JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-001.983.11-91

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. SMS. Registro de preços. Aquisição de tiras reativas e lancetas para determinação de glicemia capilar em pacientes insulino-dependentes (domiciliar) com cessão de equipamentos. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 23, § 1º, Lei 8.666/93 c/c Súmula nº 247 TCU.

2.683ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação, tendo em vista que foram atendidos os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal e, no mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de cópia deste julgado à Secretaria Municipal da Saúde – SMS e à representante, em cumprimento ao disposto no artigo 58 do Regimento Interno deste Tribunal.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor e ROBERTO BRAGUIM.

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES, por motivo previamente justificado.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de junho de 2013.

EDSON SIMÕES – Presidente.

MAURÍCIO FARIA – Relator.

RELATÓRIO

Cuida o presente de Representação interposta pela empresa JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA. (fls. 02 a 18, acompanhada dos documentos de fls. 19 a 82) contra o Edital do Pregão Presencial nº 372/2010 - SMS (fls. 49 a 65), que tem por objeto o registro de preços de tiras reativas (item 01) e lancetas (item 02) para determinação de glicemia capilar em pacientes insulino dependentes (domiciliar) com cessão de equipamentos.

Em linhas gerais, a Representante aborda aspectos que afirma irregularidades quanto a aplicação do critério de julgamento de menor preço global unitário, que sua proposta foi injustamente desclassificada por ter sido apresentada somente para um dos itens (tira reativa), que não existe determinação da ANVISA ou indicação dos fabricantes no sentido de efeito satisfatório quando o uso das tiras e lancetas forem da mesma marca e fabricante e que os valores registrados pela empresa vencedora são superiores ao ofertado pela Representante. Diante disso requer a revisão da decisão que desclassificou a sua proposta e declaração de nulidade dos atos posteriores, assegurando-se a participação da licitante em tratamento igualitário.

Em manifestação preliminar, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle posicionou-se pela procedência dos pontos lançados na Representação, consignando, em síntese, que não houve demonstração da inviabilidade técnica ou de perda de economia de escala, conforme exigido pelo artigo 23, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, combinado com a Súmula nº 247 do Tribunal de Contas da União, para a utilização do critério de menor preço global unitário, nem a demonstração da necessidade de ambos os materiais serem adquiridos do mesmo fabricante.

No tocante ao pedido liminar de suspensão do certame, entendi que, "Considerando a notícia carreada aos autos pela **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** acerca da firmatura do contrato com a empresa **CBS Médico Científica Comércio e Representações Ltda., descabe**, neste momento processual, **análise e pronunciamento desta Corte sobre possível suspensão, em caráter liminar, do procedimento licitatório** em apreço ... uma vez que, conforme constou no Diário Oficial da Cidade, de 08/07/2011, o contrato já foi formalizado..." (fl. 87 - grifado no original), tendo a Representante, a Origem e a Pregoeira sido devidamente cientificados desta decisão (fls. 88 a 90).

Em seus esclarecimentos (fls. 93 a 95), a Pasta da Saúde refere a utilização do critério de julgamento global para evitar riscos de descontinuidade no abastecimento e propiciar ao paciente uma melhor aferição dos resultados com a utilização de insumos compatíveis entre si; a inexistência de limitação dos licitantes, pois oito empresas participaram apresentando proposta para os dois itens; a vantajosidade e o prosseguimento regular do Pregão, que gerou a Ata de Registro de Preços nº 171/2011-SMS.G e o Contrato nº 053/2011-SMS.G, em

face da decisão do TJSP nos autos do Agravo de Instrumento nº 0127241-74.2011.8.26.0000; e que a interrupção deste contrato pode acarretar sérios riscos ao tratamento das pessoas diabéticas atendidas no Programa de Automonitoramento Glicêmico do Município, cujo universo é de, aproximadamente, 74.685 pacientes.

Ingressam, em momento posterior, perante esta Corte, detalhados Memoriais da Representante Johnson & Johnson (fls. 115 a 142).

A Auditoria, na análise acostada (fls. 146 e 147), ratifica a sua manifestação pela procedência da Representação e registra recomendação à Origem. Enviados os autos à Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE (fls. 150 a 157), esta opina pelo conhecimento e não acolhimento da mesma, "... considerando que a Administração agiu amparada em ordem judicial..." e ressaltando a existência de Mandado de Segurança pendente de julgamento, no que foi acompanhado pela Assessora Jurídica Chefe (fl. 166).

A Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM e a Secretaria Geral - SG, na esteira da AJCE, manifestam-se pelo conhecimento e pela improcedência da Irresignação.

É o relatório.

V O T O

Em preliminar, conheço da presente Representação, tendo em vista que foram atendidos os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal.

De início, mister registrar que o mote do inconformismo é o item 8.1 do Edital, o qual reza que "O critério de julgamento será o de **MENOR PREÇO GLOBAL UNITÁRIO**, observados os prazos para fornecimento, as especificações técnicas e demais condições definidas neste Edital" (fl. 61 - grifos do original), sendo que houve o indeferimento da impugnação feita pela Representante, assim como negado provimento ao Recurso posteriormente interposto (fls. 27 e 28).

