DECISÃO SINGULAR DSG - G.WNB - 3516/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/12089/2020
PROTOCOLO	: 2079465
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GABRIEL DO OESTE
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: JEFERSON LUIZ TOMAZONI
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PREGÃO PRESENCIAL – REGISTRO DE PREÇO PARA AQUISIÇÃO DE DIETAS ENTERAIS E FÓRMULAS INFANTIS – SUPOSTAS IRREGULARIDADES NOS PREÇOS DE REFERÊNCIA – MEDIDA CAUTELAR NEGADA – RECOMENDAÇÃO.

Vistos, etc.

Trata-se de **Controle Prévio** exercido pela Divisão de Fiscalização de Saúde (peça 10), com apontamento de supostas irregularidades no procedimento licitatório na modalidade de **Pregão Presencial nº 95/2020**, instaurado pelo **Município de São Gabriel do Oeste/MS**, tendo como objeto o registro de preços para aquisição de dietas enterais e fórmulas infantis, com valor estimado de **R$ 316.828,00** (trezentos e dezesseis mil, oitocentos e vinte e oito reais).

Relevante destacar que o referido pregão aconteceu em 04/12/2020, tendo sido homologado o certame com o Registro de Preços de quatro empresas, com preço total de **R$ 246.652,00** (duzentos e quarente e seis mil, seiscentos e cinquenta e dois reais) bastante inferior ao estimado, conforme resposta e comprovante juntados pelo jurisdicionado (peça 18-20).

Também é importante apontar que quando estes autos chegaram conclusos, este Relator optou pela oitiva inicial do jurisdicionado antes de apreciar medida cautelar (peça 12), o que passa a fazer agora.

Instada a se manifestar, através do Despacho **DSP-G.WNB-**

21709/2020, o jurisdicionado apresentou defesa do procedimento licitatório em 23/02/2021 (peças 18-20).

Eis o breve relatório. Passo à decisão.

Inicialmente, esclareço que neste juízo de cognição sumária será observado o **Princípio da Verdade Material**, que vigora no processo de contas, analisando-se substancialmente se as "irregularidades" apontadas pela Divisão Especializada prejudicaram a competitividade e economicidade do Pregão Presencial nº 95/2020, do Município de São Gabriel do Oeste, ou se foram meras "impropriedades formais".

Também será vetor desta análise o **Princípio da Razoabilidade**, previsto no art. 5º, LIV, da CF, como decorrência do Devido Processo Legal em sua acepção substantiva (*substantive due process of law*). Em decorrência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com as inovações produzidas pela Lei nº 13.655/2018, o Princípio da Razoabilidade passou a ter grande importância nas decisões das esferas administrativa, controladora e judicial. A LINDB renovada abusa de termos como "necessidade e adequação da medida imposta" (Parágrafo único do art. 20), "modo proporcional e equânime" (Parágrafo único do art. 21) ou "natureza e gravidade da infração" e "circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente" (§ 2º do art. 22).

E especificamente o *caput* do art. 22 da LINDB oferta um parâmetro de realidade relevantíssimo em matéria de hermenêutica, qual seja:

> *Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*

Em sua análise, a Divisão de Fiscalização de Saúde apontou

as seguintes irregularidades no Pregão Presencial nº 24/2020:

1- Ausência de ampla pesquisa de mercado;

2- Preços de referência superiores aos preços de mercado.

Na resposta à intimação, o jurisdicionado alegou que realizou ampla pesquisa de preços, porém parte dos fornecedores não ofereceram cotações e as atas de compras públicas não se encaixavam nos itens solicitados, não sendo utilizadas por esse motivo. Sustentou, ainda, que o resultado do certame, no valor de R$ 246.652,00, ficou abaixo da média referencial.

Observo, quanto ao **item 1** acima, que assiste razão à Divisão de Fiscalização de Saúde, pois a pesquisa de mercado deveria ter mais fontes. O resultado da licitação, porém, foi vantajoso para a municipalidade. Assim não é o caso de suspender o certame ou as contratações decorrentes, mas de orientar o jurisdicionado.

Cabe, aqui, fazer **recomendação** ao gestor para que promova ampla pesquisa de preços, não se contentando em colher cotações apenas de fornecedores. A prefeitura precisa alargar sua pesquisa, buscando outras fontes, como bancos de preços, tabelas constantes da internet e compras feitas por corporações privadas, sempre de forma **crítica**, a fim de excluir valores superestimados antes de calcular a média ou mediana. Discrepâncias de cotações acima de 200%, como nos itens 2, 3, 5, 6, 7, 14, 16, 22 e 23 deste pregão, são insustentáveis.

