TC nº 72-003.617.09-80

2º Julgado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PFM. Alegação de obscuridade da decisão. Pregão. Registro de preços de agentes anti-infecciosos de uso sistêmico em sistema fechado. SMS. CONHECIDO. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

2.719ª Sessão Ordinária

1º Julgado

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. SMS. Registro de preços. Agentes anti-infecciosos de uso sistêmico. Sistema fechado. Ilegalidade no procedimento licitatório. Pregão nulo. Mantida a suspensão dos efeitos da Ata de RP. Eventuais efeitos financeiros reconhecidos. Descumprimento do art. 3º, caput, Lei 8.666/93. CONHECIDA. PROCEDENTE. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 3º, "caput", Lei 8.666/93. Art. 4º, XVIII, Lei 10.520/02. Dec. 5.450/05. Lei Mun. 9.167/80. Arts 19, 52, II e 58, RITCMSP. Lei 9.787/99

2.614ª Sessão Ordinária

Acompanha TC 72.001.500.10-03**.**

Transito em julgado: 24/07/2014

2º JULGADO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso – embargos de declaração –, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.702ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI, tendo os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e EURÍPEDES SALES – Revisor "ad hoc" votado, respectivamente, na 2.690ª S.O e 2.693ª S.O.

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 dos embargos de declaração interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, cujos pressupostos de admissibilidade se encontram presentes, na conformidade do estabelecido pelo Regimento Interno deste Tribunal.

ACORDAM, ademais, quanto ao mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor "ad hoc" e ROBERTO BRAGUIM, com declaração de voto apresentada, 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 negar-lhes provimento, por verificar clareza e higidez do correlato "decisum", não havendo eventuais omissões, contradições ou erros no Acórdão.

Vencidos, no mérito, os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e DOMINGOS DISSEI, que lhes deram provimento para que conste, de forma ainda mais expressa e precisa no Acórdão embargado, que a declaração de nulidade do Pregão Eletrônico 216/2009 circunscreve-se apenas e tão somente aos atos licitatórios relacionados ao item 4 do certame, não colhendo os efeitos do julgado os demais itens licitados.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de dezembro de 2013.

EDSON SIMÕES
Presidente, com voto

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

RELATÓRIO

Trata o presente do exame dos Embargos de Declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal contra o v. Acórdão proferido na Sessão Ordinária de nº 2.614, realizada em 16 de maio de 2012 (fls. 392/393), e publicado no DOC de 1° de junho de 2012.

A Embargante alega a existência de obscuridade no Acórdão, a comportar esclarecimentos, pois, no seu entender, a dicção do julgado encerra dúvidas quanto aos seus efeitos e impede a sua execução.

Sustenta a embargante não haver qualquer intenção procrastinatória relativamente ao recurso interposto, pleiteando a reforma da decisão para imprimir-lhe maior clareza no que concerne à declaração de nulidade em relação ao Pregão Eletrônico n° 216/09, realizado pela Secretaria Municipal da Saúde, ao julgar procedente a Representação examinada nos autos, diante das ilegalidades constatadas no transcurso do procedimento licitatório relativamente ao item 4 do objeto licitado.

Afirmando que a Representação objetivou, tão só, a impugnação do item 4 do objeto licitado no Pregão, alegou a embargante que a decisão, ao determinar à Secretaria Municipal da Saúde que declarasse a invalidação do procedimento licitatório e do ato dele decorrente, estaria a se referir à invalidação do procedimento licitatório em relação ao todo do certame, o que configuraria julgamento "extra petita".

Requereu, assim, o conhecimento e provimento dos embargos, para o fim de que reste elucidado que os efeitos do julgado se circunscrevem somente ao item 4 do Pregão Eletrônico n° 216/09, de modo que se integre à decisão havida, aclarando o Acórdão prolatado.

Já firmado o entendimento desta Corte[1], no sentido da submissão dos Embargos de Declaração à soberana decisão deste Pleno, determinei a remessa dos autos à manifestação da Secretaria Geral deste Tribunal, por força do estabelecido no artigo 35 do Regimento Interno.

