

VOTO

Preliminarmente, insta destacar que os pedidos de reexames interpostos por Ionas dos Anjos, Pricila Elizabete Procopiou, Pedro Alcântara Soares Morel, Wilson de Barros Cantero e Massaco Satomi atendem aos requisitos de admissibilidade previstos pelos arts. 285 e 286 do RITCU c/c o art. 48 da Lei 8.443/1992, razão por que devem ser conhecidos.

2. Por outro lado, confirmo o não conhecimento do recurso interposto por José Carlos Dorsa Vieira Pontes tendo em vista a sua intempestividade e a ausência de fatos novos, nos termos do art. 48, parágrafo único, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 285, **caput** e § 2º, e 286, parágrafo único, do RITCU.

3. Versam os autos, originalmente, sobre representação formulada pela Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Núcleo de Hospital Universitário da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (NHU/FUFMS) relacionadas aos Pregões Eletrônicos 32/2010, 48/2011, 96/2011 e 1/2012, destinados à aquisição de equipos (mangueiras descartáveis) para bomba de infusão (aparelho médico-hospitalar utilizado para infundir líquidos, com controle de fluxo e volume nas vias venosa, arterial ou esofágica).

4. As referidas licitações tiveram valores estimados em, respectivamente, R\$ 581.450,00, R\$ 532.800,00, R\$ 1.696.055,10 e R\$ 353.000,00.

5. Apurou-se, inicialmente, a existência de indícios de direcionamento em favor da empresa Laboratórios B. Braun S.A. Ao analisar o feito, a Secex/MS concluiu pela ocorrência de falhas reincidentes nos termos de referência dos pregões 32/2010, 48/2011 e 1/2012 relativas à exigência de características dos produtos que direcionariam as aquisições. Por isso, foram promovidas as audiências dos responsáveis identificados pelas irregularidades. O pregão 96/2011 também conteria cláusulas restritivas, mas, durante a tramitação do processo, os itens referentes aos equipamentos para bomba de infusão foram excluídos.

6. Após a manifestação dos gestores, a unidade técnica considerou que, dada a qualidade superior dos produtos ofertados pela empresa Laboratórios B. Braun S.A., as condutas adotadas por eles seriam justificáveis. Assim, propôs o acolhimento das justificativas apresentadas.

7. Contudo, por meio do Acórdão 5.058/2016, a 1ª Câmara deste Tribunal acordou em rejeitar as razões de justificativa apresentadas, condenando os responsáveis ao pagamento da multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

8. É contra esta decisão que se insurgem, neste momento, os recorrentes.

9. O sr. Pedro Alcântara Soares Morel, então presidente da Comissão Permanente de Licitação (CPL) da FUFMS, aduz que: (i) o Tribunal aceitou as alegações de Eric Souza e Juliana Anderson, servidores do NHU, por presumir que ambos não detinham o conhecimento técnico necessário para avaliar as características dos equipamentos e, pelo mesmo motivo, deveria ser poupado de qualquer sanção; (ii) o termo de referência e respectivas emendas foram elaboradas pelo corpo técnico do NHU, que também analisou as amostras; (iii) a anulação da licitação não teve a sua participação, pois a Comissão de Padronização do NHU fez a sugestão, a CPL acatou e a direção geral aprovou; (iv) a licitação não foi homologada e não gerou direito algum aos licitantes; (v) a ocorrência deve ser tida como mera irregularidade; (vi) não detinha conhecimento técnico para evitar o cancelamento da licitação e concluir que a anulação do certame foi artifício utilizado porque a empresa Laboratórios B. Braun S.A. não iria vencê-lo seria simples conjectura; e (vii) o desfazimento do pregão em nada aproveitou a ele e, por isso, não mereceria sofrer sanção.

10. Já os srs. Ionas dos Anjos, diretor de enfermagem do NHU/FUFMS à época; Pricila Elizabete Procopiou, membro da Comissão de Padronização e Acompanhamento de Materiais e Medicamentos do NHU/FUFMS; Wilson de Barros Cantero, então presidente da Comissão de

