

TC/014886/2024

Objeto: Representação em face do Edital do Pregão Eletrônico 90527/2024/SMS, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de materiais de opme - sistema de placa e parafuso para região volar de radio distal, com entrega em consignação e comodato de instrumentais e equipamentos, para atendimento de cirurgias na especialidade de ortopedia.

Interessado(s): Secretaria Municipal da Saúde (*), Ana Cristina Nascimento Santos

Relator: Ricardo Torres

Competência: PLENO

SENHORA ASSESSORA JURÍDICA SUBCHEFE

Trata-se de Representação proposta por *Ana Cristina Nascimento Santos*, com pedido de concessão de medida cautelar de suspensão do Pregão Eletrônico nº 90527/2024/SMS (Processo nº 6110.2024/0005046-7), que tem por objeto a “instituição de um registro de preços para o fornecimento de materiais de OPME - Sistema de Placa e Parafuso para Região Volar de Rádio Distal, com entrega em consignação e comodato de instrumentais e equipamentos, para atendimento de cirurgias na especialidade de ortopedia” (**Peça 1-2**). O processo licitatório foi deflagrado pelo Município de São Paulo, por intermédio da Secretária Municipal de Saúde.

A Representante sustenta que o “Item 5” do lote licitado (“lâminas para serra oscilante”) deve ser fornecido sob o regime de comodato, conforme Subitem 4.4. do Item 4 do Termo de Referência, razão pela qual deve ser excluído da lista de itens a serem adquiridos. Além disto, aponta que o edital não apresenta as características/especificações desse Item licitado, o que inviabiliza o conhecimento adequado do objeto da licitação e a formulação das propostas. As distorções apresentadas, segundo aponta, podem ainda gerar interpretações divergentes durante a execução contratual. Diante disso, requer a suspensão do processo licitatório até final decisão, em razão do risco de lesão ao patrimônio público, bem como a procedência da Representação, para que o edital seja retificado ou anulado, corrigindo-se as ilegalidades detectadas (**Peça 1**).

A Unidade Técnica de Protocolo e Autuação informa que, em pesquisa realizada nos sistemas Visões e e-TCM, não localizou processo que guarda relação com o assunto objeto da presente Representação – (**Peça 4**).

O Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator, em análise perfunctória, decidiu pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada pela Representante, dada a ausência de preenchimento de seus requisitos autorizadores, e pela determinação da intimação da Pasta Responsável e demais interessados sobre a r. Decisão proferida, conforme se infere do trecho abaixo transcrito (**Peça 5**):

[...]

O pedido de concessão de medida cautelar não merece prosperar.

De início, cumpre ressaltar que a suspensão de certame conduzido pela Administração é medida gravosa, justificável apenas caso evidenciados sérios indícios de grave violação aos princípios de ordem pública que regem o processo licitatório, o que não se verifica no caso em tela.

Em análise perfunctória, não é possível vislumbrar ilegalidade em realizar Pregão Eletrônico para registrar preços de materiais ortopédicos com entrega em consignação e comodato – sobretudo no caso de a análise do edital levar em conta o quanto previsto para a utilização dos materiais e o pagamento.

Dessa forma, ausentes os elementos autorizadores da concessão de medida acautelatória, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, é de rigor o indeferimento do pedido.

Diante do exposto, INDEFIRO o pedido de medida cautelar.

PUBLIQUE-SE.

Após publicação, oficie-se a Origem e demais interessados acerca da decisão proferida, nos termos regimentais, no prazo de 05 (cinco) dias úteis.”

O Secretário Municipal de Saúde, Senhor Luiz Carlos Zamarco, e a Representante, Senhora Ana Cristina Nascimento Santos, foram regularmente oficiados/intimados da r. Decisão e para o oferecimento de manifestação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis (**Peça 6-10 e 11**). A Representante e a Pasta responsável apresentaram tempestivamente as suas manifestações (**Peças 12 e 14, respectivamente**).