Em sua manifestação, a Secretaria Geral pronunciou-se pelo conhecimento dos presentes Embargos. Aludindo aos elementos de instrução dos autos, no que se refere ao exame da Representação, concluiu não proceder o alegado excesso no Acórdão atacado, bem como manifestou-se no sentido de restar evidente que os Embargos não tiveram o condão de constituir recurso com o escopo de alterar o julgado.

Opinou, no mérito, pelo improvimento dos Embargos, por concluir que o Acórdão não ostenta falta de clareza nos seus termos e muito menos qualquer contradição ou omissão.

Ao contrário, reitera a Secretaria Geral, todos os atos administrativos afetos ao item 4, e que redundaram na invalidação do certame licitatório – Pregão n° 216/2009 –, estavam vinculados ao item 4, com absoluto nexo de causalidade e logicidade.

[1] TCs 1.808.09-07 e 1.870.09-80.

É o que cumpria relatar.

VOTO

Conheço dos Embargos de Declaração interpostos pelo Órgão Fazendário, cujos pressupostos de admissibilidade se encontram presentes, na conformidade do estabelecido pelo Regimento Interno deste Tribunal.

No mérito, insta observar, em um primeiro momento, que, ao contrário do alegado pela recorrente, o Acórdão manteve-se adstrito ao mérito do feito nos autos examinado, delimitado pela matéria de fato e de direito aplicada ao caso específico, redundando na decisão desta Corte quanto à procedência da Representação e declaração de nulidade do procedimento licitatório correspondente ao lote 4 do objeto do Pregão n° 216/2009, bem como de nulidade da decorrente Ata de Registro de Preços 227/2009, tendo em vista a comprovação da ocorrência de ilegalidade no procedimento, caracterizada pelo ato de cerceamento de defesa da empresa Representante no decorrer da sessão pública do referido Pregão.

Consoante observado pela Secretaria Geral, em sua manifestação de fls., todos os atos administrativos realizados pela representante estavam vinculados ao item 4, bem como a ele se relacionavam a sua proposta de menor preço, o ato de sua inabilitação e os recursos administrativos que intentara a representante, concernentes à matéria "sub examine" nestes autos.

Não procede, portanto, em princípio, o alegado excesso no Acórdão.

Deveras, a proclamação da procedência da Representação fundamentou-se na demonstração da "ocorrência, no transcurso do procedimento do Pregão Eletrônico 216/2009, relativamente ao item 4 do objeto licitado, prejuízo ao contraditório e ao exercício da defesa, além de descumprimento dos princípios basilares da licitação insculpidos no "caput" do artigo 3° da Lei Federal n° 8.666/93, observância do princípio constitucional da isonomia e seleção da proposta mais vantajosa para a Administração".

À luz dos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica, e em uma sequência lógica e concatenada, o julgado determinou à Secretaria Municipal da Saúde – SMS que declarasse a invalidação do procedimento licitatório, no relacionado ao item 4, e, por decorrência do ato dele originado, promovendo nova licitação, amparada por pesquisa de preços atualizada, considerando a existência de preços menores do que os obtidos no pregão, conforme constatado no âmbito do processo TC 1.500.10-03 acompanhante.

Não obstante, à vista das alegações trazidas pelo Órgão Embargante, e para que não remanesça qualquer margem de dúvida no que tange aos efeitos do Acórdão incidirem somente em relação ao item 4 do procedimento licitatório do Pregão n° 216/2009, pondero que os presentes Embargos oportunizam

a abertura da fase processual própria ao aclaramento completo do julgado nesse específico aspecto.

Posto isto, dou provimento aos Embargos de Declaração examinados para que conste de forma ainda mais expressa e precisa no Acórdão de fls. que a declaração de nulidade do Pregão Eletrônico n° 216/2009 circunscreve-se apenas e tão somente aos atos licitatórios relacionados ao item 4 do certame, não colhendo os efeitos do julgado os demais itens licitados.

Quanto ao mais, mantém-se a decisão proferida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. **(2.690ª S.O.)**

Declaração de VOTO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim:

Por igual, também conheço dos Embargos Declaratórios, posto que presentes os requisitos de admissibilidade estatuídos no artigo 144 do Regimento Interno desta Eg. Corte.