Padronização e Acompanhamento de Materiais e Medicamentos do NHU/FUFMS; e Massaco Satomi, servidora do NHU/FUFMS e integrante da CPL, sustentam que: (i) a especificação de material/equipamento de uso médico-hospitalar teve como objetivo a obtenção de qualidade, segurança e agilidade; (ii) deveria ser acolhida a proposta da Secex/MS, que se baseou não só na qualidade superior do equipamento da B. Braun, mas também em aspectos da realidade local, ou, ao menos, o entendimento de ocorrência apenas de falha relativa à falta de prévia justificativa técnica para exclusão de determinados modelos, sem aplicação de multa; (iii) nas informações adicionais da Secex/MS constam pareceres técnicos e um alerta da Anvisa que apontam falhas graves no equipamento da empresa Samtronic Ind. e Comércio Ltda.; (iv) não houve dolo ou má-fé, o que os eximiria de multa, conforme jurisprudência deste Tribunal; (v) o Estado tem o dever de sopesar eventual ofensa à legalidade dentro da realidade dos fatos, observando a proporcionalidade entre o bem agredido e a punição suscitada; (vi) todas as ações adotadas visaram ao bem comum, atendendo aos princípios constitucionais da Administração Pública e evitando aplicar o texto da lei em prejuízo da coletividade; e (vii) não podendo o administrador agir conforme a norma, em razão de estado de necessidade social, a reprovabilidade da sua conduta desapareceria.

11. Manifesto minha concordância com a análise empreendida pela Serur, cujos argumentos incorporo, desde já, às minhas razões de decidir.

12. As irregularidades apuradas neste feito dizem respeito ao direcionamento de pregões promovidos pelo NHU/FUFMS, entre 2010 e 2012, a um único fornecedor. O sr. Pedro Alcântara Soares Morel foi ouvido em audiência porque, na qualidade de presidente CPL da FUFMS, emitiu “*parecer no âmbito do Pregão Eletrônico 48/2011, que subsidiou a anulação do certame, sem motivação adequada que demonstrasse a ocorrência de ilegalidades que viessem a justificar a medida adotada*”.

13. Para melhor contextualização dos fatos, vale registrar que o edital que conduziu o Pregão 48/2011 foi impugnado pelas empresas Fujicom - Comércio de Materiais Hospitalares e Importação Ltda., Lifemed Industrial de Equipamentos e Artigos Médicos e Samtronic Ind. e Comércio Ltda. por conter especificações relativas ao objeto que, segundo alegavam, só poderiam ser atendidas pela empresa Laboratórios B. Braun S.A. Na ocasião, a Comissão de Padronização e Acompanhamento de Materiais e Medicamentos do NHU reconheceu parcialmente a procedência dos questionamentos e republicou o edital e o termo de referência.

14. Abertas as propostas, verificou-se que o menor preço global tinha sido apresentado pela Samtronic, mas, depois da análise de amostras, a referida empresa foi desclassificada, bem como todas as demais participantes, exceto a Laboratórios B. Braun. As empresas Samtronic e Lifemed manifestaram intenção de recorrer, que não foi aceita pela pregoeira. Após a homologação do resultado em favor da Laboratórios B. Braun, a Samtronic impetrou mandado de segurança para que seu recurso fosse admitido, obtendo liminar nesse sentido.

15. Ao apreciar o recurso da Samtronic, a Comissão de Padronização e Acompanhamento de Materiais e Medicamentos sinalizou que iria acatar o pleito. No entanto, declarou que havia uma falha nos subitens 7.7.1 e 7.7.2 do anexo IV do termo de referência que “*impediria de se fazer uma análise completa das amostras, ferindo, conseqüentemente, o princípio da vinculação ao edital e o princípio da legalidade*”, razão por que opinou pela anulação do pregão (peça 57, p. 49-51).

16. Os subitens do edital acima citados assim dispunham (peça 50, p. 120):

“7.7 As amostras serão analisadas pela Comissão de Padronização de Materiais e/ou representantes do setor solicitante, sendo avaliados: tipo de embalagem, dados de identificação, registro no Ministério da Saúde e legislações vigentes da Anvisa, ABNT e/ou Inmetro, além de:

7.7.1. *Equipo: fotossensível (se solicitado), fluxo de gotejamento, câmara de gotejamento, filtro hidrófobo, de partículas (se solicitado), ponta perfuradora, especificações bureta (se solicitado), comprimento e qualidade do tubo, pinça rolete conector Luer Lock, com filtro.*

7.7.2. *Bomba de Infusão: teclado de fácil manuseio e sensível ao toque. Permitir volume total a infundir de 0,1 a 9999ml; velocidade de infusão programável e ajustável em ml/h ou gotas/minuto. Possuir sensor de gotas; sensor de ar na linha; visualização de capacidade de bateria; indicar digital de volume total a infundir; velocidade infusão; volume infundido; equipamento ligado à rede. Haste para fixação da solução e possibilidade de fixação da bomba no suporte. Alimentação elétrica: 110/220V – 60 Hz; bateria interna recarregável, com autonomia mínima de 2 horas; cabo de alimentação elétrica. Idioma: português”.*

17. Percebe-se, pois, que as disposições editalícias em questão descreviam as características dos equipos e das bombas de infusão que deveriam ser avaliadas. Todavia, a CPL, ao anular o certame, não especificou onde estaria a suposta falha nem em que ela consistiria.