Na sequência, e por determinação do Nobre Relator, os autos foram encaminhados para manifestação da D. Auditoria (**Peças 15-16**), a qual, após detida análise técnica, apresentou o seu “Relatório Preliminar de Representação”, acompanhado dos “documentos de suporte” (**Peças 17-20**), no qual concluiu pela improcedência da Representação, nos seguintes termos:

“[...]”

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, consideramos a Representação improcedente, conforme subitens 2.1 e 2.2 deste Relatório. ” (**Peça 20**)

Em razão das conclusões apresentadas pela D. Auditoria, e por determinação do Nobre Senhor Conselheiro Relator (**Peça 21**), a Secretaria Municipal de Saúde, na pessoa de seu Secretário Municipal, foi novamente oficiada para conhecimento do “Relatório Preliminar de Representação” (**Peça 20**) e apresentação de sua manifestação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, conforme previsto no artigo 3º, § 2º, combinado com o artigo 2º, § 1º, ambos da Resolução nº 18/19 (**Peças 22-23 e 24**). A Pasta Responsável deixou transcorrer o prazo *in albis*.

O Nobre Conselheiro Relator determinou a tramitação conjunta deste processo com o TC nº 14885/2024¹, que guarda relação com objeto da presente Representação (**Peças 26-27**).

Neste momento, por determinação do Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator, os autos foram encaminhados a esta Assessoria Jurídica – AJ para conhecimento e manifestação (**Peça 29**).

É o breve Relatório. **Passo a opinar.**

I. Análise jurídica

¹ O TC nº 14.885/2024 cuida de Representação, oferecida por André Santana Navarro, em do Pregão Eletrônico nº 90527/2024/SMS (Processo nº 6110.2024/0005046-7), que tem por objeto a “instituição de um registro de preços para o fornecimento de materiais de OPME - Sistema de placa e parafuso para região volar de rádio distal, com entrega em consignação e comodato de instrumentais e equipamentos, para atendimento de cirurgias na especialidade de ortopedia.”

a) Admissibilidade

A Unidade Técnica de Protocolo e Autuação certifica à **Peça 3**, que, por força das disposições constantes na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, os documentos pessoais da Representante indicados em sua Inicial (Carteira Nacional de Habilitação - CNH e Certidão de Quitação Eleitoral) não foram anexados aos autos, mas que poderão ser consultados no Protocolo Eletrônico em caso de necessidade.

Assim sendo, preliminarmente e sob o aspecto formal, a presente Representação preenche os requisitos legais e normativos para seu regular conhecimento (**Peças 1-2**), ficando, desde logo, assentada sua admissibilidade, nos termos do artigo 170, § 4º, da Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos)² e artigos 54 e 55 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas (RITCMSP)³.

b) Mérito

A Representante relata a presença de duas irregularidades no Edital de Licitação impugnado. A primeira delas relacionada a uma eventual contradição entre as disposições editalícias. Segundo expõe, a Administração objetiva adquirir um lote contendo 5 (cinco) itens, dentre os quais se encontra a Item “lâmina para serra oscilante” (Item 5 do lote licitado). A seu ver, entretanto, este produto deverá ser fornecido sob o regime de comodato pela futura contratada, nos termos

² **Art. 170.** [...] **§ 4º.** Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação desta Lei.

³ **Art. 54.** Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para formular representação ou denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal. **Art. 55.** A representação ou denúncia sobre matérias de competência do Tribunal deverá preencher os seguintes requisitos: I - ser formalizada por petição escrita ou ser reduzida a termo; II - referir-se a órgão, administrador ou responsável sujeito à jurisdição do Tribunal; III - estar acompanhada de documentos que constituam prova ou indícios relativos ao fato denunciado ou à existência de ilegalidade ou irregularidade; IV - conter o nome legível e a assinatura do representante ou denunciante, sua qualificação e endereço. § 1º - Em se tratando de representação ou denúncia formulada por cidadão, é indispensável a prova de cidadania, mediante a juntada à inicial de cópia do título de eleitor ou documento que a ele corresponda. § 2º - Quando formulada por partido político, associação ou sindicato, a inicial deverá ser acompanhada de prova da existência legal da entidade.