No mérito, todavia, perfilho o entendimento do nobre Conselheiro Revisor "ad hoc" Eurípedes Sales, que negou provimento aos Aclaratórios, visto inocorrer o vício de obscuridade alegado pela Instituição Fazendária quanto à extensão do julgamento embargado, no qual ficou claro, estreme de dúvida, a declaração de nulidade do Pregão Eletrônico nº 216/2009/SMS, em face das irregularidades constatadas ao longo de seu processamento, em especial a ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, bem assim a inobservância dos cânones da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa (fls. 392/393).

Para tanto, permito-me reportar às próprias e judiciosas ponderações do voto do eminente Conselheiro Relator Maurício Faria, que escoraram e conduziram o julgamento proferido (fls. 379/391).

De resto, é pacífica a jurisprudência de nossas Cortes de Justiça de que os Embargos Declaratórios não se prestam a alterar ou modificar o julgado embargado, ou mesmo a propiciar a rediscussão de matéria já amplamente apreciada.

Por tais fundamentos, rejeito os Embargos Declaratórios deduzidos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, às fls. 396/400, acompanhando o voto do eminente Conselheiro Revisor "ad hoc" Eurípedes Sales, com o reforço do parecer da Secretaria Geral (fls. 412/415). **(2.702ª S.O.)**

VOTO de desempate proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões:

Cuidam os autos dos TC 3.617.09-80 da análise de embargos de declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal em face do Acórdão que declarou a nulidade dos atos licitatórios referentes ao item 4 do Pregão Eletrônico 216/2009 realizado pela Secretaria Municipal de Saúde, para registro de preços de agentes anti-infecciosos de uso sistêmico em sistema fechado I para uso nas Unidade da Secretaria.

Na Sessão 2.690, o Conselheiro Relator Maurício Faria conheceu dos embargos e, apesar de não vislumbrar omissão ou obscuridade no Acórdão recorrido, deu provimento aos embargos para que “conste de forma ainda mais expressa e precisa no Acórdão que a declaração de nulidade do Pregão 216/2009 circunscreve-se apenas e tão somente aos atos licitatórios relacionados ao item 4 do certame, não colhendo os efeitos do julgado os demais itens licitados.”

Na Sessão 2.693 o Conselheiro Revisor “ad hoc” Corregedor Eurípedes Sales conheceu dos embargos e negou-lhes provimento. Na Sessão 2.702, o Conselheiro Vice-Presidente Roberto Braguim acompanhou o voto do Revisor, entendendo não existir no Acórdão embargado nenhuma omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. Na mesma Sessão, o Conselheiro Domingos Dissei acompanhou o Relator.

Com efeito, registrou-se empate e, consoante disposição legal, profiro o Voto de Desempate.

Com fundamento nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, acompanho a corrente perfilhada pelos Conselheiros Roberto Braguim e Eurípedes Sales, restando assim, por maioria de votos, negado provimento aos embargos de declaração, por não vislumbrar-se nenhuma omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado.

1º JULGADO

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, uma vez que se encontram atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte, e, no mérito, em julgá-la procedente, por considerar que restou demonstrada a ocorrência, no transcurso do procedimento do Pregão Eletrônico 216/2009, relativamente ao item 4 do objeto licitado, prejuízo ao contraditório e ao exercício da defesa, além de descumprimento dos princípios basilares da licitação insculpidos no "caput" do artigo

3º da Lei Federal 8.666/93, observância do princípio constitucional da isonomia e seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em declarar nulo o Pregão Eletrônico 216/2009, diante das ilegalidades constatadas, cometidas nos atos do procedimento, bem como em manter a decisão de suspensão dos efeitos da Ata de Registro de Preços 227/2009, reconhecendo, contudo, os efeitos financeiros de eventuais ajustes dela decorrentes firmados antes da decisão.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal da Saúde – SMS, observado o disposto na legislação, que declare a invalidação do procedimento licitatório e, por decorrência, o ato dele originado, promovendo nova licitação, que deve ser amparada por pesquisa de preços atualizada, considerando a existência de preços menores do que os obtidos no pregão, conforme constatado no âmbito do processo TC 72.001.500.10-03 acompanhante.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em aplicar à Senhora Pregoeira-Presidente, identificada nos autos, em virtude das irregularidades perpetradas, a multa pecuniária no valor de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos), com fundamento nos artigos 19 e 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167, de 03 de dezembro de 1980 e no Regimento Interno desta Corte, na conformidade da Portaria SG/GAB. 01/2012, de 12 de janeiro de 2012.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão à representante e à representada, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, bem como ao Ministério Público, em atenção ao solicitado nos autos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, após os trâmites regimentais, em determinar o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros YARA TACCONI – Revisora e EURÍPEDES SALES.

