

São Paulo, 16 de Outubro de 2018.

De: Assessoria Jurídica
Para: Comissão de Compras

**Ref.: Parecer Jurídico – Impugnação –
Processo nº 1413/2018 – Pregão Privado
Para Registro de Preços nº 020/2018 –
Aquisição de Materiais de Uso Técnico
Hospitalar, para utilização no Instituto do
Coração do Hospital das Clínicas da
Faculdade de Medicina da Universidade de
São Paulo (“InCor-HCFMUSP”).**

MEMO - 173/2018

PARECER JURÍDICO

**Processo 1413/2018 - Pregão Privado para Registro de Preços
PP nº 020/2018 - Aquisição de Materiais de Uso Técnico Hospitalar
Recurso: Fundacional
Impugnante: ST Jude Medical Brasil Ltda.**

1 - DAS PRELIMINARES

Retornam ao exame desta Assessoria Jurídica a Impugnação interposta pela empresa **ST JUDE MEDICAL BRASIL LTDA.** (“**IMPUGNANTE**”) em fls.192/210, nos autos do Processo nº 1413/2018 - Pregão Privado para Registro de Preços PP nº 020/2018, cujo objeto é a aquisição de Materiais de Uso Técnico Hospitalar, para utilização no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (“**InCor-HCFMUSP**”).

Cumpra observar que o custeio do objeto do Processo nº 1413/2018 (“**Processo**”) é originário de recurso fundacional. Desta feita, o presente Processo encontra-se sob a égide do Regulamento de Compras da Fundação Zerbini (“**Regulamento de Compras**”), sendo aplicado de forma subsidiária a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“**Lei de Licitações**”) e a Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (“**Lei do Pregão**”) e demais legislação aplicável.

A Fundação Zerbini (“**Fundação**”) publicou o aviso de procedimento em seu endereço eletrônico, especificamente na página Fornecedores / Processos de Compras do seu site¹ (fl.187) e também encaminhou e-mail comunicando a data e horário da sessão do Pregão Privado para potenciais fornecedores, conforme fls.188, para comparecimento na sessão a ser realizada no dia 25 de setembro de 2018 as 9:00hs.

¹<http://www.zerbini.org.br>

2 - DA TEMPESTIVIDADE E DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

A Impugnação em comento foi recepcionada em 20 de Setembro de 2018 as 16:21hs, conforme protocolo de fls.192. Desta feita, inicialmente cabe a análise inicial com relação a tempestividade da presente Impugnação.

Com relação ao prazo para impugnação, o Edital é expresso em determinar em seu item 8.1 que "Até **02 (dois) dias anteriores à data fixada para a sessão pública, qualquer pessoa poderá solicitar providências ou impugnar o ato convocatório do PREGÃO PRIVADO para REGISTRO DE PREÇOS**" (fls.159 - grifo e destaque nossos).

Tendo como preceito a norma editalícia supracitada, e considerando que o signatário da presente Impugnação possui poderes de representação em conformidade com o Contrato Social da Impugnante (fls.201/210) e pelo fato da Sessão Pública do Pregão estar agendada para o dia 25 de Setembro de 2018, a presente impugnação mostra-se **tempestiva, motivo pela qual será conhecida.**

3 – DAS ARGUMENTAÇÕES DA IMPUGNANTE

Em 20 de Setembro de 2018 foi recebida a peça exordial da Impugnante, no qual esta assevera em sua impugnação que nos subitens 1 a 6 do Item Composto 01 e nos subitens 1 a 5 do Item Composto 02 há "*cinco importantes restrições à competitividade*", enumerando-as da seguinte forma (fls.194):

(a) Exigência de "*tratamento térmico para remoção de moléculas de glutaraldeído instáveis*";

(b) Exigência de confecção com "*três folhetos individuais de pericárdio bovino semsuturas*";

(c) Exigência de "*folhetos testados e submetido a 3 tipos de tratamento com duplo mecanismo de ação de fixação sem estresse com solução de glutaraldeído a 0,625%*";

(d) Exigência de "*anel de sutura confeccionado em silicone, revestido com poliéster (...)* intercalado com uma banda de poliéster"; e

(e) Indicação do modelo "*Perimount Magna Ease*", da empresa Carpentier-Edwards, como referência.