estabelecidos pelos Subitens 4.1.⁴ e 4.4⁵. do Item 4 do Termo de Referência, o que impõe a sua exclusão da lista de itens a serem adquiridos. Além disto, a Representante alega que o edital não contempla as características/especificações deste item, o que impede o conhecimento do objeto da licitação e a adequada a formulação das propostas, e que as distorções apresentadas podem ainda gerar interpretações divergentes durante a execução contratual (**Peças 1**).

Em petição subsequente, juntada aos autos após tomar ciência da r. Decisão proferida pelo Nobre Conselheiro Relator sobre a seu pleito de concessão de medida cautelar, a Representante informa que a Administração licitante julgou improcedente a impugnação administrativa que opôs em face deste edital, a qual continha os mesmos argumentos expostos nesta Representação, sem qualquer explicação plausível. Reiterou, ao final, os seus pedidos iniciais (**Peça 12**).

A D. Auditoria, em sua manifestação técnica (**Peça 20**), realiza uma análise do Item 4 do Termo de Referência, que aborda os “requisitos específicos equipamentos/materiais em comodato” para o lote licitado, assim como da modelagem contratual adotada para a contratação (aquisição + comodato), fundamentando-se em estudos do Tribunal de Contas da União. Além disso, examina a “definição técnica dos equipamentos disponibilizados em comodato”, a partir das disposições contidas o Subitem 4.2⁶ do Item 4 deste documento técnico. Após o exame detalhado, a Especializada conclui pela improcedência da Representação, nos seguintes termos:

“[...]”

De fato, a irrisignação da Representante reside, embora haja certa obscuridade na redação (no primeiro parágrafo transcrito acima no item de “Argumentos da Representante”, por exemplo, o material deve ser fornecido sem custos para a SMS e não para as licitantes como

⁴ “**4.1** A detentora deverá fornecer em regime de comodato todos instrumentais e equipamentos necessários durante o procedimento cirúrgico para a devida implantação dos implantes, como motores cirúrgicos, Serra, Perfuradores pneumáticos, à bateria ou elétrico e suas respectivas serras e brocas;”

⁵ “**4.4** Os equipamentos e instrumentais deverão ser disponibilizados sem ônus para a utilização durante os procedimentos por toda vigência da ATA de RP.”

⁶ “**4.2** Todos os implantes e instrumentais devem ser compatíveis entre si, para a correta implantação e não prejudicar o bom andamento da cirurgia e a recuperação do paciente.”

aparece escrito), no fato de ser necessário disponibilizar em comodato instrumentais e equipamentos que precisam ser adquiridos onerosamente no mercado.

[...]

Nota-se que a demonstração de irregularidade no arranjo ora discutido, passa por uma análise mercadológica, contábil e técnica, algo bastante complexo e que não se aproxima da formulação feita na petição, que se resume ao fato da existência de interpretação errônea da Representante em relação ao ônus do comodato (que é da Contratada).

[...]

Outro ponto seria relativo a uma eventual falta de definição técnica dos equipamentos disponibilizados em comodato.

[...]

Nota-se que, ao contrário do Acórdão transcrito, nenhuma análise técnica ou operacional sobre incompatibilidade dos itens discutidos é trazida pela Representante, de modo que não há elementos para evidenciar uma possível deficiência técnica na redação do Edital, tanto no nível operacional/comercial quanto no médico/hospitalar.

Neste sentido, a Auditoria opina pela improcedência da Representação nesse ponto.”

Sob o enfoque jurídico e restringindo-me aos pontos suscitados pela Representante, considero relevante consignar que a falta de clareza das cláusulas editalícias pode causar insegurança jurídica e comprometer a lisura do certame. As divergências surgem quando duas ou mais disposições do edital ou de seus anexos se contradizem ou estabelecem obrigações e condições incoerentes entre si, prejudicando a interpretação e a aplicação das regras previstas.