Ausente o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" FÁBIO COSTA COUTO FILHO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de maio de 2012.

EDSON SIMÕES
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de examinar Representação formulada pela empresa Hospfar Indústria & Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. em face dos atos praticados no Pregão Eletrônico nº 216/2009/SMS, promovido pela Secretaria Municipal da Saúde e destinado ao registro de preços de agentes antiinfecciosos de uso sistêmico em sistema fechado.

Em seu arrazoado, a Representante alega a ocorrência de ilegalidade, por ofensa ao seu direito de defesa no curso do procedimento licitatório, informando haver proposto o **menor preço** para o medicamento licitado no item 4 do objeto do certame, tendo sido inabilitada sob o argumento de que o produto por ela ofertado se referia a sistema aberto. Aduz, ainda, que, tendo se manifestado imediatamente acerca da intenção de interpor recurso, esta prerrogativa recursal foi-lhe recusada pela Origem, sob o argumento de que, de acordo com a bula e o registro do medicamento enviados pela empresa em atendimento ao item 9.11 do edital, o produto em sua proposta se referia a medicamento em sistema aberto acompanhado de bolsa, não compatível com o sistema fechado, solicitado no Edital, concluindo, assim, ter a empresa cotado produto diverso às necessidades da SMS.

Informa a Representante que, em seguida, interpôs recurso administrativo comprovando haver ofertado o produto de acordo com o estabelecido no Edital, mas que a Pregoeira, ao adentrar o mérito do referido recurso, modificou completamente os motivos da desclassificação da sua proposta, ao afirmar que esta não teria se dado em virtude de ser ou não produto em sistema fechado, mas, sim, sob o argumento de que se tratava de medicamento em frasco e não em frasco-ampola.

Remetidos os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, esta procedeu à juntada de cópia da Ata de Registro de Preços nº 227/2009 e de documentos que demonstram a aquisição, pelo Hospital do Servidor Municipal, de 6.000 unidades do produto objeto da referida Ata, trazendo informações acerca dos atos praticados no certame licitatório. Conquanto tenha pré-opinado pela improcedência da representação, a SFC propôs fosse o assunto submetido à análise de um médico, com o propósito de avaliar se a desclassificação da Representante configurou excesso de formalismo, considerando a carta explicativa do Laboratório Merck Sharp Dhome, juntada sob fls. 87 a 92, documento que esclarece tratar-se de medicamento em frasco-ampola, conforme publicação da última Renovação de Registro de Medicamento Novo – Diário Oficial da União de 17 de agosto de 2009.

Intimada para apresentação de justificativas, inclusive no que concerne à própria demonstração de que a discussão afeta à utilização de frasco-ampola do medicamento diz respeito obrigatoriamente à definição do sistema

fechado, a Sra. Pregoeira-Presidente, em suas razões de defesa, e referindo-se aos argumentos anteriormente por ela utilizados no exame do recurso administrativo interposto pela empresa, sustentou a correção dos atos do procedimento licitatório, afirmando que a Hospfar foi inabilitada pela não comprovação, através da bula do produto apresentada, da correspondência entre o descritivo e o edital – medicamento na apresentação de frasco-ampola – e daquele efetivamente ofertado – na apresentação de frasco, acrescentando que o objeto da controvérsia, diversamente do que quer fazer a interessada, não se relaciona ao fato de sua proposta atender ou não à exigência editalícia de apresentação do produto em sistema fechado. Juntou à sua defesa cópia dos atos praticados a partir da sessão pública do Pregão Eletrônico (fls. 133/209).

A fim de possibilitar o exame quanto à relevância dos fundamentos trazidos pela Representante, em confronto com as razões apresentadas pela Sra. Pregoeira, solicitou-se a assessoria técnica do médico responsável pela Unidade Técnica de Saúde desta Corte, com o objetivo de esclarecer: a) se o sistema fechado, de utilização endovenosa, é identificado pelo próprio medicamento em si ou pela via utilizada para sua administração (bolsa); b) se a forma de apresentação do medicamento – frasco, ou frasco-ampola – tem pertinência com o aludido sistema fechado.