18. Diferentemente do que alega o sr. Pedro Alcântara Soares Morel, houve a sua participação na anulação do pregão. No parecer em que recomendou o desfazimento do certame por vício de legalidade, informou que a falha no termo de referência consistia na “*falta de menção objetiva de que as amostras dos equipos e das bombas de infusão seriam avaliadas de acordo com a descrição dos subitens 2.1 e 10.1 do Anexo IV*” do termo de referência (peça 57, p. 52).

19. Ocorre que, conforme ressaltou a unidade técnica, o subitem 2.1 apenas declarava que o detalhamento do produto correspondia às características desejadas pelo solicitante e aos fins a que se destinava, ao passo que o subitem 10.1 apontava como responsabilidade da contratada “*responder pela fidelidade e legitimidade das informações e dos documentos apresentados em qualquer fase da licitação*” (peça 50, p. 117 e 122).

20. Sobressai, portanto, a precariedade dos argumentos apresentados pela CPL e pelo recorrente para justificar a anulação do certame, em especial quando estes mesmos subitens também regularam o Pregão 32/2010, que não foi anulado e teve como vencedora a empresa Laboratórios B. Braun (peça 197, p. 7-8). Partilho, portanto, do entendimento de que a anulação do certame se fundou na menção superficial de dispositivos do termo de referência, o que não exigia que o recorrente detivesse conhecimento técnico especializado, conforme pretende fazer crer.

21. Sobre o tema, urge ressaltar o art. 49, § 3º, da Lei 8.666/1993 (aplicável ao pregão por força do art. 9º da Lei 10.520/2002), que determina que a anulação da licitação por ilegalidade deve se dar mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. Não ficou evidenciada, pelos recorrentes, a ocorrência de qualquer prejuízo ao procedimento licitatório que justificasse a sua anulação. Ademais, os argumentos oferecidos nesta fase recursal não afastam a conclusão de que os gestores objetivaram impedir a continuidade do pregão e a provável vitória de outra empresa que não a Laboratórios B. Braun.

22. Cumpre destacar que a empresa Laboratórios B. Braun venceu os pregões 32/2010 (foi a segunda colocada na fase de lances, mas as amostras da primeira classificada foram rejeitadas), 48/2011 (apresentou o terceiro menor preço e foi declarada vencedora após a reprovação das amostras das demais licitantes) e 1/2012 (os produtos das duas primeiras classificadas também foram rejeitados). Estes dois últimos certames foram, posteriormente, anulados.

23. Consta dos autos informações levantadas pela Secex/MS que dão conta de possível superioridade qualitativa dos produtos ofertados pelos Laboratórios B. Braun (produzidos na Alemanha, com elevado conceito no meio médico, com características mecânicas e eletrônicas mais sofisticadas) se em comparação aos produtos da Samtronic. Contudo, conforme bem salientou o relator **a quo**, a licitação não tem por objetivo, necessariamente, a escolha do produto ou serviço de melhor qualidade disponibilizado no mercado.

24. Nenhum dos processos licitatórios se fez acompanhar de justificativa técnica que demonstrasse que as exigências postas se faziam necessárias para suprir, de forma adequada e suficiente, a demanda do núcleo hospitalar. Não foram oferecidas razões que indicassem serem os produtos dos Laboratórios B. Braun os únicos capazes de atender satisfatoriamente à demanda do órgão licitante.

25. Além disso, embora se tenha notícia da ocorrência, em outros hospitais, de possíveis falhas em equipamentos distintos dos oferecidos pela empresa Laboratórios B. Braun, isso não permite concluir, forçosamente, que tecnologias diferentes das especificadas no edital seriam insuficientes para os fins pretendidos.

26. Já a alegação de que o desfazimento do pregão em nada aproveitou ao recorrente também não se presta a afastar a multa que lhe foi imputada, pois restou caracterizada a prática de ato com infração à norma legal.

