porém, depara-se com a limitação da capacidade de processamento diária, visto que apenas 10% destes conta com métodos automatizados para a extração do material genético e demais etapas de processamento da metodologia de RT-qPCR. Esse fato restringe a capacidade instalada para aproximadamente 2 a 3 mil exames diários no país, notadamente insuficiente para o controle da epidemia em um país com a população acima de 200 milhões de habitantes, com dificuldades logísticas e de acesso. Soma-se a isso a necessidade de se dar vazão aos reagentes que encontram-se armazenados aguardando pela chegada de soluções de extração aos estoques deste Ministério da Saúde."*
26. Louvável a tentativa de, em atenção ao princípio da economicidade, buscar formas de reaproveitamento do processo em curso, ganhando assim mais celeridade na contratação pretendida. **Entretanto, apesar do nobre espírito, parece difícil dar continuidade à contratação quando esta se mostra eivada de vícios de natureza insanável.**
27. De igual forma, é extremamente complexo ao gestor público declinar de proposta técnica habilitada pela respectiva área demandante, e tão mais vantajosa para a Administração Pública, em favor de outra que, em tese, estaria adequada ao instrumento convocatório, podendo lhe ser até mesmo imputada uma conduta de formalismo excessivo frente ao princípio da vantajosidade econômica apresentada.
28. Nesta senda, a atuação do gestor resta deveras prejudicada, na medida em que se depara com a necessidade de contratação, onde, de um lado, encontra proposta economicamente vantajosa, contudo, em desacordo para com o instrumento convocatório, e de outro, verifica a existência de proposta diversa, contemplando a integralidade dos itens descritos no projeto básico, contudo, com valores muito acima do que aquele que originalmente sagrou-se como vencedor.
29. No que concerne à intempestividade da impugnação alegada pela CGLAB, cumpre esclarecer que se trata de procedimento de aquisição por meio de dispensa de licitação, ou seja, não aplicar-se-iam os prazos prescritos para o procedimento de pregão.
30. Contudo, ainda que o fosse, trata-se de apontamento que revela aparente vício insanável ao processo, sendo sua consequência lógica, a anulação do procedimento tão logo ocorra sua identificação.
31. **Assim, ante a todo o aqui exposto, e considerando a evidente boa-fé do programa de saúde demandante deste insumo, da incontestável firmeza e honestidade de propósito da área quando no afã de atender a demanda nacional premente, flexibiliza critérios para salvar o processo em curso, vislumbramos as seguintes saídas para o processo em apreço:**

a) A primeira delas seria a anulação total do processo com a consequente realização de novo procedimento próprio destinado à contratação dos insumos pleiteados.

b) A segunda seria a anulação do contrato derivado do presente processo vez que, ter-se-ia o entendimento de uma possível nulidade do contrato decorrente de vício insanável. Não obstante, tal qual já ocorrido em outros casos, em decorrência de determinação exaradas pelos órgãos de controle externo, antes de que se procedesse à anulação do mencionado instrumento, demandar-se-ia apenas o quantitativo estritamente necessário à manutenção da plataforma de testes nacional, promovendo, em ato contínuo, nova aquisição para fins de atendimento do quantitativo remanescente.

32. Entendendo ser este tema de extrema importância estratégica para este Ministério da Saúde e, por conseguinte, para implementação da política de testes em nível nacional, e ainda, pela transversalidade do tema em tela, não sendo o assunto passível de ter tratativa exaustiva na Secretaria Executiva, submetemos o processo para apreciação desta, nos colocando a disposição para quaisquer esclarecimentos que se fizerem necessários.
33. **Informamos ainda que a entrega da primeira parcela prescrita no contrato em análise está suspensa até que seja decidido pela continuidade ou não do feito.**

26. A seu turno, a área técnica, por meio do Parecer Técnico nº 24/2020-CGLAB/DAEVS/SVS/MS (0016714137) e do Despacho CGLAB/DAEVS/SVS/MS (0016846974), se manifestou nos seguintes termos:

Parecer Técnico nº 24/2020-CGLAB/DAEVS/SVS/MS

I - RELATÓRIO

Breve histórico do processo de Licitação:

O presente procedimento licitatório tem como escopo a aquisição de testes de Extração de RNA automatizada de empresa especializada, com fornecimento de equipamentos em regime de comodato, (extratores), cuja dispensa de licitação n.º 137/2020, foi fundamentada no art. 4º, da Lei nº 13.979/2020, em atendimento à demanda da Coordenação Geral de Laboratórios de Saúde Pública – CGLAB/DAEVS/SVS/MS, conforme Projeto Básico nº 30.435, de 13 de maio de 2020.

No dia 13/05/2020, foi publicado no DOU um chamamento público convocando empresas interessadas na contratação de serviço para realização de exame laboratorial para diagnóstico do COVID-19 por RT-PCR. Na mesma data foi encaminhado o Ofício-Circular nº 113/2020/CGIES/DLOG, à diversas empresas (fabricantes/distribuidores) dos insumos, solicitando o envio de propostas comerciais para o fornecimento dos testes até o dia 15/05/2020.

Diante da ausência de propostas, deu-se início a nova etapa objetivando a necessária aquisição. Para tanto, foi realizada adequação do Projeto Básico inicial, com previsão de fornecimento, via contratação direta (emergencial), 15.000.000 de unidades de Reagentes para purificação e isolamento de material genético (RNA) para finalidade de diagnóstico in vitro por meio de metodologia de Biologia Molecular. Além dos kits de extração, a empresa proponente deveria fornecer, por meio de cessão por comodato, no mínimo 32 equipamentos e todos os acessórios necessários para execução dos testes. Assim, foi publicado no DOU de 23/06/2020, novo Aviso de Chamamento Público, com prazo para apresentação de propostas até o dia 25/06/2020.

Foram encaminhadas pela Coordenador de Licitações e Análise de Mercado de Insumos Estratégicos para Saúde (CGIES/DLOG/SE/MS) propostas de 13 empresas para análise técnica desta Coordenação-Geral de Laboratórios de Saúde Pública (CGLAB/DAEVS/SVS/MS). Todas as propostas foram avaliadas seguindo os critérios técnicos dos testes e equipamentos solicitados.

Das propostas apresentadas, apenas 5 (cinco) empresas ofertaram os testes de extração automatizada com cessão de equipamentos sem ônus, restando como vencedora do certame, após longo período de negociação, a empresa ThermoFischer, cujo CONTRATO Nº 250/2020, foi assinado em 21/08/2020.

Cumprir salientar que, antes da formalização do Contrato com a empresa vencedora, e em atenção à recomendação exposta no OFÍCIO CIRCULAR Nº 62/2020/SE/GAB/SE/MS, o Projeto Básico passou por avaliação da CONJUR/MS, tendo a área técnica da SVS acatado as recomendações da Consultoria Jurídica do MS, notadamente quanto a substituição da expressão “comodato”, por “cessão de equipamentos sem ônus”.

Conforme consta na Nota Técnica nº 205/2020-COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS, o valor negociado com a empresa vencedora se demonstra razoável quando se compara às demais propostas classificadas pela COLMER/DLOG, na medida em que o preço da segunda colocada no ranking final (ACTMED), restou em R\$25,95 (vinte e cinco reais e noventa e cinco centavos), valor esse 94,82% superior ao da primeira.

II - ANÁLISE

Da impugnação apresentada pela empresa ACT MED COMERCIO IMPORTAÇÃO DE MATERIAL MÉDICO LTDA ME:

No dia 24/08/2020, a empresa ACT MED COMERCIO IMPORTAÇÃO DE MATERIAL MÉDICO LTDA ME, encaminhou mensagem eletrônica dirigida ao Diretor do DLOG/MS, solicitando a imediata suspensão da tramitação do rito de contratação.

