TC nº 72-001.550.11-54

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. AHM. Aquisição de material hospitalar. Litispendência. Art. 301 e parágrafos, CPC. NÃO CONHECIDA. Votação por maioria.

Relatório e Voto englobado TC: 72.001.121.11-78.

TC citado: 72.002.895.07-85

Legislação citada: arts. 30, IV e 41, § 2º, Lei 8.666/93, Lei 6.360/76

2.626ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 09.04.2013.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com o TC 72.001.121.11-78, e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.618ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão votaram os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, YARA TACCONI – Revisora, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES, consoante notas taquigráficas – referentes à 2.618ª S.O. – anteriormente insertas nos autos, e ROBERTO BRAGUIM, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em não conhecer da representação formulada pela empresa Flymed Representação Comercial Ltda., com fundamento no artigo 301 e seus parágrafos do Código de Processo Civil, pela litispendência decorrente.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e YARA TACCONI – Revisora, que conheceram da representação interposta, por cumpridos os requisitos de admissibilidade e, no mérito, julgou-a improcedente.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a remessa de ofício à representante e à representada, em cumprimento ao que dispõe o artigo 58 do Regimento Interno deste Tribunal.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, YARA TACCONI – Revisora e ROBERTO BRAGUIM.

Presente à sessão, nesta data, o Conselheiro DOMINGOS DISSEI, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi proferido pela Conselheira YARA TACCONI – Revisora, na 2.618ª S.O.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de agosto de 2012.

EDSON SIMÕES - Presidente, com voto.

EURÍPEDES SALES - Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Em julgamento as Representações interpostas por Flymed Representação Comercial Ltda., em 20/04/2011 e em 25/05/2011, autuadas, respectivamente sob os nºs 1.121.11-78 e 1.550.11-54.

Em ambas as Representações, a empresa insurge-se contra exigências constantes do Edital de Pregão Eletrônico nº 78/2011, com data de abertura inicialmente prevista para 25/04/2011, que teve por objeto a aquisição de material hospitalar (campo cirúrgico descartável, aventais descartáveis e outros) para uso das unidades da Autarquia Hospitalar Municipal.

Nos autos do TC 1.121.11-78, o representante insurgiu-se contra as seguintes disposições do Edital:

(1) previsão indistinta de prazo de até 5 dias úteis anteriormente à data da sessão pública para qualquer interessada impugnar o Edital, sem que constasse a previsão disposta no art. 41, parágrafo segundo, da Lei Federal nº 8.666/93 de que o prazo para o licitante impugnar tal ato é de 2 dias úteis anteriores à sessão pública;

(2) incoerência na gramatura dos aventais a serem adquiridos, pois segundo o representante quanto maior o avental menor era a exigência de sua gramatura, além de as medidas serem limitadas, acarretando a impossibilidade de competição por outros fabricantes;

(3) obrigatoriedade de apresentação de Certificado de Boas Práticas de fabricação/linha de produção/produto, expedido pela ANVISA, pois

a exigência atentaria contra os princípios da Administração Pública, conforme já decidido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no processo 30.291/026/03, pela Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo no processo 001.001.000.776/2005 e pelo Poder Judiciário no processo nº 053.03.026320-0.

Ao final requereu liminarmente a suspensão do certame, o que foi acolhido, em observância ao Acórdão proferido por esta Egrégia Corte de Contas nos autos do TC 2.895.07-85 que, embora não tenha retratado a minha compreensão sobre a matéria, prestigiava o julgamento por maioria de votos ocorrido na ocasião.

Essa decisão liminar de suspensão do certame foi referendada pelo Tribunal Pleno na 2.553ª Sessão Ordinária ocorrida em 27/04/2011.

Oficiados a Origem e o Representante, a Autarquia Hospitalar Municipal apresentou defesa, reconhecendo que faltava ao Edital a previsão assentada no art. 41, parágrafo segundo, da Lei Federal nº 8.666/93.

Quanto à gramatura dos tecidos, explicou que se presta a conferir maior proteção ao cirurgião e ao paciente e que a equipe técnica da Autarquia iria adequar o objeto do certame, alterando a gramatura mínima para os itens 01, 02 e 03 para 35g/m², bem como fazendo o mesmo para os itens 04, 05 e 16, em que pese não terem sido incluídos na representação.