Em resposta, foi elucidado que: a) o sistema fechado refere-se ao sistema de infusão, ou seja, bolsa de solução parenteral e o equipo de infusão, para aplicação intravenosa, em sistema fechado; b) com relação à forma de apresentação do medicamento – frasco, ou frasco-ampola – e sua correlação com o sistema fechado, não haver qualquer pertinência, uma vez que tanto o medicamento na apresentação frasco como na forma frasco-ampola refere-se à solução que deverá ser transferida para a bolsa de diluente, do sistema fechado.

Vieram aos autos os documentos de fls. 217/223, apresentados pela Representante, consistentes em fotos impressões relativas ao produto por ela ofertado, “Tienam 500”, e ao da “ABL”, detentora da Ata, junto com a bolsa soro de sistema fechado fabricado pela empresa Halex Star, objetivando comparação visual e constatação da ausência de diferença entre eles.

À vista dos elementos constantes dos autos, determinei a imediata suspensão dos efeitos da Ata de Registro de Preços nº 227/2009, para fim de novas contratações, até decisão de mérito do presente feito (fls. 224/232).

Referendada a decisão pelo Pleno, mediante voto de desempate proferido na 2.545ª. Sessão Ordinária realizada em 23/03/2011 (fls. 258/259), foram os autos remetidos à Assessoria Jurídica de Controle Externo, que opinou pela admissibilidade da Representação e, no mérito, pela sua procedência.

A Sra. Assessora Subchefe de Controle Externo, pronunciou-se no sentido de haver restado caracterizado o prejuízo ao contraditório e ao exercício da defesa de forma plena pela empresa licitante e ora Representante, considerando: a) que a empresa foi inabilitada sob o argumento de que o produto

proposto se referia a medicamento em sistema aberto acompanhado de bolsa, não compatível com o sistema fechado, solicitado no Edital; b) que no julgamento do recurso administrativo interposto pela Representante, tendo em vista que a intenção de recorrer manifestada durante a sessão foi rejeitada pela Pregoeira, a Comissão de Licitação invocou argumento inovador para fundamentar a decisão da inabilitação da Representante, qual seja, de que a bula enviada referia-se à apresentação farmacêutica do medicamento em frasco, não comprovando a apresentação exigida no Edital, de frasco-ampola, sendo esta a razão da inabilitação da requerente no certame; c) que o recurso administrativo interposto pela empresa em face de sua inabilitação apenas cuidou de demonstrar que seu produto era compatível com o sistema fechado exigido pelo instrumento convocatório, sendo-lhe impossível defender-se da nova questão referente à apresentação do medicamento em frasco ou frasco-ampola, até porque este era um argumento que até então não existia.

Acrescentou ainda que, à vista da manifestação técnica elaborada pelo Senhor Assessor Médico Chefe da Unidade Técnica de Saúde deste Tribunal, no sentido de ser compatível com o sistema fechado tanto o medicamento fornecido na forma de frasco como na forma de frasco-ampola, tal fato descaracterizaria o argumento lançado na Ata de Realização do Pregão Eletrônico como justificativa primeira para a inabilitação da Representante, e quanto à alegação da Origem de que o produto ofertado pela Representante não estava condizente com o Edital, pode-se inferir que tal produto não só era compatível com o sistema fechado como, também, apresentava-se na forma de frasco-ampola, nos termos exigidos no Edital.

A Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu correto o ato de inabilitação na licitação da empresa Representante, por não cumprimento do Edital. Encampando os argumentos trazidos pela Origem, requer seja recebida a Representação, sendo no mérito julgada improcedente.

A Secretaria Geral opinou pelo conhecimento da Representação. No mérito, salientou que o próprio Edital previu o prazo para apresentação dos recursos em seu subitem 12.1, sendo que o ato de rejeição configurou o cerceamento ao princípio da ampla defesa. Reportando-se a dispositivos da legislação respeitante ao Pregão e ao sistema de registro de preços, bem como trazendo entendimentos da doutrina acerca desses temas, bem como do TCU, concluiu comungando do entendimento expressado pela AJCE no sentido da procedência da Representação.