27. Sobre o argumento de tratamento desigual em relação srs. Eric Souza e Juliana Anderson, servidores do NHU, os quais tiveram suas alegações de defesa aceitas, cumpre esclarecer que a irregularidade que motivou as audiências daqueles responsáveis é diferente daquela imputada ao sr. Pedro Alcântara Soares Morel. Os primeiros foram ouvidos pela elaboração dos termos de referência dos Pregões Eletrônicos 32/2010 (Eric Souza); 48/2011 e 1/2012 (Juliana Anderson), atividade para a qual concluiu-se que deveria ter sido ouvida a Comissão de Padronização e Acompanhamento de Materiais e Medicamentos, visto que os responsáveis não detinham a competência ou o conhecimento técnico requerido para avaliar o caráter restritivo das características dos equipamentos. Já o recorrente foi instado a se manifestar sobre a emissão de parecer que subsidiou a anulação do Pregão Eletrônico 48/2011, sem a motivação adequada. Portanto, diante de situações distintas, restou justificado o encaminhamento distinto que foi conferido.

28. Os srs. Ionas dos Anjos e Massaco Satomi, respectivamente, diretor de enfermagem e presidente da Comissão de Padronização e Acompanhamento de Materiais e Medicamentos do NHU/UFMS à época, foram responsabilizados pela *“elaboração do termo de referência do Pregão Eletrônico 32/2010, cujo objeto continha especificações excessivas que acabaram por direcionar o certame à empresa Laboratórios B. Braun S.A. (...), sem que houvesse sido demonstrada a necessidade de atendimento a exigências de padronização e sem prévia justificativa técnica, revelando, dessa forma, preferência indevida por marca”*.

29. Quanto a estes recorrentes, reitero, de pronto, as considerações feitas nos parágrafos 23 a 25 deste voto, que dizem respeito à definição de características técnicas dos equipamentos licitados de modo a propiciar o direcionamento das licitações.

30. Ademais, consoante apontado pela Serur, a maior parte dos documentos anexados para demonstrar a inferioridade do equipamento da Samtronic frente ao dos Laboratórios B. Braun (dentre os quais Alerta de Tecnovigilância 1.063 da Anvisa, de 30/11/2011; parecer jurídico do Hospital Universitário da Universidade Estadual de Londrina/PR, de 2012; comunicado interno da enfermagem de clínica médica do HU/UFMS, de 21/5/2013; documentos manuscritos produzidos pelo corpo de enfermagem do HU/UFMS, de junho e julho de 2013; e ata da reunião da diretoria do NHU/UFMS, de 1/11/2013) é posterior aos pregões 32/2010 e 48/2011. Logo, não pode ser utilizada para justificar a conduta irregular dos recorrentes. Diferente seria se constatações de irregularidades no funcionamento do equipamento da Samtronic houvessem sido observadas pelo NHU/UFMS à época dos fatos sob exame.

31. Já o sr. Wilson Cantero, então presidente da Comissão de Padronização e Acompanhamento de Materiais e Medicamentos do NHU/UFMS, e a sra. Pricila Procopiou, membro da mesma comissão, foram responsabilizados também pela *“emissão de parecer no âmbito do Pregão*

Eletrônico 48/2011, que subsidiou a anulação do certame, sem motivação adequada que demonstrasse a ocorrência de ilegalidades que viessem a justificar a medida adotada”.

32. Assim como no caso do sr. Pedro Alcântara Soares Morel, os supracitados recorrentes valeram-se de argumentos nitidamente insuficientes para propor a anulação do pregão (**vide** parágrafos 16 a 21 deste voto). Por conseguinte, afigura-se razoável a sanção que lhes foi aplicada pelo acórdão recorrido.

33. Ainda que se possa reconhecer a boa intenção em garantir a aquisição de aparelhos de melhor qualidade (fato certamente sopesado pelo relator **a quo** no momento da dosimetria das multas), a jurisprudência consolidada desta Corte é no sentido de que a indicação ou preferência por marca em procedimento licitatório só é admissível se restar comprovado que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades do órgão ou entidade. No caso concreto sob análise, os recorrentes não lograram sucesso em demonstrar tal circunstância.

34. Quanto às demais alegações, creio que foram devidamente refutadas pela Serur. Por conseguinte, considero desnecessário tecer comentários adicionais.

35. Desse modo, resta inviabilizada a pretensão dos recorrentes de reformar a deliberação vergastada.

36. Ante o exposto, VOTO por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 29 de março de 2017.

BENJAMIN ZYMLER
Relator