Ademais, comprometeu-se a alterar os requisitos gerais referentes aos produtos para, em vez de cumular a exigência de apresentação do laudo de BFE de no mínimo 95% e laudo de referência à água/álcool de acordo com a NBR 14142, elas seriam tornadas alternativas, acrescendo ainda outro laudo como possibilidade de entrega, qual seja, o laudo de análise com desempenho satisfatório em todos os itens descritos na EM 13795-3:2006, uma vez que, embora não tenha sido objeto da presente representação, foi impugnada por outro licitante, perante a própria Autarquia.

Já em relação à obrigatoriedade de apresentação do Certificado de Boas Práticas de fabricação/linha de produção/produto, disse que é documento emitido pela ANVISA, sendo a única maneira de atestar que a empresa cumpre não só a Resolução RDC nº 59 como também outras leis.

Aduziu que na cartilha da ANVISA intitulada *'Vigilância Sanitária e Licitação Pública'* há a menção à necessidade do certificado para garantir-se o controle dos fatores de risco da saúde do consumidor, que a Instrução Normativa nº 13/2009 tornou o certificado como obrigatório para o protocolo de registro, sua alteração ou revalidação para equipamentos enquadrados nas classes de risco I e II sob o regime de vigilância sanitária e que os materiais objeto do pregão serão utilizados em procedimentos cirúrgicos com áreas cruentas abertas, que possibilitam contaminação dos médicos e demais profissionais que atuam na saúde, pugnando que seria fundamental a manutenção da exigência do certificado.

Na 2.556ª Sessão Ordinária desta Egrégia Corte, ocorrida em 04/05/2011, submeti ao colegiado a documentação enviada pela Autarquia Hospitalar Municipal, tendo o pleno decidido, por maioria, pelo votos proferidos pelos Conselheiros Eurípedes Sales, Roberto Braguim e por mim, que a exigência de apresentação do Certificado de Boas Práticas de fabricação/linha de produção/produto era válida, acolhendo o pedido de reconsideração da Autarquia Hospitalar Municipal, razão pela qual a decisão de suspensão da licitação foi revista, e comunicada à Origem, que remarcou a sessão de abertura do certame para 26/05/2011.

Em manifestação, a Auditoria entendeu que originalmente a representação era parcialmente procedente e que, tendo a Origem corrigido os apontamentos feitos pelo Representante, as infringências restariam superadas, concluindo ao final pela improcedência do instrumento.

A Assessora Subchefe da AJCE entendeu que, ainda que procedentes as razões expostas na inicial, a republicação do instrumento convocatório solucionou o conflito anteriormente existente, tornando sem objeto a representação quanto aos dois primeiros apontamentos.

Quanto ao terceiro apontamento, qual seja, a exigência do Certificado de Boas Práticas, como o Tribunal Pleno desta Casa entendeu-o cabível, a referida infringência restaria improcedente.

Observou, ainda, que a representante foi oficiada para instruir devidamente seu pedido nos termos regimentais, porém o ofício havia sido devolvido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, restando pendente o preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

Observou também que em 25/05/2011 a mesma representante ingressou com outra representação nesta Casa, autuado sob nº 1.550.11-54, insistindo na alegação de que seria ilegal a exigência do Certificado de Boas Práticas. Referido TC passou a tramitar em conjunto com o presente. Oficiada para nova manifestação, a Origem deixou transcorrer "in albis" o prazo para resposta.

A PFM requereu que novo ofício fosse expedido, o que foi denegado, uma vez que a Origem havia sido regularmente intimada na pessoa da Superintendente da Autarquia Hospitalar Municipal, oportunidade em que tomou ciência dos pareceres exarados pelas áreas técnicas desta Corte de Contas.

Em nova manifestação, a PFM pugnou que preliminarmente a representação não fosse conhecida, por instrução deficiente e que, superada a preliminar, no mérito fosse julgada prejudicada, vez que a Origem refez o Edital sanando as irregularidades.