Segundo a empresa impugnante: *“embora a TERMOFISHER, tenha apresentado o menor preço, desde a primeira oportunidade, apresentou proposta que não atendia, como de fato não atende, o escopo da contratação. A primeira proposta, apresentada em 15/05/2020, já constava a menção de que não estavam contemplados “os itens 6.2.7.1 b, 6.2.7.2, 6.3.10, 6.3.11, 6.3.12 do Projeto Básico”, ou seja, o preço ofertado não contemplava o projeto posto à contratação, o qual, diga-se, se mostrava como uma solução completa e integrada destinada à extração automatizada da COVID-19, conforme objeto. Foram ainda apresentadas mais três propostas pela mesma empresa, em 26/06/2020, 02/07/2020, e 05/08/2020. Neste ínterim, o Projeto básico foi sistematicamente sendo alterado, visando direcionar o objeto à proposta da referida empresa, sem que nenhuma das outras empresas concorrentes tivessem conhecimento das referidas alterações promovidas, nem tampouco pudessem ofertar novas propostas diante da nova condição de contratação dimensionada por este Órgão.”*

Ao final, requer ao Ministério da Saúde:

- a. a imediata suspensão da tramitação do rito de contratação, tendo em vista constar no sistema iminente ato de formalização contratual;
- b. seja o presente requerimento recebido sob a égide do Princípio da Fungibilidade Recursal;
- c. ante à declarada e comprovada inadequação da proposta da TERMOFISHER ao Projeto Básico válido, seja a mesma declarada INABILITADA a promover o objeto previsto em contrato;
- d. ao final, sejam anulados todos os atos subsequentes à alteração do projeto básico originário e que vinculou a todos os participantes declarados qualificados, determinando, por consequência, o chamamento do segundo colocado (ACTMED), para a necessária manifestação, por ser de direito;

Pois bem, conforme será irrefutavelmente demonstrado, as alegações expostas pela empresa são improcedentes, isso porque:

A alegação de que a empresa vencedora teria apresentado proposta que não atende o escopo da contratação diz respeito aos insumos consumíveis (tubos, pipetas, ponteiros, etc.). Quanto a esse quesito, é importante esclarecer que os itens consumíveis são adquiridos e disponibilizados pelos próprios Lacen's, de forma que a sua exclusão na formulação da proposta não causa nenhum impacto econômico à contratação, tampouco à execução dos testes.

Quanto à validação técnica, observa-se que 5 (cinco) empresas apresentaram propostas para o referido item, porém, observou-se que nenhuma empresa atendeu o Projeto Básico em sua totalidade, ex: itens sem registro na ANVISA, Pagamentos antecipados, não fornecimento de consumíveis entre outros.

Em relação ao mencionado pela empresa a respeito do inteiro atendimento ao Projeto Básico:

“A ACTMED, desde o início do referido processo de dispensa, em sua fase de coleta de propostas, demonstrou o inteiro atendimento ao Projeto Básico que fora disponibilizado à época a todos os participantes” (grifo nosso).

A fim de não restar dúvidas e com orientação do Departamento de Logística (DLOG/SE/MS) através do Despacho nº 252/2020/CGIES/DLOG/SE/MS, caso exista alguma dúvida quanto às especificações do insumo ofertado, recomenda-se a essa CGLAB que entre em contato direto com a empresa para diligenciar os pontos que não restaram claros quanto ao apresentado.

A CGLAB/SVS entrou em contato com a empresa para esclarecimentos, pois foi observado que a empresa apesar de apresentar a proposta com descritivo exatamente igual ao do Projeto Básico, logo abaixo menciona o modelo do teste o qual não corresponde com a descrição da proposta. Após envio da bula do produto a ser ofertado e análise técnica, a empresa foi habilitada.

Em que pese a solicitação de inabilitar as empresas já classificadas no processo, o mesmo critério utilizado para habilitar todas as empresas com vícios nas propostas seriam desabilitadas, não restando nenhuma empresa para continuidade processual. Causando o fracasso do processo por descumprimento das exigências descritas no Projeto Básico.

Importante ressaltar que em todas as propostas apresentadas as empresas estão ofertando os insumos essenciais para a realização da extração no equipamento automatizado.

Tendo em vista, a situação de emergência mundial foi levado em consideração a maior necessidade dos LACEN atualmente, que é o teste e o equipamento de extração. Pois os laboratórios estão prejudicados no atendimento da pandemia pela falta da extração. Não levando em consideração os itens que os laboratórios já adquirem em sua rotina de compra.

Portanto, por ostentar caráter emergencial, situação de desabastecimento de extrações, falta do equipamento de extração automatizado na rede de laboratórios, é razoável compreender que a área técnica optou por habilitar todas as propostas que apresentaram kits de extração e a sessão dos equipamentos sem ônus.

Em relação a readequação do projeto básico, informamos que não houve alteração na característica da contratação, ou seja, o conjunto de extração juntamente com a cessão sem custos de equipamentos para processar os testes e os demais consumíveis e ressalta-se que não houve supressão de nenhum item do projeto básico original houve apenas a retirada do termo “comodato”, sendo mantida a necessidade da empresa ceder sem ônus os equipamentos por orientação da CONJUR.

Importante destacar que o Departamento de Logística é o responsável em dar publicidade ao projeto básico alterado em qualquer nível, bem como negociação de preço conforme readequação do Projeto Básico.

Da intempestividade da impugnação:

Segundo a Lei 8.666/1993, o prazo para impugnação do edital por cidadãos (não licitantes) é de até 5 dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, e para os licitantes tal prazo diminui para 2 dias úteis.

Já o Decreto nº 10.024/2019 não faz distinção entre a parte que impugna o edital e estabelece um prazo geral de 3 dias úteis (prazo, portanto, mais restrito para os licitantes do que o prazo da Lei 8.666).

No caso em tela, cumpre consignar que o pedido da empresa ACTMED foi apresentado intempestivamente, quer seja considerando o prazo da Lei nº 8.666/93, como o do Decreto nº 10.024/2019.

Isso porque, conforme estabelece o art. 4º-G da Lei nº 13.979/2020:

Art. 4º-G. Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade. (grifamos)

...

§ 2º - Os recursos dos procedimentos licitatórios somente terão efeito devolutivo.

Vale salientar que a empresa impugnante foi instada a se manifestar em várias oportunidades durante a instrução processual, mantendo-se silente quanto aos fatos ora alegados, vindo somente agora, após a conclusão do certame, apresentar a sua indignação.

III - CONCLUSÃO

Sob qualquer ponto de vista, ou seja, administrativo ou jurídico o processo licitatório em tela reveste-se de clareza e legalidade.

Pelo exposto e por tudo mais que consta dos autos, pode-se concluir que a impugnação apresentada pela 2ª colocada ACT MED COMERCIO IMPORTAÇÃO DE MATERIAL MÉDICO LTDA ME, carece de fundamentos fáticos e jurídicos capazes de anular o processo licitatório em apreço, razão pela qual recomenda-se a manutenção do resultado proclamado em favor da 1ª colocada TERMOFISHER, por ter sido aquele que mais atende à finalidade almejada pela administração pública, bem como ao princípio da economicidade,

especialmente diante das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Despacho CGLAB/DAEVS/SVS/MS

Em atenção ao Despacho SE/GAB/SE/MS (0016792694), que solicita manifestação acerca da análise do Departamento de Logística em Saúde - DLOG/SE/MS, por meio do Despacho DLOG (0016778374), o qual propõe a anulação do processo licitatório de aquisição de testes de extração de RNA automatizada por empresa especializada, o Departamento de Articulação Estratégica de Vigilância em Saúde – DAEVS, por meio da Coordenação Geral de Laboratórios de Saúde Pública - CGLAB/DAEVS/SVS/MS, vem expor o quanto segue:

Em apertada síntese, o Departamento de Logística em Saúde - DLOG/SE/MS discorre sobre o processo de aquisição, propondo, ao final, a anulação do procedimento em razão da verificação de suposto vício insanável, uma vez que a empresa classificada em primeiro lugar apresentou proposta que não atendia na totalidade o escopo da contratação.

Antes de adentrar ao cerne da controvérsia, é imperioso trazer à luz o cenário pandêmico que motivou a declaração da situação de emergência de saúde pública de importância internacional, que foi declarada por meio da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), até agosto de 2020, 17,9 milhões de pessoas, o que corresponde 8,5% da população brasileira, haviam feito o teste de diagnóstico para detecção do vírus causador da COVID-19.

A testagem da comunidade é uma das ferramentas mais importantes na luta para desacelerar e reduzir a propagação e o impacto do vírus. Os testes permitem identificar os indivíduos infectados, orientando o tratamento médico que recebem, com possibilidade de desonerar os serviços públicos, alocando os recursos públicos destinados à saúde com mais eficiência. Além disso, a testagem da população permite o isolamento das pessoas infectadas e o rastreamento e quarentena de seus contatos.

Nesse sentido o Ministério da Saúde empreendeu esforços para aquisição dos testes para detecção do vírus SARS-CoV. Os testes são fundamentais para controle da pandemia. Sem dados oriundos da testagem, não há como mensurar a real situação dos estados e municípios em relação ao controle da doença. Portanto, a falta de testes de detecção, por consequência impossibilita a coleta e geração de dados confiáveis que fomentam a resposta para políticas públicas contra a disseminação do vírus na comunidade.