É preciso uma **cesta de preços aceitáveis**, não formada apenas por cotações de fornecedores, que, afinal, têm interesse em que o preço referencial (máximo) seja o mais alto possível, para incrementar seus lucros.

Há que se exortar o responsável a determinar aos seus subordinados que realizem pesquisa de preços com o fiel cumprimento ao art. 15, V, da Lei nº 8.666/93, que prescreve o **dever de balizar-se pelos preços praticados em contratações semelhantes suas e de outros entes públicos**. Não basta observar apenas a Ata de Registro de Preços de outro ente público, que geralmente

traz a descrição simplificada dos itens, para alegar incompatibilidade com o que se pretender comprar. Essa incompatibilidade deve ser comprovada.

A Resolução TCE/MS n° 88/2018, que regulamenta a remessa obrigatória de documentos a esta Corte de Contas, dispõe nos itens 2.2, B, 2, do Pregão, e 7.1, B, 2, da Ata de Registro de Preços, que o **mínimo aceitável é três cotações** para esse levantamento de mercado. Esse parâmetro não foi respeitado nos itens 4, 11, 12, 13 e 15 do Pregão Presencial nº 95/2020, que tiveram apenas duas cotações. Embora o jurisdicionado justifique que fornecedores consultados não tenham ofertado cotações, tal problema seria sanado caso contratações públicas similares tivessem sido utilizadas na formação da média de preços, como demonstrado pela equipe técnica desta Corte.

Necessário também, diante da afirmação do jurisdicionado de que com relação aos itens 22 e 23 o Município é obrigado a fornecer a "marca" especificada na ação judicial, orientá-lo a buscar o medicamento pelo princípio ativo. Não apenas a Lei nº 8.666/93 veda a preferência por "marca" nas compras públicas, como existe norma específica da vigilância sanitária que determina a preferência pelos medicamentos genéricos. É a Lei n° 9.787/99, que diz no seu art. 3º, § 2º:

> ***§ 2º Nas aquisições de medicamentos a que se refere o caput deste artigo, o medicamento genérico, quando houver, terá preferência sobre os demais em condições de igualdade de preço.***

Em relação ao **item 2**, o valor efetivamente fixado na Ata de Registro de Preços, **R$ 246.652,00**, é bem abaixo da média referencial de **R$ 316.828,00**. Assim, substancialmente houve economicidade para a administração municipal durante a sessão do pregão.

Inobstante alguns itens terem ficado com valor mais elevado do que a média pesquisada pela Divisão Especializada nos lotes 4 e 23 (fl. 96), nota-se que na maior parte houve valor compatível (itens 3 e 6) e até abaixo, como no caso

dos itens 1 e 2. No item 1, a Divisão apontou preço unitário de R$ 17,75, enquanto a Ata de Registro de Preços fixou-o em R$ 16,00; e no item 2, R$ 19,32 a R$ 18,00.

Outro fator relevante foi a grande participação de fornecedores, o que contribuiu para reduzir substancialmente os preços referenciais. Participaram do pregão sete empresas, das quais quatro tiveram os preços registrados.

Assim, em sede de cognição perfunctória, **não há elementos nos autos que possam obstar o procedimento licitatório e contratações decorrentes**, até mesmo porque pode haver dano inverso, visto que há real potencialidade de gerar paralisação do fornecimento de alimentos essenciais para crianças em tratamento.

Diante do exposto e pelos fundamentos descritos, **INDEFIRO A MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 95/2020, DA HOMOLOGAÇÃO DAS CONTRATAÇÕES OU SUA EXECUÇÃO PELO MUNICÍPIO DE SÃO GABRIEL DO OESTE/MS**, com fundamento no art. 4º, I, "b", 3, c/c art. 149 do RITC/MS, e nos termos do art. 149, § 3º, I, e **determino** a remessa destes autos ao Ministério Público de Contas para sua manifestação.

Outrossim, **RECOMENDO** ao jurisdicionado que adote as medidas aqui apontadas no sentido de aperfeiçoar as futuras licitações deste tipo, especialmente promovendo ampla pesquisa de preços e balizando-se por preços públicos de contratações similares.

É a decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 06 de abril de 2021.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

JRA/2021-04