Sobre os itens "a", "b" e "c" supra, a Impugnante, de modo semelhante, afirma que as exigências relacionadas a estes itens se limitam apenas ao "*processo de fabricação empregado por cada empresa*" na confecção destes Materiais e ainda, que estas não guardam relação "*com o desempenho final do produto*", não havendo, desta forma, justificativa técnica para a manutenção das exigências em comento, afirmando ainda que a manutenção destes requisitos "*impossibilita a participação de diversas fabricantes que possuem válvulas que atendem inteiramente as necessidades da Fundação Zerbini, o que acaba por restringir a competitividade do certame (...)*".

Dando continuidade, a Impugnante menciona que, sobre a exigência disposta no item “d” supra, “*não há qualquer evidência médica e/ou científica que justifique a necessidade de o anel de sutura ser confeccionado em silicone e revestido com poliéster, intercalado com uma banda de poliéster*” e que, na verdade, “*há diversos materiais e combinações de diferentes revestimentos que podem ser utilizados para a confecção do anel de sutura, sem que haja perda na qualidade do produto final*” e que, com relação a este ponto, a Impugnante novamente menciona que esta exigência “*impossibilita a participação de diversas fabricantes que possuem válvulas que atendem inteiramente as necessidades da Fundação Zerbini, o que acaba por restringir a competitividade do certame*” (fls.197).

Sobre o item “e” (“*indicação do modelo "Perimount Magna Ease", da empresa Carpentier-Edwards, como referência*”) a Impugnante evoca disposição legal contida na Lei de Licitações (Art.7º e Art.15), mencionando que estes diplomas legais vedam que “*editais de licitação exijam produtos com características e especificações exclusivas de determinada marca (...)*” e que “*também proíbe a indicação da marca do produto a ser adquirido*” e que, em consideração a isto “*as descrições dos Subitens 01 a 06 do Item Composto 01 e dos Subitens 01 a 05 do Item Composto 02 (...) devem ser reelaboradas.*”.

Ao final, a Impugnante requer que seja reelaborada a descrição dos Subitens 01 a 06 (Item Composto 01) e dos Subitens 01 a 05 (Item Composto 02) para permitir o fornecimento de válvulas:

(a) “*Que recebam outros tipos de tratamento anticalcificante, para além do tratamento térmico*”;

(b) “*Que sejam confeccionadas através de seus próprios processos de fabricação, independente da construção dos folhetos e dos tratamentos utilizados, para além das que possuem exatamente três folhetos individuais de pericárdio bovino sem suturas, e que sejam testados e submetidos a 3 tipos de tratamento com duplo mecanismo de ação de fixação, sem estresse, e com solução de glutaraldeído a 0,625%*”;

(c) “*Cujos anéis de sutura sejam confeccionados em diferentes materiais, para além dos fabricados em silicone, revestidos com poliéster e intercalados com uma banda de poliéster*”;

(d) “*Que não sejam especificamente o modelo "Perimount Magna Ease", da empresa Carpentier-Edwards*”.

É o breve relatório.

4 - DO MÉRITO

Instada a emitir seu parecer, a Unidade Cirúrgica de Valvopatias do InCor-HCFMUSP, em fls.217, acolheu parcialmente o pedido processado pela Impugnante, no tocante a exclusão de referência de marca (“*os descritivos de todos os itens serão alterados para retirar as referências de marca*” – fls.217) e que, com relação aos demais questionamentos da Impugnante, estes iriam permanecer, justificando esta manutenção pelo fato de que “as

biopróteses confeccionadas e tratadas com fixação de tecido da forma como está no descritivo, tem resultados a longo prazo consolidados na literatura Internacional e portanto se faz necessário termos no InCor este produto para oferecer aos nossos pacientes.” (fls.227).

Por todo o exposto, e tendo em vista que a Impugnação em comento versa única e exclusivamente sobre aspectos de cunho técnico relacionado aos Materiais objeto do Pregão Privado, e considerando os argumentos trazidos pela Unidade Cirúrgica de Valvopatias do InCor-HCFMUSP em fls. 217 e 227, esta Assessoria Jurídica, com base nestes pareceres, recomenda a modificação de parte do Memorial Descritivo em conformidade com as considerações de ordem técnica trazidas pela Unidade Cirúrgica de Valvopatias do InCor-HCFMUSP, nas quais restou consignado o acolhimento de apenas parte da Impugnação, qual seja, a que versava sobre indicação do modelo *"Perimount Magna Ease"* como referência nos subitens 1 a 06 (Item Composto 1) e subitens 1 a 5 (Item Composto 1), mantendo-se as demais características apontadas pela Impugnante sem modificação.