- Do quadro atual de estoque de testes do MS:

No que tange ao estoque de kits de RT-qPCR adquiridos pelo Ministério da Saúde, destaca-se o quantitativo atual de 8.430.052 testes para detecção do vírus Sars-CoV-2.

As datas de vencimento destes kits são:

3.638.700 vencem até **31/12/2020**;

4.079.700 vencem até **30/01/2021**;

711.652 vencem até **abril/2021**.

No caso em tela, deve ser avaliada a possibilidade de perda de considerável quantitativo de testes em estoque, por vencimento, uma vez que a reação de RT- qPCR é dependente da fase de extração de material genético viral, objeto da aquisição em tela. Portanto, a perda desses insumos em decorrência do vencimento dos testes em estoque, traria não somente prejuízos ao Tesouro Nacional, como também comprometeria toda a estratégia de combate ao Covid-19 no país, instituída pelo Ministério da Saúde.

A tabela 1 abaixo ilustra a situação do estoque atual do Ministério da Saúde:

Tabela 1. Estoque atual de kits de RT-qPCR.

Data	FIOCRUZ	SEEGENE	Total
de validade	Geral		
2020		3.638.700	3.638.700
dez		3.638.700	3.638.700
19/dez		102.100	102.100
21/dez		602.100	602.100
22/dez		932.100	932.100
26/dez		732.800	732.800
27/dez		848.000	848.000
28/dez		421.600	421.600
2021	137.952	4.653.400	4.791.352
jan		4.079.700	4.079.700
02/jan		158.400	158.400
05/jan		775.800	775.800
06/jan		216.800	216.800

11/jan		99.800	99.800
12/jan		588.100	588.100
13/jan		433.100	433.100
14/jan		544.200	544.200
18/jan		499.700	499.700
24/jan		95.900	95.900
25/jan		100.100	100.100
26/jan		499.700	499.700
31/jan		68.100	68.100
fev		432.900	432.900
01/fev		132.100	132.100
03/fev		100.800	100.800
07/fev		111.600	111.600
08/fev		88.400	88.400
mar		140.800	140.800
20/mar		140.800	140.800
abr	137.952		137.952
30/abr	137.952		137.952
Total Geral	137.952	8.292.100	8.430.052

Relatório descritivo de envio de insumos e instalação de equipamentos já efetivados pela empresa vencedora do certame:

- Da entrega dos equipamentos:

Entre os dias 02 e 21 de setembro de 2020, foram instalados pela empresa vencedora 10 equipamentos de extração RNA para detecção da COVID-19. Os equipamentos foram instalados nos Laboratórios Centrais de Saúde Pública (LACEN) de 10 estados, sendo eles: LACEN/DF, LACEN/GO, LACEN/MG, LACEN/MS, LACEN/MT, LACEN/PB, LACEN/PI, LACEN/RS, LACEN/SE e LACEN/TO.

- Da entrega dos insumos:

Para reduzir os impactos do desabastecimento do objeto da contratação, a Coordenação Geral de Laboratórios de Saúde Pública (CGLAB), solicitou a entrega antecipada, de forma descentralizada de 336.000 extrações aos LACEN que receberam os equipamentos na primeira etapa de instalação.

Para cada LACEN que recebeu o equipamento foram enviados 24.000 testes, totalizando 240.000 testes distribuídos para todos os 10 LACEN. Além disso, foram enviados 72.000 testes para o LACEN/BA e 24.000 para o LACEN/PR, pois os mesmos possuem equipamento de extração compatíveis com os testes adquiridos.

Por meio da Notificação Extrajudicial de 16 de setembro de 2020, foi informado pela empresa vencedora a disponibilidade de entrega imediata no Almoxarifado Central do MS dos itens correspondentes à 1ª e 2ª parcela, correspondendo ao total de 6 milhões de extrações. Além das extrações, a empresa apresentou a disponibilidade de instalação dos equipamentos referentes a 2ª parcela de 12 equipamentos extratores, conforme obrigações e prazos previstos no instrumento contratual.

- Cotação dos itens não fornecidos pela empresa vencedora do certame:

Considerando a Nota Técnica nº 205/2020-COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (SEI - 0016845396), que trata do processo eletrônico visando à aquisição emergencial de 15.000.000 de conjuntos para análise, extração de RNA viral de fluidos corporais, colunas de centrifugação, tubos de coleta, soluções tampão, RNA carreador, com fulcro na Lei n. 13.979/20 (Lei do Covid-19).

Considerando a Nota Técnica nº 205/2020-COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (SEI - 0016845396), item 2, que trata da solicitação de propostas junto aos fornecedores.

Considerando a Nota Técnica nº 205/2020-COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (SEI - 0016845396), subitens 2.17 e 2.18:

2.17. Na conjuntura, a ordem de classificação final está disposta no quadro abaixo:

EMPRESA	QUANTITATIVO	PREÇO UNITÁRIO
THERMOFISHER	7.500.000	R\$ 13,32
ACTMED	15.000.000	R\$ 25,95
BIOSTOCK	3.000.000	R\$ 49,00
HMD	3.000.000	R\$ 49,00

2.18. Diante da negativa da ACTMED (2ª colocada) as empresas Biostock (3ª colocada) e HMD (4ª colocada) também foram consultadas sobre a possibilidade de chegar ao preço

da primeira, contudo, informaram ser inviável alcançar o preço sugerido (R\$ 13,32).

2.4. Considerando a Nota Técnica nº 205/2020-COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (SEI - 0016845396), item 4, subitem 4.5:

4. Conclusão

4.5. Dessa forma, entende-se razoável prosseguir com a aquisição apenas junto a empresa ThermoFisher Scientific, Inc, representada pela Life Technologies Brasil Comércio e Indústria de produtos para Biotecnologia Ltda, de 7.500.000 conjuntos para análise, extração de RNA viral de fluidos corporais, colunas de centrifugação, tubos de coleta, soluções tampão, RNA carreador ao preço unitário de R\$ 13,32 (treze reais e trinta e dois centavos), que resultará no valor global de R\$ 99.900.000,00 (noventa e nove milhões e novecentos mil reais).

Considerando que durante a instrução processual a empresa que teve seu prosseguimento autorizado, conforme registrado na Nota Técnica nº 205/2020-COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (SEI - 0016845396), apresentou uma proposta de 10.000.000 (SEI - 0016845497), o qual teve sua aprovação conforme documento (SEI – 0016845500).

Considerando que oriundo da instrução processual registrada no SIN-PROCESSO 30.345, celebrou-se o contrato nº 250/2020 (0016226935), com um quantitativo de 10.000.000 unidades, com o preço unitário de R\$ 13,32 (treze reais e trinta e dois centavos), totalizando R\$ 133.200.000,00 (cento e trinta e três milhões e duzentos mil reais).

Considerando que na proposta da empresa vencedora do certame foi informado que os itens 6.2.7.1. “b”, 6.2.7.2, 6.3.10, 6.3.11 e 6.3.12 não faziam parte do escopo da proposta.

Considerando que mesmo com a negativa da empresa vencedora do certame em fornecer os itens 6.2.7.1. “b”, 6.2.7.2, 6.3.10, 6.3.11 e 6.3.12, o processo seguiu seu rito normal, tendo inclusive passado pelo crivo da consultoria jurídica deste Ministério.

Com o objetivo de exaurir as questões processuais ora examinadas, a CGLAB/SVS realizou pesquisa de preço para os itens que a empresa vencedora não se dispôs em fornecer (Tabela 2).

Tabela 2. Pesquisa de preço dos itens que a empresa vencedora não se dispôs a fornecer.