No presente caso, entretanto, a suposta divergência apontada no edital já foi objeto de impugnação administrativa, conforme informado pela própria Representante (**Peça 12**). Em resposta, a Pasta Responsável destacou a necessidade administrativa da “aquisição” das lâminas como materiais de consumo, considerando que também serão utilizadas em “para diversos procedimentos médicos e laboratoriais, dentre os quais exames diagnósticos, biópsias e outros testes”.

Para melhor elucidação, reproduzo abaixo o trecho da resposta à impugnação, conforme transcrito pela Representante em sua petição (**Peça 12**):

“ [...]

As lâminas são materiais de consumo descartáveis utilizados em diversos procedimentos médicos e laboratoriais, incluindo exames diagnósticos, biópsias e outros testes essenciais. O uso contínuo e adequado destes materiais é fundamental para assegurar a precisão e a segurança dos procedimentos realizados, protegendo tanto os pacientes quanto os profissionais de saúde.

A aquisição de lâminas em quantidade adequada e regular é uma prática comum e necessária em instituições de saúde pública e privada. Esses materiais são utilizados em procedimentos que não podem ser adiados ou realizados de maneira improvisada, sob risco de comprometer a saúde e a segurança dos pacientes.

Reiteramos a necessidade do fornecimento de lâminas como materiais de consumo descartáveis, indispensáveis para a continuidade e eficiência dos serviços prestados pela Secretaria Municipal de Saúde.

Diante disto, não vamos acatar a IMPUGNAÇÃO (Recurso Administrativo), apresentada pela representação Ana Cristina Nascimento Santos, sendo assim daremos continuidade em todas as exigências que constam no Edital.” (g.n.)

O Item 4 do Termo de Referência, também objeto do presente exame jurídico, prevê requisitos específicos para equipamentos e materiais em comodato destinados a procedimentos cirúrgicos. O seu subitem 4.2, conforme bem salientado pela Especializada, estabelece que os implantes e instrumentais devem ser “compatíveis entre si”, o que revela a necessidade de compatibilidade operacional dos produtos a serem oferecidos em comodato pela futura Contratado.

A Pasta Responsável justifica, em sua resposta administrativa, a necessidade de aquisição das lâminas como material de consumo. Há, ainda, e como visto, exigência editalícia de compatibilidade operacional para os produtos em comodato, conforme disposto no Termo de Referência. Por outro lado, a Representante não apresenta, de forma robusta, provas que comprovem as incoerências

técnicas ou operacionais no edital, tampouco demonstra restrição à competição ou violação da isonomia decorrentes, de modo a infirmar a conclusão alcançada.

Diante dos elementos apresentados, e considerando que a suposta divergência no edital foi devidamente analisada e respondida de forma satisfatória no âmbito da impugnação administrativa, concluo que, no presente momento, não há fundamento para reconhecer qualquer irregularidade que comprometa a lisura do processo licitatório.

Assim, à luz das razões expostas, entendo que a Representação deve ser julgada improcedente.

II. Conclusão

Ante o exposto, considerando as informações prestadas Unidade Técnica de Protocolo e Autuação certificadas na **Peça 3**, e com a devido respeito ao posicionamento da Especializada (Subitem 2.1 do Item 2 do Relatório Preliminar de Representação), opino, s.m.j, pelo *conhecimento da presente Representação*, visto que foram atendidos os requisitos de admissibilidade.

No mérito, à luz das razões jurídicas anteriormente expostas, manifesto-me, s.m.j, pela *improcedência da Representação* oferecida por *Ana Cristina Nascimento Santos*, sem prejuízo das considerações e eventuais recomendações que o Nobre Conselheiro Relator entender pertinentes.

É o que submeto ao crivo de Vossa Senhoria.

São Paulo, 30 de setembro de 2024.

Ana Cristina Fecuri
Assessor de Gabinete I
OAB/SP 125.181

ACF/