Por oportuno, consigno que, à vista do ingresso nos autos da empresa Antibióticos do Brasil Ltda. (fls. 269/271), vencedora do Pregão relativamente ao item 4 e detentora da Ata de Registro de Preços nº 227/2009, cuja petição pugna pela improcedência da Representação, ao tempo que alega que a Administração Municipal estaria adquirindo o referido medicamento por preço acima do preço por ela oferecido na referida licitação, determinei a abertura de procedimento específico com o objetivo de verificar se, no âmbito da Administração do Município, eventuais contratações do referido medicamento estariam sendo,

desde a suspensão dos efeitos da ARP nº 227/2009, realizadas em patamares condizentes com os de mercado.

Nesse sentido, os trabalhos de inspeção realizados pela Auditoria constam do TC 72.001.500.10-03, acompanhante. As conclusões alcançadas pela área auditora desta Corte no aludido TC revelam a inconsistência da afirmação acima, feita pela Antibióticos do Brasil Ltda. Com efeito, concluiu a Auditoria que: a) não houve aquisições diretas do referido medicamento pela Rede Hospitalar Municipal da SMS, no período seguinte à suspensão dos efeitos da ARP nº 227/2009; b) a Autarquia Hospitalar Municipal comprou o medicamento, na fase de suspensão dos efeitos da Ata, por meio de requisição decorrente de outro procedimento licitatório (Pregão Presencial nº 055/2010), ao preço unitário de R$ 18,50/frasco-ampola, inferior ao preço constante da ARP nº 227/2009, de R$ 21,50/frasco-ampola, e em patamares condizentes com os praticados no mercado; c) outras unidades da rede hospitalar municipal não compraram o medicamento desde a data de suspensão dos efeitos da Ata e estão utilizando outro medicamento como equivalente terapêutico, de menor preço unitário, mediante utilização da ARP nº 300/2009, vigente com preço registrado no valor de R$ 13,90/frasco-ampola.

É o relatório.

V O T O

Conheço da Representação, uma vez que se encontram atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte.

Quanto ao mérito, e à vista dos elementos constantes dos autos, acompanho os pareceres exarados pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral deste Tribunal, que adoto como razões de decidir, no sentido da procedência da Representação.

De fato, restou demonstrada a ocorrência, no transcurso do procedimento do Pregão Eletrônico nº 216/2009/SMS, relativamente ao item 4 do objeto licitado, de prejuízo ao contraditório e ao exercício da defesa no procedimento licitatório, além de descumprimento dos princípios basilares da licitação insculpidos no "caput" do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93 – **observância do princípio constitucional da isonomia e seleção da proposta mais vantajosa para a Administração** -, sendo tal fato constatado em três momentos distintos relativamente aos atos do certame:

1. a inusitada rejeição, por parte da Comissão de Licitação, das razões do recurso cuja intenção de interposição foi registrada pela licitante no decorrer da realização da sessão pública do Pregão.

A Lei Federal nº 10.520, de 17 de junho de 2002, que disciplina o Pregão, dispõe, em seu artigo 4º, inciso XVIII, que *"declarado o*

vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e convenientemente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 03 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos".

Já o Decreto Federal nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, limitou-se a exigir que a manifestação da intenção de recorrer deva dar-se **em campo próprio do sistema**, sendo concedido o prazo de três dias para o licitante apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses (artigo 26).

Conforme elementos constantes dos autos, em especial os atos de registro da sessão pública do Pregão, juntados tanto pela Representante como pela Sra. Pregoeira-Presidente (fls. 55/75 e 177/196), após a fase de lances, a Representante teve sua proposta recusada às 18:09:50h do dia 16 de setembro de 2009. A decisão de classificação e de habilitação da segunda colocada deu-se às 18:53:19h do mesmo dia. A comunicação da abertura de prazo para intenção de recurso já havia sido feita às 17:11:17h, e, às 20:21:21h, foi informado que o prazo final para registro de intenção de recursos seria até as 8:00h do dia seguinte, 17/9/2009.

Às 20:23:05h ainda do dia 16 de setembro, a Representante registrou a intenção de recurso e suas razões, tendo a rejeição ao recebimento ocorrido às 11:03:51h do dia seguinte, ou seja, 17 de setembro de 2009 (docs. fls. 177/196), mesmo horário do encerramento da sessão.