Item do Projeto Básico	Descrição do Item	Valor Unit. em R\$	Valor total em R\$ (correspondente com quantidade total do contrato)	Cotação Fornecedor
6.3.10	Criotubo	R\$ 0,22	R\$ 2.200.000,00	CHEMPEX (CT 62/2020 - SEI 0013884709)
6.3.10	Pipeta tipo pasteur	R\$ 0,24	R\$ 2.400.000,00	Alfalab (cotação direta)
6.3.11	*Cartuchos/tonner para impressão dos resultados dos testes - média de valor por impressão	R\$ 0,14	R\$ 1.4000.000,00	Hp Laser (pesquisa site da empresa)
6.3.12	Desenvolvimento e disponibilização de arquivo e/ou driver que permita o interfaceamento e compatibilização dos resultados dos equipamentos em comodato com o GAL	R\$ 2.910,00	R\$ 93.120,00	Matrix (cotação direta)
		VALOR TOTAL	R\$ 5.310.101,20	

Em que pese a empresa vencedora não tenha fornecido os itens descritos na tabela 2, os quais totalizam R\$ 5.310.101,20 (cinco milhões e trezentos e dez mil e cento e um reais e vinte centavos), ainda que tal valor fosse acrescido ao contrato nº 250/2020 (0016226935) teríamos o valor final de R\$ 138.510.101,20 (cento e trinta e oito milhões e quinhentos e dez mil e cento e um reais e vinte centavos).

Como podemos depreender, resta claramente demonstrada a observância dos princípios da economicidade e vantajosidade do contrato nº 250/202 (0016226935) em comparação ao valor proposto da segunda colocada. Ajustando-se a proposta contratada de 10.000.000 de unidades, tem-se que o valor do contrato hipotético com a segunda colocada seria de R\$ 259.500.000,00 (duzentos e cinquenta e nove milhões e quinhentos mil reais).

Diante das informações supra, tem-se que o contrato nº 250/2020 apresenta uma economicidade de R\$ 126.300.000,00 (cento e vinte e seis milhões e trezentos mil reais) para a administração pública.

Assim sendo, partindo do princípio que mesmo dentro da forma de contratação pública (dispensa de licitação), constata-se que prevaleceu o critério do menor preço, preservando-se o almejado interesse público.

- Capacidade de processamento:

A capacidade instalada da Rede Nacional de Laboratórios de Saúde Pública para processamento de amostras da COVID-19, anterior à instalação da extração automatizada, era de 33.120 exames por dia (1.083.600 exames/mês).

A instalação inicial dos 10 equipamentos e o envio dos 336.000 testes de extração de RNA proporcionou a ampliação na capacidade de processamento da ordem de 15.000 exames dia (450.000 exames/mês). Atualmente, a Rede possui capacidade de processar 51.120 exames por dia (1.533.600 exames/mês), o que representa um aumento de 41,52% de capacidade no processamento de dados pela rede.

Os quantitativos de testes referidos na tabela 3, abaixo, foram levantados nos Laboratórios antes e depois de receberem os equipamentos de extração.

Mediante a celebração do contrato nº 250/2020 (0016226935), demonstra-se que os serviços que receberam os equipamentos tiveram um ganho expressivo na capacidade de processamento de amostras. Em estados como o de Goiás, observa-se um ganho de 600 % na capacidade de processamento de amostras. Ademais, mediante a entrega dos equipamentos para os 10 LACEN, observa-se que houve um acréscimo global de 171,42 % na capacidade total de processamento (Tabela 3).

Tabela 3. Comparação da capacidade de processamento do período antes e pós aquisição dos equipamentos.

LACEN/UF	Capacidade de processamento antes da instalação dos equipamentos	Capacidade de processamento após a instalação dos equipamentos	Aumento da capacidade de processamento (%)
GO	250/dia	1.750/dia	600
PI	300/dia	1.800/dia	500
MS	500/dia	2.000/dia	300
TO	800/dia	2.300/dia	187,5
PB	1.000/dia	2.500/dia	150
SE	2.400/dia	3.900/dia	62,5
RS	400/dia	1.900/dia	375
DF	2.000/dia	3.500/dia	75
MG	400/dia	1.900/dia	375
MT	700/dia	2.200/dia	214,28
TOTAL	8.750/dia	23.750/dia	171,42

- Medida Provisória:

Importante salientar que os créditos orçamentários para o enfrentamento da pandemia de COVID 19 foram efetuados por meio de Medidas Provisórias (MP) com vigência de 60 dias, prorrogáveis por igual período, resultando em validade máxima de 120 dias.

A **Medida Provisória nº 967** destinada, em parte, para a aquisição de insumos para diagnóstico de COVID-19 foi publicada em 15 de maio de 2020 e teve sua vigência expirada em 15 de setembro de 2020. Logo, tendo em vista que o prazo de referida MP encontra-se expirado, não há, portanto, s.m.j., previsão de recursos outros destinados para esta ação.

Além do mais, cumpre informar que os 24 milhões de testes RT-qPCR adquiridos pelo Ministério da Saúde foram embasados para a implementação do Programa Diagnosticar para Cuidar. Esta ação foi fundamentada na oferta de diagnóstico laboratorial, por meio da realização do teste molecular RT-qPCR que detecta o RNA do vírus SARS-CoV-2, causador da COVID-19 e visa identificar pessoas infectadas pelo vírus, a fim de isolá-las rapidamente, diminuindo assim o contágio, e monitorar a condição médica e sintomas. Com a aquisição de 15.000.000 de extração oriundas do Contrato 250/2020 será ainda necessário a compra de mais 9.000.000 de kits de extração para que possamos cumprir com os 24 milhões de testes.

- Considerações finais:

Por todo o exposto, verifica-se que nenhuma das alternativas apresentadas pelo DLOG atende aos legítimos interesses do Ministério da Saúde, especialmente considerando o atual quadro de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2 (Covid-19), e a ausência de vício insanável capaz de ensejar a anulação total ou parcial da contratação em apreço, as quais poderiam comprometer os programas de saúde e políticas públicas e até mesmo a estratégia de enfrentamento já adotada pelo Ministério da Saúde.

objeto almejado pelo Ministério da Saúde, o fez em completo descompasso às regras estabelecidas no Projeto Básico (princípio da vinculação ao instrumento convocatório), com eventuais modificações no Projeto Básico sem a devida republicação e realização de novo chamamento público, o que nos leva a crer que foram violados os princípios da publicidade, da isonomia, da impessoalidade e do julgamento objetivo, sem mencionar a violação ao princípio da legalidade, visto que, os agentes da Administração Pública devem atuar sempre conforme a lei.

3.2 Dos normativos aplicáveis. Regra geral de nulidades.

28. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece expressamente no seu artigo 41, que *"a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada"*.

29. Já nos artigos 44 e 45, a Lei nº 8.666, de 1993 estabelece os procedimentos relativos à forma de processamento e julgamento das propostas:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º **É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.**

§ 2º Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também às propostas que incluam mão-de-obra estrangeira ou importações de qualquer natureza. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

§ 3º No caso da licitação do tipo "menor preço", entre os licitantes considerados qualificados a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos, prevalecendo, no caso de empate, exclusivamente o critério previsto no parágrafo anterior. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no [art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991](#), levando em conta os fatores especificados em seu [parágrafo 2º](#) e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço", permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

§ 5º É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo.

§ 6º Na hipótese prevista no art. 23, § 7º, serão selecionadas tantas propostas quantas necessárias até que se atinja a quantidade demandada na licitação. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

30. A corte máxima de Contas, inclusive, define que, se as regras já estavam definidas, não poderá o gestor posteriormente criar uma situação nova, à ingrata surpresa dos licitantes, vejamos.

“Ao administrador público não é permitido decidir com base em premissas obscuras ou desconhecidas, principalmente quando sua decisão afeta terceiros. Uma vez definidas as regras, em especial no caso de licitação, não pode o gestor criar situação nova, que possibilite a alteração das condições oferecidas por licitante, e alheia aos termos do edital.” (TC 13662/2001-1- Relator Ubiratan Aguiar).

31. Sobre o tema o TCU possui o seguinte entendimento:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada (art. 41 da Lei nº 8.666/1993).

No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (art. 44 da Lei nº 8.666/1993).

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (art. 45 da Lei nº 8.666/1993)

(TCU 00863420091, Relator: VALMIR CAMPELO, Data de Julgamento: 07/10/2009)

32. Mais ainda, ressume da Nota Técnica nº 205/2020-COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (0016845396), que a área técnica, após uma primeira emissão de juízo de valor acerca das propostas encaminhadas pelas empresas interessadas no fornecimento, entendeu por habilitar 07 (sete) empresas (CMW, TERMOFISHER, QIAGEN, ACTMED, BIOSTOCK, HMD e BLAU, nessa ordem de classificação), inclusive a empresa CMW, até então classificada em primeiro lugar, cujos preços ofertados serviram de parâmetro para a obtenção do valor a ser praticado no Contrato nº 250/2020, no patamar de R\$ 13,32 (treze reais e trinta e dois centavos).