Cumprе salientar que a exclusão da referência *"Perimount Magna Ease"* será acolhida levando-se em consideração as deliberações da Unidade Cirúrgica de Valvopatias do InCor-HCFMUSP, haja vista que, sob o aspecto jurídico, e segundo nosso entendimento e em conformidade com as decisões exaradas pelos TCU e demais tribunais locais, não há qualquer restrição a competitividade neste sentido, haja vista que a menção a marca figurava no Edital tão somente a título de referência, como se pode verificar nas decisões trazidas a seguir, apenas a título de ilustração:

“Permite-se menção a marca de referência no edital, como forma ou parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto, caso em que se deve necessariamente acrescentar expressões do tipo “ou equivalente”, “ou similar”, “ou de melhor qualidade”, podendo a Administração exigir que a empresa participante do certame demonstre desempenho, qualidade e produtividade compatíveis com a marca de referência mencionada.”

“Ainda na Representação acerca de possível restrição à competitividade em pregão eletrônico para a aquisição de equipamentos hospitalares, conduzido pelo Departamento de Logística em Saúde do Ministério da Saúde 3 (DLOG/MS), face à exigência editalícia de marcas específicas para o módulo de oximetria de pulso, anotou o relator ser possível “haver menção a uma marca de referência no ato convocatório como forma ou parâmetro de qualidade do objeto simplesmente para facilitar a sua descrição”. Nesses casos, registrou, “deve-se necessariamente acrescentar expressões do tipo ‘ou equivalente’, ‘ou similar’ e ‘ou de melhor qualidade’”. Tal obrigatoriedade, prosseguiu, “tem por fundamento a possibilidade de existir outros produtos, até então desconhecidos, que apresentem características iguais ou mesmo melhores do que o produto referido no edital, podendo a Administração exigir que a empresa participante do certame demonstre desempenho, qualidade e produtividade compatível com a marca de referência mencionada”. No caso em exame, ponderou o relator, “é até verossímil que tenha sido necessário mencionar tais

marcas como referência, pois trata-se de modelos consolidados no mercado". Para tanto, inobstante, "seria necessário acrescentar expressões do tipo 'ou equivalente', 'ou similar' e 'ou de melhor qualidade'". Consequentemente, concluiu, "por existirem outras tecnologias que se propõem às mesmas funções, a especificação do objeto deveria ter ocorrido sem a indicação de marca específica, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, o que, repita-se, não resta demonstrado nestes autos". Nesses termos, acolheu o Tribunal a proposta da relatoria, para considerar procedente a Representação, assinando prazo para que o DLOG/MS "adote as providências necessárias no sentido de, exclusivamente em relação ao item 17 do pregão eletrônico SRP 12/2015, anular o procedimento licitatório, a ata de registro de preço e eventuais contratos, em razão de cláusula restritiva ao caráter competitivo do certame, evidenciada pela indicação de marcas específicas sem a correspondente justificativa técnica, contrariando os arts. 3º, caput e § 1º, 7º, § 5º, 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993, o Enunciado 270 da Súmula de Jurisprudência do TCU e a jurisprudência do TCU". Acórdão 113/2016 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas."

Fonte: Jurisprudência – Informativo de Licitações e Contratos – TCU - Número 272 - Sessões: 20, 26 e 27/Janeiro/2016

Ainda neste sentido, o TCU se manifestou no sentido de diferenciar a vedação a indicação de marca e a mera menção de marca apenas como referência, como se pode verificar no Acórdão 2.829/2015 – Plenário:

"A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993), admite a realização de licitação de objeto sem similaridade nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada".

5 - CONCLUSÃO:

Tendo em vista todo o exposto, esta Assessoria Jurídica, fundamentada nos termos do instrumento convocatório, na melhor doutrina e no que consta disposto no Regulamento de Compras, na Lei Federal 8.666/93, bem como nos princípios legais e constitucionais garantidores da lisura do presente procedimento, conhece o pedido da Impugnante e **opina pelo deferimento parcial de seus pedidos**, haja vista os pareceres técnicos de fls. 217 e 227 dispostos no Processo.

Ato contínuo, e considerando a necessidade de modificação do Memorial Descritivo contemplando as alterações supracitadas, recomenda-se que seja processada nova publicação estabelecendo-se nova data para a realização da sessão.

Por derradeiro, mostra-se conveniente ressaltar que compete a esta Assessoria Jurídica a análise sob o prisma eminentemente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, tampouco examinar questões de natureza estritamente técnica, administrativa e/ou financeira.

É o parecer, *sub censura*.

X 

Assessoria Jurídica
Fundação Zerbini
Assinado por: MARCOS FOLLA