Por conseguinte, os próprios registros comprovam, à toda evidência, que ocorreu ilegalidade no procedimento licitatório, por descumprimento da lei e do próprio Edital do Pregão, instrumento que, nos termos da Lei Federal nº 8.666/93, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que licita.

Anote-se que o despacho de não conhecimento do recurso administrativo e da adjudicação à empresa segunda colocada foi exarado em 1º de outubro de 2009 (fls. 104/105), tendo a Ata de Registro de Preços nº 227/2009 sido firmada em 16 de outubro de 2009 (fls. 111/112).

2. Não conhecimento do recurso administrativo sob a justificativa de não haver sido observada a forma prevista no Edital: sistema eletrônico, em formulário próprio.

Releva destacar, num primeiro momento, o aspecto da tempestividade do recurso administrativo interposto pela Representante, considerando-se o prazo previsto no Edital, ou seja, de três dias úteis, bem como a

forma de contagem de prazos estabelecida pelo artigo 110 da Lei Federal nº 8.666/93.

Com efeito, tendo o dia 16/09/2009, data do registro da intenção de recorrer, recaído em uma quarta-feira daquele ano-calendário, o recurso administrativo foi recebido na Secretaria da Saúde em 21/09/2009, segunda-feira seguinte, conforme protocolo de recebimento manualmente registrado (fls. 197).

É fato que o Edital do Pregão Eletrônico exigiu que os procedimentos para interposição de recursos, encaminhamento de memoriais e de eventuais contra-razões fossem realizados exclusivamente por sistema eletrônico e em formulário próprio.

Contudo, tratava-se de recurso tempestivo e, ao mesmo tempo, interposto por quem havia proposto o menor preço numa licitação ordenada para formação de Ata de Registro de Preços em item cujo consumo médio mensal estimado alcança a quantidade de 5.752 bolsas, o que impõe cuidado redobrado no sentido de obtenção de proposta mais vantajosa para o interesse público almejado.

Assim sendo, ao prestigiar exclusiva e simplesmente a forma, sem, inclusive, qualquer menção à acessibilidade do sistema eletrônico naquela fase do Pregão, a justificativa apresentada para o não conhecimento do recurso administrativo acabou por desconsiderar a supremacia dos princípios constitucionais da prévia e ampla defesa e do contraditório, tornando-se ilegal e arbitrário.

Conforme adverte Marçal Justen Filho na obra citada,

> "*A formalidade não se destina a constranger o exercício de garantias individuais adotadas para limitação do exercício das competências políticas e administrativas.*
>
> *Não apresenta a menor legitimidade constitucional a determinação de que o recurso deverá ser interposto através de formulários eletrônicos, cuja modelação ficaria a cargo da Administração Pública (...)*
>
> *O particular tem o dever de apresentar seu recurso por escrito. Até se pode admitir o dever de encaminhar o recurso através de recursos eletrônicos, inclusive por e-mail. Não se pode aceitar mais do que isso, sob pena de transformar-se a natureza do formalismo para prejudicar o administrado. A prevalência da tecnologia não autoriza o sacrifício da democracia"* (p. 225/226).

3. Argumento inovador, na apreciação do recurso administrativo, para justificar a razão da inabilitação da licitante.

Conforme bem sintetizado pela AJCE, a Representante, no recurso administrativo interposto em face de sua inabilitação, apenas demonstrou que seu produto era compatível com o sistema fechado exigido pelo instrumento convocatório, sendo impossível que a mesma pudesse se defender da nova questão referente à apresentação do medicamento em frasco ou em frasco-ampola, uma vez que esta questão até então inexistia.

Quanto a esse específico aspecto, aliás efetivamente relevante para melhor entendimento da questão, destaco que restou tecnicamente demonstrado nos autos o fato de ser compatível com o sistema fechado tanto o medicamento fornecido na forma de frasco, como na forma de frasco-ampola, constatação que descaracteriza o argumento lançado na Ata de Realização do Pregão Eletrônico como justificativa primeira para a inabilitação da Representante.