33. Ocorre que, após a classificação das empresas acima referidas, a área técnica, por duas vezes, solicitou a restituição dos autos para a revisão de seus pareceres, culminando, no primeiro momento, com a desclassificação da empresa CMW, classificada em primeiro lugar e, repita-se, cujos preços foram os menores apresentados dentre todas as propostas e utilizados para fins de negociação com as demais classificadas, a fim de se obter o quantitativo integral almejado pelo Ministério da Saúde, vez que se propiciou a cotação parcial.

34. Em um segundo momento, após a emissão de novo parecer que desclassificou a empresa CMW, a área técnica, novamente solicita a restituição dos autos para emissão de outra manifestação, com a finalidade de proceder a revisão de sua validação inicial, oportunidade em que mais uma vez promove a desclassificação de outras duas empresas, no caso a QIAGEN (inicialmente classificada e terceiro lugar e reclassificada em segundo lugar após a segunda manifestação da CGLAB), e a empresa BLAU (classificada em último lugar).

35. Importante ressaltar que, segundo consta no quadro inserto no item 2.8 da Nota Técnica nº 205/2020-COLOMER/CGIES/DLOG/SE/MS, e com base na afirmação contida no item 2.11, uma vez que as empresas TERMOFISHER e QIAGEN, após consultadas, acenaram acerca da possibilidade de fornecer o produto ao preço da melhor colocada (R\$ 13.32), seria possível ao Ministério da Saúde a contratação da integralidade do objeto (15.000.000 de conjuntos), pelo menor preço obtido, não fossem as sucessivas intervenções da CGLAB, procedendo a desclassificação de empresas que, em princípio, julgou habilitadas para a realização do fornecimento.

36. Nesse ponto, mister observar que, em que pesem as divergências observadas em relação ao objeto contemplado no Projeto Básico, conforme explicitado linhas acima, certo é que, ao se manifestar positivamente quanto à classificação inicial das empresas CMW e QIAGEN, o Ministério da Saúde poderia ter celebrado três Contratos Administrativos com as empresas CMW (6.000.000 de conjuntos), TERMOFISHER (7.500.000 de conjuntos) e QIAGEN (1.500.000 de conjuntos), respectivamente, *s.m.j.*, poderia ter induzido a autoridade responsável em erro e, quiçá, a celebração de contratação desvantajosa ou mesmo indesejável para a Administração, em razão dos "problemas" tardiamente identificados com essas empresas, considerando que a CGLAB procedeu por duas vezes a revisão de sua manifestação inicial.

37. Por outro lado, uma vez que as manifestações da CGLAB que culminaram com a desclassificação da primeira e terceira colocadas não constam na instrução processual até aqui produzida, embora este consultivo não detenha competência técnica para tanto, não se pode afirmar se as justificativas apresentadas por aquela área técnica são suficientes e condizentes com os princípios básicos que devem nortear a conduta administrativa, consoante exposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, anteriormente mencionados.

38. Importante observar que no Despacho DLOG/SE/MS (0016778374), é afirmado expressamente que a DINTEG já havia apontado no seu mapeamento de riscos, em momento prévio à contratação, *"o fato de a empresa Termo Fisher ter apresentado proposta em desacordo para com o instrumento convocatório"*, o que aparentemente não foi suficiente para que a área técnica se acautelasse e revisse suas decisões, contrárias ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e demais princípios que informam o Direito Administrativo.

39. Desse modo, em face das considerações acima traçadas, em um primeiro momento, é possível a verificação da existência de vícios no procedimento realizado para a contratação em tela, que eventualmente deveriam culminar com a anulação do Contrato Administrativo nº 250/2020.

40. Nesse sentido, o art. 49 da Lei nº 8.666, de 1993, prevê expressamente a hipótese de nulidade do procedimento licitatório por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, previsão essa também aplicável aos atos do procedimento de dispensa de licitação. Já o art. 59 da mesma lei prevê as consequências da declaração de nulidade do contrato administrativo. Em ambos os casos fica ressalvado o dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a declaração de nulidade, bem assim como de outros prejuízos comprovados, desde que não lhe sejam imputáveis, devendo-se promover a responsabilização de quem lhe deu causa. Senão vejamos:

Art. 49. **A autoridade competente para a aprovação do procedimento** somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.**

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º **O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexistência de licitação.**

[...]

Art. 59. **A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.**

Parágrafo único. **A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.**

41. Diferentemente do afirmado pela CGLAB no Parecer Técnico nº 24/2020-CGLAB/DAEVS/SVS/MS, acima transcrito, pouco importa se ocorreu, ou não, a intempestividade da impugnação por parte da empresa **ACTMED**. Isso porque, em sendo verificada a existência de vício não suprimível no procedimento licitatório, a Administração Pública teria o dever de anulá-lo. Nesse sentido os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

Quando houver vício não suprimível, o silêncio do particular é irrelevante e não provoca o suprimento do vício. A omissão do interessado pode impedi-lo de valer-se da via recursal (art. 41, § 2º) mas não exclui seu direito de obter tutela jurisdicional acerca da matéria (mantém-se seu interesse de agir). O defeito permanecerá existente. A Administração Pública, tomando conhecimento (mesmo informalmente) dele, terá o dever de reconhecê-lo e de desfazer o ato.

Qualquer cidadão, no exercício do seu direito de petição, pode levar formalmente ao conhecimento da Administração Pública a existência da nulidade. Não se admite que a Administração recuse-se a cassar o ato sob o fundamento de que o particular não seria parte na licitação e não estaria legitimado a questionar o defeito. Quanto a isso, aplica-se a tutela ao direito de petição. Ademais, todo o cidadão está legitimado a promover ação popular quando o ato administrativo for viciado. Logo, todo cidadão tem interesse jurídico para, independentemente da ação popular, questionar o assunto na via administrativa.

Depois, o próprio art. 49 alude à provocação "de terceiros" - não exige que se trate de licitantes. Nem poderia ser diversamente. Se a Administração tem o dever de pronunciar o vício independentemente de provocação, não poderia se escudar na qualidade do agente provocador para se recusar a tanto.

A manutenção do ato dependerá do reconhecimento de sua validade ou da possibilidade de suprimento do defeito. **Não cabe à Administração investigar a qualidade ou as motivações particulares do sujeito denunciante. Deve verificar a procedência da denúncia.** Se o particular, movido por interesses egoísticos ou mesquinhos, traz a público acusação de irregularidade de ato administrativo, a menos valia de seus motivos não desqualifica a acusação. Poderá, mesmo, punir-se o sujeito que atuou abusivamente, ao proferir acusações infundadas. Mas, antes de tudo, há o dever de verificar a improcedência da acusação. O pior malfeitor tem o direito de obter investigação acerca de sua acusação de vícios de atos administrativos.

Jurisprudência do STJ

"1. A Administração Pública constatando vícios de qualquer natureza em procedimento licitatório tem o dever de anulá-lo, em homenagem aos princípios da legalidade da moralidade e da impessoalidade" (REsp nº 686.220/RSm 1ª T., rel. Min., José Delgado, j. em 17.02.2005, DJ de 04.04.2005)

(Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos / Marçal Justen Filho. - 13. ed. - São Paulo: Dialética, 2009. p. 651)

42. **Como visto, é irrelevante a tempestividade, ou não, da impugnação apresentada, haja vista que, em se verificando a existência de ato viciado, é dever da Administração Pública agir, inclusive, de ofício, para a sua verificação e, se for o caso, promoção da nulidade do referido ato, observando as consequências previstas no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666, de 1993, tanto no que diz respeito ao pagamento do que houver sido executado até a data da declaração de nulidade, bem assim como outros prejuízos comprovadamente experimentados pelo particular, desde que não lhe sejam imputáveis, além, é claro, da abertura de procedimento administrativo para apuração e responsabilização de quem lhe deu causa.**

43. De outro norte, certo é que toda atividade administrativa se submete ao princípio da legalidade, o consectário lógico é que os atos eivados de ilegalidade devem, como regra geral, ser convalidados ou, quando as circunstâncias não permitirem a regularização, invalidados. Mesmo nessas hipóteses, a invalidação não é automática. Há que se avaliar a situação dos administrados atingidos e a possibilidade de estabilização dos atos administrativos viciados.