A Secretaria Geral entendeu que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade e, no mérito, opinou pelo improvimento da representação, eis que restaram sanados os questionamentos formulados, de modo que, em consequência, a representação ficou prejudicada.

O segundo TC em julgamento, TC nº 1.550.11-54, trata de representação interposta pelo mesmo representante em face do mesmo Edital, em 25/05/2011, um dia antes da data da sessão pública do Pregão Presencial nº 78/2011.

Insurgiu-se novamente contra a exigência de apresentação do Certificado de Boas Práticas de Fabricação, entendendo-a ilegal e limitadora da competição, requerendo nova suspensão do Edital com sua correção.

A Auditoria entendeu que dada a pertinência da justificativa apresentada pela Origem nos autos do TC nº 1.121.11-78, demonstrando a necessidade específica de segurança na área de saúde e o interesse público envolvido, haveria a possibilidade de incluir no edital a exigência do referido certificado, disciplinado pela Resolução de Diretoria Colegiada nº 59/00 da agência reguladora, e que, nos autos do mesmo TC já referido, esta Corte de Contas já decidiu pelo cabimento da exigência do Certificado de Boas Práticas de Fabricação e Controle em decisão proferida na Sessão Plenária de 11/05/2011.

A AJCE opinou inicialmente pelo não conhecimento da segunda representação, em virtude da litispendência. No mérito, acompanhou a Auditoria, pugnando pela sua improcedência. Intimada, a Origem deixou transcorrer "in albis" o prazo de defesa. A PFM e a Secretaria Geral entenderam que a representação, em análise preliminar, não deveria ser conhecida em razão da litispendência, e no mérito deveria ser julgada improcedente.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Inicialmente, observo, quanto aos requisitos de admissibilidade, que, em que pese a representante não ter anexado nos autos do TC nº 1.121.11-78 a documentação comprobatória de regência, ela instruiu devidamente o TC nº 1.550.11-54, que tramita em conjunto com o presente, razão pela qual aquela documentação pode servir de suporte à superação de lacuna no presente TC.

No entanto, não obstante a representante tenha apresentado cópia do contrato social quando da segunda representação, observo que o signatário da primeira representação, qualificado como sócio proprietário na peça inicial, não mais integrava os quadros societários da empresa no momento da interposição da peça.

Por esta razão, deixo de conhecer a representação autuada no TC 1.121.11-78.

Apesar do não conhecimento da Representação, anoto que os dois primeiros itens objeto da impugnação restaram prejudicados diante da alteração promovida pela Origem.

Quanto ao terceiro item, verifico que é idêntico ao objeto da representação autuada no TC 1.550.11-54, cujos requisitos de admissibilidade foram cumpridos, razão pela qual conheço-a e passo à análise do mérito.

Insurge-se a representante contra a obrigatoriedade de apresentação de Certificado de Boas Práticas de fabricação/linha de produção/produto, expedido pela ANVISA.

Conforme declaração de voto da lavra do Excelentíssimo Conselheiro Roberto Braguim, nos autos do TC nº 2.895.07-85, trata-se de Certificado que deve ser apresentado pelo fabricante para a obtenção do registro do produto e que deve ser renovado anualmente, enquanto que o referido registro do produto tem validade de 5 (cinco) anos, o que permite que determinado fabricante possa ter registro e não o Certificado, em razão de sua não renovação, causando, com isso, transtornos ao adquirente do produto, que não disporia de plena garantia quanto à sua qualidade.

Uma vez que o objetivo do Pregão é a aquisição de produtos destinados ao tratamento da saúde da população, e proteção dos profissionais em certos procedimentos, a exigência não se revela excessiva, até porque cabe à Administração, ao zelar pela saúde das pessoas, garantir a qualidade do produto, a eficácia da aquisição, o bom desempenho dos materiais e a execução contratual satisfatória.

Ademais, a exigência de apresentação do Certificado não fere a legislação infraconstitucional que rege a matéria, posto que amparada pelo disposto no artigo 30, IV, da Lei Federal nº 8.666/93, que admite como condição de qualificação técnica a comprovação de atendimento de requisitos previstos em lei especial.