A manifestação técnica de fls. 214/216, do Sr. Médico Chefe da Unidade Técnica de Saúde deste Tribunal, lastreia-se nas Resoluções da ANVISA de nºs 45, de 12/03/2003, e 29, de 18/04/2007, que estabelecem, respectivamente, o "Regulamento Técnico de Boas Práticas de utilização das soluções parenterais em Serviços de Saúde" e as "Regras referentes ao registro e comercialização para a substituição do sistema infusão aberto para fechado em Soluções Parenterais de Grande Volume".

Calcadas na Resolução RDC nº 45, as conclusões da referida área técnica foram no sentido de que "o sistema fechado refere-se ao sistema de infusão, ou seja, bolsa de solução parenteral e o equipo de infusão, para aplicação intravenosa, em sistema fechado", sendo considerado "sistema fechado de infusão a condição onde durante todo o preparo e administração da solução parenteral, não há o seu contato com o ambiente", e que, "com relação à forma de apresentação do medicamento – frasco ou frasco-ampola – e o sistema fechado, não há qualquer pertinência, uma vez que tanto o medicamento na apresentação frasco ou frasco-ampola refere-se à solução que deverá ser transferida para a bolsa de diluente, do sistema fechado".

Por fim, acrescento que o Regulamento Técnico de Boas Práticas de Utilização de Soluções Parenterais em serviços de saúde, aprovado pela RDC nº 45, de 12 de março de 2003, da ANVISA, determinou sua aplicação a todos os estabelecimentos de saúde voltados à prática de utilização de soluções. Referida Resolução, em suas Disposições Transitórias, fixou, por seu turno, o prazo de sessenta meses (portanto até 12/03/2008) para a substituição do sistema de infusão aberto para o sistema fechado, o que suscita a total impropriedade e desatino, por quem quer que fosse, de propor produto dessa natureza em sistema aberto, em uma licitação que, levada a efeito em setembro de 2009, destinou-se ao registro de preço de produto em sistema fechado.

Oportuno destacar, tendo em vista a petição de fls. 368 apresentada pela empresa Antibióticos do Brasil Ltda., que em momento algum suscitou-se, nos presentes autos, dúvida quanto à adequação ao Edital do medicamento por ela ofertado no Pregão, até porque se trata, este, de medicamento

genérico nos termos da Lei Federal nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, consoante especificado na bula que a referida peticionária fez juntar às fls. 369, e que tem por referência o medicamento Tienam, conforme consta do documento de fls. 370, também por ela apresentado, ou seja, trata-se de medicamento genérico cuja referência é o medicamento ofertado no Pregão pela empresa Representante.

Aliás, parece-me que outro não poderia ser o entendimento, diante da definição estabelecida pela Lei Federal nº 9.787/99, segundo a qual medicamento genérico é o *"medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB" (Denominação Comum Brasileira) "ou, na sua ausência, pela DCI" (Denominação Comum Internacional).*

Feitas essas considerações, e à vista dos elementos constantes dos autos, julgo **procedente** a Representação sob exame e **nulo** o Pregão Eletrônico nº 216/2009/SMS, diante das ilegalidades relatadas, cometidas nos atos do procedimento. Pelas razões já expostas nos autos, **mantenho a decisão de suspensão dos efeitos da Ata de Registro de Preços nº 227/2009, reconhecendo, contudo, os efeitos financeiros de eventuais ajustes dela decorrentes firmados antes da decisão, determinando à Secretaria Municipal da Saúde,** observado o disposto na legislação, que **declare a invalidação do procedimento licitatório e, por decorrência, do ato dele decorrente, promovendo nova licitação, que deve ser amparada por pesquisa de preços atualizada,** considerando a existência de preços menores do que os obtidos no Pregão, conforme constatado no âmbito do TC 1.500.10-03, acompanhante.

Por fim, **aplico à Sra. Pregoeira-Presidente,** identificada nos autos, em virtude das irregularidades perpetradas, **multa pecuniária no valor de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos),** com fundamento na Lei Municipal nº 9.167, de 3 de dezembro de 1980, artigos 19 e 52, II, e no Regimento Interno desta Corte, e na conformidade da Portaria SG/GAB. 01/2012, de 12 de janeiro de 2012.

Dê-se ciência da decisão à Representante e à Origem, encaminhe-se ofício ao Ministério Público, com cópia da decisão, em atenção ao solicitado nos autos. Após os trâmites regimentais, arquivem-se os autos.