3.3 Da estabilização dos efeitos de ato eivado de nulidade.

44. Em conformidade com a doutrina mais abalizada, a invalidação do ato ou contrato administrativo deverá ser orientada pelo "princípio do prejuízo", vale dizer, aplica-se o princípio da proporcionalidade para a identificação da solução menos onerosa para os interesses fundamentais. Na ausência de verificação de prejuízo a esses interesses, não deve ocorrer a invalidação do ato. Portanto, as exceções dever subsumir-se aos ditames da proporcionalidade, (i) necessidade, (ii) adequação, e (iii) proporcionalidade em sentido estrito, conceitos extraídos da integralidade da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB, com a redação incluída pela Lei nº 13.655, de 2018, expressos de forma categórica no parágrafo único do artigo 20:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos **sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.** (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. **A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.** (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

45. Nesse sentir, a Administração Pública possui o dever de respeitar os efeitos que tenham atingido "terceiros de boa-fé", mesmo depois da invalidação do ato ou contrato administrativo ilegal. Tal obrigação é expressa pelo art. 21 da LINDB, ao prever que:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. **A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.** (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

46. A construção doutrinária acerca do princípio da segurança jurídica comumente remete a dois espectros de interpretação. Sob o ponto de vista objetivo, o princípio remete aos limites da retroatividade dos atos administrativos, ou seja, à valorização de situações fáticas já consolidadas, inclusive aquelas referentes a atos legislativos. O viés objetivo da segurança jurídica ecoa nos institutos da prescrição, da decadência, do direito adquirido, todos "expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito". Já sob o aspecto subjetivo, a segurança jurídica remete à ideia de boa-fé, de proteção à confiança legítima, sobretudo dos administrados que interagem com a Administração Pública. Na sua acepção originária, o princípio "prende-se predominantemente à questão da preservação dos atos inválidos, mesmo nulos de pleno direito, por ilegais ou inconstitucionais, ou pelo menos, dos efeitos desses atos, indiscutível a boa-fé".^[1]

47. Em razão disso, mesmo em caso de constatação de vício no processo licitatório, a nulidade do contrato não é medida automática. Hão de ser sopesadas as circunstâncias fáticas, em prol da manutenção do interesse público.

48. Neste sentido, esta Consultoria Jurídica já pronunciou-se sobre o tema, conforme o PARECER n. 00149/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, de lavra do Advogado da União Paulo Eduardo Feitosa Brito, conforme segue:

ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS

Embora, conforme explanado nos tópicos pretéritos, haja nulidade no procedimento adotado, se depreende da Nota Técnica inserida nos autos que, conforme posicionamento da Coordenação-Geral de Assistência Farmacêutica e Medicamentos Estratégicos, aparentemente **foi oportuno o recebimento de parte do objeto da doação ofertada.** Observe-se:

Nota Técnica 39 (0013403791)

(...) Nesse contexto, insta esclarecer, que à época da avaliação do pleito, esta CGAFME levou em consideração o estoque atual, o consumo médio mensal e cobertura na rede SUS do Fosfato de Oseltamivir 45mg e, por este motivo, aceitou somente 37,80% do montante total ofertado, a saber, 300.000 cápsulas do medicamento, conforme manifestação em anexo (0011742361).

À época, foi realizada também consulta ao portal da ANVISA (<https://consultas.anvisa.gov.br/#/medicamentos/250000278509907/?substancia=24671>), onde verificou-se que o registro do medicamento encontra-se ativo sob o número 101000555 desde o dia 21/01/2000 e válido até 01/2025. Dessa forma, não houve impeditivo técnico no que concerne ao recebimento pelo Ministério da Saúde e distribuição do medicamento, considerando as exigências da ANVISA.

(...)

Avalia-se neste momento, que a doação foi oportuna, haja vista que no último dia 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) decretou emergência sanitária global por causa do novo coronavírus, e que as autoridades sanitárias sinalizam que este medicamento vem sendo testado em alguns países, como uma das possibilidades de tratamento. Assim, caso a doença chegue ao país, estima-se que poderá haver aumento no consumo deste medicamento na rede pública.

(Grifo nosso)

É preciso averiguar, portanto, se a decretação de nulidade do(s) ato(s) (procedimento), com efeitos retroativos (*ex tunc*) não é, neste momento, mais prejudicial à coletividade, ao interesse público.

Sabe-se que, em determinadas situações, é necessário utilizar a técnica da ponderação entre princípios jurídicos de modo a garantir o interesse público primário, que é o interesse da coletividade^[2].

Luís Roberto Barroso *apud* Pedro Lenza^[3] ensina:

princípios: a previsão dos relatos se dá de maneira mais abstrata, sem se determinar a conduta correta, já que cada caso concreto deverá ser analisado para que o intérprete dê o exato **peso** entre os eventuais princípios em **choque** (colisão). Assim, a aplicação dos princípios "não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato". Destaca-se, assim, a técnica da **ponderação** e do **balanceamento**, sendo, portanto, os princípios **valorativos** ou **finalísticos**.

(Grifos originais)

De fato, quando se trata de princípio, destaca-se a técnica da ponderação e do balanceamento, devendo ser analisado o caso concreto para que o intérprete dê o exato peso entre os eventuais princípios em colisão.

De acordo com Matheus Carvalho^[4] "*nenhum dos princípios inerentes à atuação administrativa deve ser considerado de forma absoluta, inclusive o princípio da legalidade, que deve admitir ponderação para garantia dos demais princípios e da busca pelo interesse da sociedade, amplamente considerada e dos cidadãos, analisados individualmente*".

Sendo assim, o autor entende que, em algumas situações, devem ser mantidos todos os efeitos produzidos por ato, **ainda que seja ato que sofra de nulidade insanável**, sendo que, em outros casos, para o jurista, **o próprio ato deve ser mantido no ordenamento jurídico a despeito de sua ilegalidade, como forma de proteção ao cidadão e a outros princípios constitucionais aplicáveis ao caso**. Vejamos:

(...) primordialmente, ficou definido que toda atuação estatal que não corresponda a um tipo legal previamente definido é ilícita e, como tal, deve ser extirpada do ordenamento jurídico, pelo instituto da anulação.

Ocorre que, em determinadas situações, a retirada do ato, com efeitos retroativos, enseja prejuízos aos cidadãos que, atuando de boa fé, se valeram das disposições ali apresentadas, as quais gozavam, inclusive de presunção de legitimidade. Dessa forma, em algumas situações, devem ser mantidos todos os efeitos produzidos pelo ato, ainda que seja ato que sofra de nulidade insanável, sendo que, em outros casos, o próprio ato deve ser mantido no ordenamento jurídico a despeito de sua ilegalidade, como forma de proteção ao cidadão e a outros princípios constitucionais aplicáveis ao caso.

(...)

Assim, no instituto da estabilização dos efeitos, não há convalidação do ato administrativo, ou seja a conduta do poder público não passa a ser válida, não havendo conserto dos seus vícios. Ao contrário, ele continua com os vícios que levariam à sua invalidação, mas, por outras questões, tais como o Princípio da Segurança Jurídica e da proteção à boa-fé, ele permanece aplicável no ordenamento jurídico e seus efeitos estabilizam-se.

Importa destacar aqui que o ato, mesmo que viciado, já estava a produzir seus efeitos naturalmente, em decorrência do atributo de presunção de legitimidade que está presente na atuação estatal. O que ocorre com a estabilização é que tais efeitos passam a ser vistos como se decorrentes de ato legal fossem, isto é, não mais há espaço para questionamentos de até quando seriam eficazes e se uma possível invalidação os retiraria com eficácia retroativa ou não do mundo jurídico.

(...)

Por fim, é importante que se entenda que a figura da Estabilização dos efeitos dos Atos Administrativos não se confunde com a Teoria do fato Consumado, que garante de forma automática a manutenção do ato pelo simples fato de a situação concreta já se ter realizado, não sendo possível o retorno ao *status quo ante*. **Na estabilização, é preciso que a retirada do ato comprometa outros princípios da ordem jurídica, causando prejuízos sérios que justifiquem a manutenção da situação.**

A jurisprudência dos tribunais superiores assim como a doutrina majoritária não admitem a aplicação, como regra, da teoria do fato consumado, para manter atos administrativos viciados, sob pena de violação do princípio da legalidade, salvo diante de situações que justifiquem a manutenção do ato para proteção da segurança jurídica. Nesses casos, não se trata de manutenção em virtude da consumação da situação fática, mas sim em razão da estabilização dos efeitos do ato.

(...)

Por todo o exposto, o instituto da estabilização dos efeitos visa a garantir a manutenção de efeitos de atos viciados, ainda que tenham sido de vício insanável, como forma de garantia dos princípios da segurança jurídica e da boa fé dos particulares beneficiados pelo ato. A estabilização pode se dar pelo decurso de tempo ou mediante a ocorrência de benefícios que ensejem legítima expectativa do particular que não deve ser frustrada pela aplicação fria do princípio da legalidade.