No caso, a Lei Federal nº 6.360/76, que cuida do controle sanitário de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos – entre os quais se incluem os campos cirúrgicos e aventais – exige o registro desses produtos no Ministério da Saúde, dispondo, ainda, que a norma regulamentadora desse diploma prescreverá as condições, exigências e procedimentos concernentes ao registro.

Os Decretos que regulamentam a Lei mencionada são os de nºs 79.094/77 e 3.961/01, cujo artigo 17 deste último estabelece, como condição para obtenção do registro, a comprovação do cumprimento de Boas Práticas de Fabricação e Controle, mediante a apresentação do respectivo Certificado.

Os decretos referidos são complementados pelas Resoluções de Diretoria Colegiada da ANVISA nºs 59 e 95, ambas de 2000, que também disciplinam a matéria e versam sobre a instituição e o procedimento para obtenção do referido Certificado.

Igualmente, não vislumbro, "in casu", afronta ao princípio da ampla competitividade, insculpido no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, eis que o que visa a Secretaria Municipal da Saúde é à proteção ao interesse preponderante, que é o interesse público.

Assim também considerei ao rever meu posicionamento em sede de recurso ordinário, nos autos deste mesmo TC nº 2.895.07-85, quando ponderei que se não for atribuído um efeito para a não certificação nos anos subsequentes ao registro de determinado produto, estaríamos diante da negação do certificado como requisito para esse registro, enquanto o mesmo, por sua vez, é efetivamente contemplado como exigência pela legislação de regência.

Ademais, a exigência do certificado amplia as garantias quanto às boas condições do produto, o que é de interesse público.

Em que pese essa tese não se ter logrado vencedora naquela ocasião, observo que na 2.556ª Sessão Ordinária desta Egrégia Corte, ocorrida em 04/05/2011, ao submeter ao colegiado a documentação enviada pela Autarquia Hospitalar Municipal, houve decisão liminar, por maioria, de que a exigência de apresentação do Certificado de Boas Práticas de fabricação/linha de produção/produto era válida, de modo que entendo ser a orientação atual desta Egrégia Corte.

Por todo o exposto, a representação autuada no TC 1.550.11-54 é improcedente.

Dê-se ciência à Superintendente da Autarquia Hospitalar Municipal e ao representante e, posteriormente, arquivem-se os autos **(2.618ª S.O.).**

VOTO DE DESEMPATE ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões

Cuidam os autos dos TCs 1.121/11-78 e 1.550/11-54 de 2011 de Representações formuladas pela empresa Flymed Representação Comercial Ltda., em face do edital do Pregão nº 78/2011 realizado pela Autarquia Hospitalar Municipal, tendo por objeto a aquisição de material hospitalar para uso das Unidades da Autarquia.

O Conselheiro Relator Vice-Presidente Maurício Faria não conheceu da Representação autuada no TC 1.121/11-78, haja vista que o signatário da Inicial, qualificado como sócio proprietário, não mais integrava os quadros societários da empresa no momento da interposição da peça.

Com relação à Representação autuada no TC 1.150/11-54, conheceu e julgou-a improcedente, sendo acompanhado pela Conselheira Revisora Yara Tacconi.

Divergiu o Conselheiro Eurípedes Sales que não conheceu da Representação autuada no TC 1.550/11-54, em razão de litispendência, haja vista que repete o conteúdo da Representação autuada no TC 1.121/11-78.

Quanto à Representação do TC 1.121/11-78, conheceu da mesma e, no mérito, julgou-a prejudicada uma vez que as irregularidades foram sanadas pela Origem.

Com efeito, registrou-se empate quanto à admissibilidade das Representações e, consoante disposição legal, profiro o voto de desempate.

Quanto à Representação autuada no TC 1.550/11-54 acompanho a corrente do Conselheiro Eurípedes Sales e do Conselheiro Roberto Braguim, restando, por maioria de votos, não conhecida a representação, ante a ocorrência de litispendência.

No que concerne à Representação autuada no TC 1.121/11-78 acompanho a corrente do Conselheiro Maurício Faria e da Conselheira Yara Tacconi, restando por maioria de votos, não conhecida a representação, em razão do signatário da inicial não pertencer mais aos quadros societários da empresa no momento de sua interposição.