O Edital contemplou a regra de julgamento conformada à Súmula nº 247 do TCU[1], a qual expressa o entendimento de que a aplicação do critério do menor preço global unitário deve ser excepcional, nos casos em que o objeto se apresentar indivisível em razão da inviabilidade técnica (hipótese incidente no caso) a fim de ampliar a competitividade entre os licitantes.

[1] "É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade."

Tal disciplina está em consonância com as próprias alegações da Origem, pois, quando optou por um único fornecedor para todos os insumos levou em consideração a garantia de fornecimento aos pacientes, em virtude de que tal procedimento propiciaria melhor gerenciamento contratual (estoque, distribuição e qualidade); o destaque de que não haverá risco de solução de continuidade no abastecimento, conforme alegado pela Comissão de Padronização de Materiais; por se tratar de automonitoramento, a compatibilidade entre os insumos possibilita ao paciente uma melhor aferição dos resultados obtidos; a apresentação de propostas para os dois itens por parte de oito do total de dez empresas participantes; o público alvo em torno de 75 mil pacientes atendidos; além da determinação do Judiciário de prosseguimento do Pregão e lavratura da referida Ata de Registro de Preços e do Contrato com vantajosidade para a Administração, uma vez que o valor adjudicado mostrou-se compatível frente à pesquisa prévia de preços realizada e à ARP.

Paralela e sucintamente, em linha de tempo, consigno acontecimentos pretéritos, mas que permitem contextualizar a situação tratada nos autos. O Edital de abertura do Pregão em apreço foi publicado no DOC de 11-01-11. Após, em 18-05-11, a empresa Injex Indústrias Cirúrgicas Ltda. impetrou o Mandado de Segurança autuado sob o nº 0017144-42.2011.8.26.0053, ocasião em que foi suspenso o Certame e deferida, em parte, a liminar. Dessa decisão, a Municipalidade interpôs o Agravo de Instrumento nº 0127241-74.2011.8.26.0000 ao qual, em 20-06-11, foi concedido efeito suspensivo para prosseguimento da Licitação (fl. 102). Em 07-07-11, a Representante Johnson & Johnson interpõe a presente Exordial com pedido liminar, entendido como descabido, eis que, em 08-07-11, já constava a publicação do respectivo contrato formalizado, consoante já mencionado no relatório. Em 19-10-11, foi proferida decisão final no citado Agravo, revogando a liminar e dando provimento ao Recurso (fls. 162 a 165). Recentemente, em 12-11-12, foi exarado decisório de improcedência do "Mandamus", tendo sido revogada a liminar e denegada a segurança[2].

Pela oportunidade e relevância, trago à colação excerto da sentença proferida no Mandado, "in verbis":

"[...] Conforme mencionado na decisão inicial, ... **somente a Administração Pública, no âmbito de seu poder discricionário, tem condições de aferir e decidir qual é o melhor critério para o atendimento de pacientes portadores de diabetes**.

"De fato, tal exigência se afigura condizente com os programas adotados pela Rede Pública de Saúde para o combate da doença, de acordo com protocolos clínicos adotados pelo SUS. E a ingerência do Poder Judiciário na escolha da técnica ou do modo de atendimento dos pacientes implicaria, na verdade, invasão de competência e ofensa ao disposto no art. 2º. da Constituição Federal.

---

[2] Informação obtida, em 22-01-13, no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, constando, como última movimentação, "09-01-13: Ofício - Cópia da Sentença em Mandado de Segurança à Autoridade Impetrada - Fazenda Pública - Acidentes do Trabalho".

"Em relação à cotação global do menor preço unitário (tira reagente em suporte plástico e lanceta descartável para punção digital), inicialmente, formei o meu convencimento acerca do caráter de ilegalidade de tal exigência, pois se tivesse sido adotado o menor preço unitário para cada item, sagrar-se-ia vencedora a proposta que tivesse o melhor preço para fornecimento de tiras reagentes e outra (ou a mesma) para lancetas, separadamente (e não a soma global da proposta).

"Contudo, reformulo meu entendimento, pois, poderia ter sido apurado um menor preço na cotação em separado dos produtos, porém, verifico que, também, **o tema diz respeito ao aspecto discricionário da Administração Pública, na busca pelo atendimento dos interesses públicos** e, assim, a interferência do Judiciário somente se justifica em caso de ilegalidade.

"Ocorre que a cotação global, como estipulada no edital, não viola os princípios que pautam a licitação, muito menos direciona o certame a um licitante específico. Pode ser mais vantajoso à Administração Pública a aquisição dos produtos (tiras e lancetas) de um só fornecedor, porque seria possível, numa hipótese, a empresa fornecedora de um dos produtos atrasar a entrega e, assim, estaria **prejudicado a prestação do serviço público voltado aos portadores de diabetes**.

"Sendo assim, merece subsistir, na íntegra, o ato impugnado" (grifei).

Assim, em consonância com o posicionamento externado pela AJCE, PFM e SG, entendo que restou justificada nos autos a regularidade da exigência editalícia impugnada, a qual se destinou, em especial, a afastar o risco de solução de continuidade na prestação do atendimento em prol do interesse público, sem que, com isso, houvesse ofensa ao ordenamento jurídico, comungando deste entendimento, inclusive, o Poder Judiciário.

Diante do exposto, **voto pelo conhecimento e, no mérito, pela improcedência** da presente Representação.

Encaminhe-se cópia do presente julgado à Origem e à Representante.

Publique-se.