Nestes casos, a legalidade é mitigada, para que se faça a ponderação com outros princípios inerentes à formação do Estado de Direito e da cidadania.

(Grifos nossos)

Destaca-se que, para o autor, na estabilização, **é preciso que a retirada do ato comprometa outros princípios da ordem jurídica, causando prejuízos sérios que justifiquem a manutenção da situação.**

Entende-se imprescindível, desse modo, que o setor competente, caso pretenda a estabilização dos efeitos dos atos praticados, ateste, se for o caso, de forma fundamentada, que de fato a retirada dos atos causará maiores prejuízos à coletividade.

49. Como visto acima, na aplicação do princípio da proporcionalidade deverão ser verificados os elementos básicos que o compõem, quais sejam, a necessidade, a adequação, e a proporcionalidade em sentido estrito. Em artigo bastante esclarecedor, o Analista de Controle-Externo do Tribunal de Contas da União Carlos Maurício Lociks de Araújo, descreve esses elementos de forma bastante didática:

*"A pertinência ou aptidão (Geeingnetheif), segundo Ulrich Zimmerli, deve pronunciar se determinada medida representa 'o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público'. Tal é a manifestação da adequação, da conformidade ou da validade do fim. Muitos autores, a exemplo de Gilmar Mendes e Paulo Bonavides, aludem a esse **princípio como sendo o de adequação**.*

*A **necessidade** (Erforderlichkeit), segundo elemento, elucida que a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, mostrando que uma medida, para ser admissível, deve ser necessária. Xavier Philippe mostra que, pela necessidade, não se questiona a escolha operada, mas o meio empregado, devendo este ser dosado para chegar ao fim pretendido.*

*Finalmente, como terceiro subprincípio, tem-se a **proporcionalidade stricto sensu**. Esta assinala que a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo, defrontando-se o aplicador de tal princípio, simultaneamente, com uma obrigação e uma interdição. Esta se refere ao uso de meios desproporcionados, e aquela à necessidade do uso de meios adequados. a inconstitucionalidade é excessiva, injustificável, não cabendo na fôrma da proporcionalidade.*

(grifamos)

(ARAÚJO, Carlos Maurício Lociks de. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e seu campo de aplicação nos julgados do TCU. Revista do TCU nº 102. pags. 19 a 28.)

50. Segundo o autor, ao citar Celso Antônio Bandeira de Melo, afirma que a razoabilidade do ato administrativo discricionário reside na obediência de critérios racionalmente aceitáveis segundo o senso comum, ou seja, conforme a razão do chamado homem médio. Tal critério busca invalidar condutas "desarrazoadas, bizarras, incoerente ou praticadas com desconsideração às situações que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência" e sensatez, bem como disposição de acatar as finalidades da lei que ampara o ato praticado. Desse modo, a lei que atribui poder discricionário a um administrador público repudia os atos desarrazoados. Ou seja, a legitimidade e a validade do ato administrativo encontram limites numa proporção razoável entre a sua extensão e intensidade, de um lado, e a finalidade pública a que se destina, de outro.

51. Importa ressaltar que parte da doutrina se opõe à aplicabilidade do princípio de proporcionalidade, argumentando que ao se relativizar a aplicação das normas de direitos fundamentais, estar-se-ia pondo em risco os princípios da segurança jurídica e da igualdade, ou mesmo que o emprego desse princípio representaria sempre uma decisão, que leva em conta a vontade que quem a toma, sendo impossível pleitear reconhecimento geral.

52. **De todo modo, apesar das críticas de vários autores, certo é que a aplicação comedida e justificada do princípio da proporcionalidade permite ao intérprete recusar a aplicação da lei, e portanto, a invalidade de determinado ato administrativo, quando isso se mostre irrazoável. De modo contrário, sua aplicação desmedida pode levar à morte a legalidade e a segurança jurídica, contudo, se utilizado com parcimônia e razoabilidade, pode atender às finalidades administrativas e ao interesse público almejado.**

53. Nesse sentido, relativamente ao sopesamento de princípios^[5] em eventual desfazimento do ato inválido, salutar trazer à colação o magistério do professor Marçal Justen Filho:

Pode identificar-se a tendência à submissão da temática da invalidade ao princípio da proporcionalidade, o que propicia mudanças significativas.

Numa visão tradicional, a nulidade do ato administrativo seria um vício insanável e imprescritível, cujo reconhecimento se imporia de modo compulsório à Administração. A evolução da doutrina e da jurisprudência foi despertando a consciência da impossibilidade de consagração de soluções assim radicais. Alguns pensadores apontaram peculiaridades diferenciais e marcantes naquilo que se poderia denominar de *universo da ilicitude dos atos administrativos*. Identificou-se que a invalidação do ato administrativo produz sério golpe no princípio da segurança jurídica, inclusive em vista de situações fáticas consumadas. O desfazimento do ato administrativo pode importar efeitos maléficos muito mais graves e indesejáveis do que a manutenção de uma situação consolidada (ainda que originada de ato defeituoso).

A questão se submete, então, à incidência do princípio da proporcionalidade. Cabe apurar se a pronúncia do vício é a solução mais adequada para recompor a ordem jurídica violada. A asserção propicia grandes riscos de mal entendidos, que devem ser esclarecidos.

Em primeiro lugar, a alusão a "mais adequada" não pode ser interpretada no sentido da instituição de margem de autonomia não sujeita a controle ou fiscalização. A ponderação de interesses retrata a ausência de solução vinculada. Teria de reconhecer-se, então, que a pronúncia do vício envolveria uma avaliação impregnada por uma certa flexibilidade. Seria impossível afirmar que toda e qualquer hipótese de vício do ato administrativo acarretaria o desfazimento e invalidação dos efeitos produzidos no mundo dos fatos. Essa seria a regra, mas a comportar exceção. **Em caráter excepcional, não seria pronunciável o defeito quando a invalidação produzisse efeitos maléficos mais graves que a manutenção em vigência do ato defeituoso.** Portanto, não se

defende a existência de uma discricionariedade em sentido amplo. **Há uma alternativa que se configura como regra geral e uma exceção, fundada na avaliação dos efeitos danosos derivados.**

Em segundo lugar, essa ponderação reflete a existência de um Estado Democrático de Direito. Não se admite a recusa da pronúncia do vício fundada na concepção totalitária de que "o interesse privado tem de ceder passo ao interesse público". Se o ato administrativo defeituoso lesou o interesse privado, não admite que tal lseja ignorado. É inconstitucional afirmar, por exemplo, que a pronúncia do vício acarretará o dever de indenização e que, como isso onerará os cofres públicos, melhor é deixar as coisas como estão. Não é essa a tese defendida - a qual, aliás, configura-se como incompatível com a ordem jurídico-política vigente. O que se afirma é a possibilidade de soluções alternativas menos lesivas aos interesses lesados. Assim, pode-se admitir a manutenção da vigência do ato defeituoso, desde que o eventual lesado seja devidamente indenizado. Os defeitos formais podem ser sanados, se nenhuma lesão a interesse público se verificou. A contratação defeituosa pode ser mantida, impondo-se ao particular que atuou de má-fé uma sanção (econômica, mesmo) destinada a recompor a órbita patrimonial estatal.

Trata-se, enfim, de propugnar pela adoção de equivalentes jurídicos à invalidação, os quais se traduzirão na escolha da solução menos lesiva aos interesse (públicos e privados) que mereçam tutela.

(grifos nossos)

(Justen Filho, Marçal. Op. cit. p. 652.)

54. Importante ressaltar que o Tribunal de Contas da União vem adotando a aplicabilidade desses princípios, com o intuito de acolher determinado ato (em princípio ilegal) como "regular", autorizando a permanência de uma ação administrativa que não encontrava expresso amparo legal, em relação à pronúncia do próprio vício identificado, que poderia ser a solução menos indicada para a recomposição da ordem jurídica violada e, em última análise, a evitar-se a lesão do interesse público buscado pela administração.

55. Exemplo disso é a própria Decisão nº 215/1999 - Plenário, já mencionada por este consultivo em manifestações pretéritas, a qual assentou expressamente que os limites para alterações contratuais fixados peremptoriamente nos parágrafos 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993 poderiam ser ultrapassados, sob condições excepcionais, descritas na decisão, desde que em consonância com os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

56. No caso, o Tribunal admitiu que os limites fixados nos parágrafos 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993 não deveriam ser aplicados quando, sob circunstâncias especiais, seu acolhimento se mostre desarrazoado ou desproporcional. Entre as condições exigidas para validar a exceção ali autorizada, o Tribunal fixou a necessidade de demonstrar-se "na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais (...) **que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência**". Essa decisão demonstra inequivocamente que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade somente devem ser invocados quando envolvidas hipóteses ou circunstâncias que firam o senso comum de justiça.

57. No mesmo sentido, pode-se citar recente julgado da primeira câmara daquele tribunal (noticiado no informativo de jurisprudência do TCU), cuja ementa é a seguinte:

Acórdão 13748/2018 Primeira Câmara (Pedido de Reexame, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) Licitação. Nulidade. Convalidação. Proposta. Desclassificação. Interesse público. Prejuízo. **O risco de prejuízos para a Administração decorrentes de eventual paralisação do certame pode justificar a convalidação de atos irregulares, a exemplo de ilícita desclassificação de proposta de licitante, de forma a preservar o interesse público, pois a atuação do Poder Público não pode ocasionar um dano maior do que aquele que objetiva combater com a medida administrativa.**

(grifos nossos)

58. O Conselho Nacional de Justiça, em procedimento de controle administrativo, já decidiu da seguinte forma:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. CONCURSO PÚBLICO PARA JUIZ SUBSTITUTO. ALTERAÇÃO DA BANCA EXAMINADORA. IMPEDIMENTO. RESOLUÇÃO CNJ Nº 75/2009. MEMBRO QUE LECIONOU EM CURSO PREPARATÓRIO HÁ MENOS DE TRÊS ANOS. COLISÃO DE PRINCÍPIOS. LEGALIDADE ESTRITA VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA, SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E ECONOMIA PARA O ERÁRIO. AUSÊNCIA DE DIREITOS ABSOLUTOS. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUEBRA DA ISONOMIA. MÁ-FÉ. NÃO OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DE NULIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZOS. ALTERAÇÃO DA COMPOSIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA. CONVALIDAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS. TEORIA DA ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ENTENDIMENTO A OUTROS CASOS.1. As causas de impedimento e suspeição constantes da Resolução CNJ nº 75/2009 não são insindicaíveis ou encerram presunção iuris et de iuris, uma vez que podem ser infirmadas pela circunstâncias que permeiam a situação concreta.2. Embora seja incontroverso que a banca examinadora do 55º Concurso Público para Juiz Substituto do Estado de Goiás foi composta por membro que incorreu em hipótese de impedimento elencada pela Resolução CNJ nº 75/2009, as singularidades do caso afastam o reconhecimento de nulidade.3. O examinador, dois anos e três meses antes de integrar a banca, lecionou em curso preparatório por menos de um mês e tal fato, por si só, não demanda a anulação dos atos por ele praticados, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal abraça o princípio pas de nullité sans grief, de

forma que, não sendo demonstrados prejuízos, deve-se manter o ato.4. A ponderação de princípios reclama a observância do interesse público, segurança jurídica e economia para o erário, pois o concurso em comento está em curso há mais de um ano e seis meses e o requerente, embora ciente da alteração da banca examinadora desde fevereiro de 2013, somente após a realização da fase discursiva suscitou o impedimento do examinador.5. A aplicação das normas insertas na Resolução CNJ nº 75/2009 não pode ocorrer de modo automático e desvincilhada da realidade dos fatos. No presente procedimento, restou demonstrado que a participação do examinador não foi maculada por má-fé ou implicou em quebra da isonomia do certame.6. É descabido paralisar o certame no qual foram gastos recursos públicos e determinar o refazimento de atos diante de uma presunção que não se confirmou na prática, sob pena de tornar a Resolução CNJ nº 75/2009 um fim em si mesmo.6. Diante da notícia de que o examinador fora substituído, deve-se convalidar dos atos praticados, aplicando-se a teoria da estabilização dos efeitos do ato administrativo, cujo objetivo consiste na conservação do ato viciado para acautelamento de outros princípios constitucionais, in casu, a satisfação do interesse público e economia para o erário, principalmente.7. As particularidades da situação ora examinada tornam insuscetível a extensão da solução a outros questionamentos relativos aos impedimentos definidos pela Resolução CNJ nº 75/2009, os quais deverão ser analisados de per si.8. Pedido julgado improcedente.(CNJ - PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0004362-21.2013.2.00.0000 - Rel. Gisela Gondin Ramos - 179ª Sessão Ordinária - julgado em 12/11/2013).

59. Percebe-se, então, que ao Administrador é permitida (diante das circunstâncias do caso concreto) estabilizar os efeitos de ato eivado de nulidade, considerando para tanto as consequências da declaração da nulidade de tal ato.

60. Reitero que tal estabilização não torna o ato válido, mas o mantém como forma de garantir o atingimento de alguma finalidade pública primordial. Desta forma, cabe ao gestor competente, fundado em razões de interesse público, analisar a situação e decidir acerca da providência mais adequada.

61. Entende-se imprescindível, desse modo, que o setor competente, caso pretenda a estabilização dos efeitos dos atos praticados, ateste, se for o caso, de forma fundamentada, que de fato a retirada dos atos causará maiores prejuízos à coletividade. Sendo assim, caso entenda-se por estabilizar os efeitos de tais atos, deve-se apresentar justificativa idônea que demonstre que a invalidação de tal ato seria mais gravoso para a Administração Pública e para a coletividade, do que a manutenção de ato eivado de vício.

62. **Ressalto, também, que a estabilização de tais efeitos não impede (e nem poderia) a instauração de procedimento cabível para apurar se houve falta funcional e/ou falha na realização da atividade administrativa, que deverá ser realizada.**

63. Portanto, constatando-se que houveram vícios nos atos praticados, deve ser apurada a responsabilidade dos agentes participantes.

4. CONCLUSÃO

64. Diante de todo o exposto, tendo em vista a questão do ponto de vista jurídico, responde-se à consulta formulada nos termos do parecer supra, constatando-se que esta Consultoria Jurídica não tem condições técnicas de auferir se houve a prática de ato eivado de nulidade, isso porque os atos potencialmente nulos praticados relacionam-se com questões técnicas. Apesar disto, de forma aparente e nos termos da BPC n. 7, aparentemente houve vício no julgamento das habilitações das interessadas na contratação direta em questão e na contratação de empresa em desacordo com o Projeto Básico.

65. Além disto, há vulnerabilidade jurídica e exposição a futuras demandas judiciais tanto em caso de manutenção, quanto em caso de anulação do contrato administrativo celebrado, tendo em vista que em ambos os casos há atingimento do patrimônio jurídico de particulares, que podem acionar a justiça.

66. Ressalto, também, que qualquer que seja a decisão tomada pela Administração Pública, deve-se instruir os autos e fundamentar a tomada de decisão, de forma que seja fácil constatar que a decisão tomada foi a mais adequada para tutelar os interesses públicos, observadas as recomendações deste Parecer Jurídico.

À consideração superior.

Brasília, 28 de setembro de 2020.

RAFAEL CARRAZZONI MANSUR

Advogado da União

Coordenador-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres

CGLICI/CONJUR-MS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000120375202078 e da chave de acesso b086c2b5

1. [^] <https://mnadvocacia.com.br/consequencias-da-anulacao-dos-atos-e-contratos-administrativos-sob-a-perspectiva-da-lindb>. disponível em <<https://mnadvocacia.com.br/consequencias-da-anulacao-dos-atos-e-contratos-administrativos-sob-a-perspectiva-da-lindb>> Acesso em 25.09.2020.
2. [^] Rafael Carvalho Rezende Oliveira leciona que o interesse público primário "relaciona-se com a necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar) por meio do desempenho de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica)". Curso de Direito Administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - 6.ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.
3. [^] Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. - 22. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado). Pág. 166.
4. [^] Manual de direito administrativo / Matheus Carvalho - 5. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2018.
5. [^] Sopesar princípios significa estabelecer o "peso concreto" (a relevância específica) de um princípio em relação a outro que lhe seja conflitante, levando em consideração o "peso abstrato" de cada um deles, bem como as restrições a serem concretamente impostas a cada um deles, em caso de realização do outro.

Documento assinado eletronicamente por RAFAEL CARRAZZONI MANSUR, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 503868626 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL CARRAZZONI MANSUR. Data e Hora: 28-09-2020 17:20. Número de Série: 69078594150646269433788375683. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
