



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 173/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/16895/2022
PROTOCOLO	: 2211074
ÓRGÃO	: FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE BATAGUASSU
JURISDICIONADO (A)	: AKIRA OTSUBO (PREFEITO MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Presencial n. 59/2022, lançado pela Administração Municipal de Bataguassu e tendo como objeto o “registro de preços para aquisição de produtos de consumo hospitalar” (peça 13, fl. 100).

Examinados os documentos encaminhados para o controle deste Tribunal e a análise realizada pela equipe técnica, constatei, em juízo de cognição sumária, as seguintes impropriedades no edital da licitação:

- utilização indevida do pregão em sua modalidade presencial;
- falta de análise crítica na elaboração do orçamento;
- falta de envio das cópias dos orçamentos e das fontes de consulta utilizadas no cálculo do valor estimado.

Em meu entendimento, as falhas apontadas ofereciam um risco evidente à competitividade do certame, comprometendo a busca da proposta mais vantajosa para a Administração. Assim, diante da constatação de que havia a possibilidade de dano de difícil reparação, se concretizada a celebração de contrato decorrente da licitação em exame, determinei liminarmente a suspensão do Pregão Presencial n. 59/2022 (Decisão Liminar DLM - G.FEK - 165/2022, peça 18, fls. 164-169).

O prefeito foi então intimado a, no prazo de 5 (cinco) dias, se manifestar sobre o conteúdo da decisão liminar, o que fez por meio dos documentos juntados às fls. 175-183 (peças 24 a 34).

Em síntese, o prefeito defendeu que a escolha da modalidade presencial deveria ser examinada considerando a excepcionalidade do caso (peça 24, fl. 177). Além disso, seria necessário considerar que a licitação contou com a participação de seis empresas, que disputaram arduamente os itens do certame, o que afastaria, em seu entendimento, a hipótese de restrição à competitividade do certame (peça 24, fl. 178).

Também consta, com a devida comprovação (peça 28, fls. 195-212), que a Administração buscou obter, por e-mail, cotações de 18 (dezoito) empresas.



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

Argumenta ainda que o valor obtido na licitação ficou 50% abaixo dos do valor previsto no estudo técnico preliminar (peça 24, fl. 178, e peça 27, fl. 192). Nas palavras do gestor:

(...) há que considerar que o certame fora plenamente exitoso, eis que trouxe para a disputa um número significativo de empresas licitantes, acima até da média de outros procedimentos ocorridos no próprio Município, portanto, *datíssima vênia*, não há como se afirmar que a adoção de pregão presencial possa ter restringido o caráter competitivo do certame. (peça 24, fl. 178, grifos conforme original)

Completando o informado no trecho citado acima, o gestor informou que o Pregão Presencial n. 59/2022 foi o terceiro procedimento licitatório instaurado para a aquisição do mesmo produto, em razão do insucesso dos pregões anteriores, conforme detalhado a seguir:

	Pregão Presencial n. 30/2022 Sessão		Pregão Presencial n. 39/2022 Sessão em 15/9/2022	
Item	Situação	Comprovação	Situação	Comprovação
Cloreto de sódio 9% frasco c/ 500ml)	Deserto	peça 32, fl. 803	Fracassado	peça 34, fl. 921
Solução fisiológica 9% bolsa de 1000ml	Não licitado	---	Fracassado	peça 34, fl. 922
Solução fisiológica 9% frasco de 100ml	Deserto	peça 32, fl. 802	Não licitado	---
Solução fisiológica 9% frasco de 250ml	Deserto	peça 32, fl. 802	Não licitado	---

O gestor também destaca que o produto é de utilização diária e constante em todas as unidades de saúde, para finalidades diversas, como limpeza dos olhos e nariz, queimaduras ou feridas e também nebulizações. Acrescenta que o produto está em falta no estoque do Município e, se não imediatamente adquirido, comprometerá o atendimento dos pacientes (peça 32, fl. 179). Em razão disso, defendeu que a situação impõe a necessidade de revogação da medida cautelar, amparando-se na possibilidade de *periculum in mora* reverso e nos arts. 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, contidas no Decreto-Lei nº 4.657/1942, atualizado pela Lei nº 12.376/2010.

Expostas suas razões, o gestor requereu a revogação da medida cautelar aplicada por meio da Decisão Liminar DLM - G.FEK - 165/2022, para que assim a Administração possa dar prosseguimento ao Pregão Presencial n. 59/2022.

É o relatório.

DECISÃO

Em que pese todo o relatado na resposta do gestor, tenho que não é possível afastar a necessidade da utilização do pregão em sua forma eletrônica. Isso porque essa exigência, conforme foi exposto na Decisão Liminar DLM - G.FEK - 165/2022 (peça 18, fls. 165-168), pode prejudicar o caráter competitivo do certame.



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

O assunto já foi amplamente discutido quando da aplicação da medida cautelar. Em sua defesa, o gestor simplesmente acrescentou que o certame não foi restritivo porque dele participaram seis empresas e, em sua fase de propostas, o preço atingido foi bastante inferior ao estimado pela Administração. Embora essas informações tendam a lançar alguma dúvida sobre a restritividade do certame, fazem-no de maneira muito incipiente, haja vista todos os pontos por mim considerados na Decisão Liminar DLM - G.FEK - 165/2022.

Em que pese a fragilidade do argumento citado acima, vejo que outros aspectos trazidos na resposta do gestor demonstram que a decisão mais acertada neste momento é a revogação da medida cautelar.

Ficou bastante caracterizado que a Administração tem se empenhado para obter êxito na aquisição do objeto licitado. Foram realizadas duas licitações anteriores ao Pregão Presencial n. 59/2022, tendo ambas fracassado na aquisição pretendida. Além disso, quando da fase interna do pregão em exame, a Administração buscou orçamento junto a 18 (dezoito) fornecedores, não obtendo, contudo, resposta da maioria das empresas. Tudo isso leva a crer que as dificuldades encontradas na realização do certame não serão superadas em curto espaço de tempo, demandando um estudo mais aprofundado da Administração para superá-las.

No entanto, é necessário considerar que o objeto do certame é item essencial ao funcionamento do serviço de saúde. Sua falta pode, inclusive, levar ao agravamento de doenças pela ausência de tratamento adequado e/ou célere, comprometendo o atendimento digno e de qualidade a que população tem direito. E, considerando o pouco estoque de soro fisiológico no Município, impedir o prosseguimento do Pregão Presencial n. 59/2022 pode ocasionar dano irreparável à população.

Não bastasse o regramento constitucional de assegurar o direito à saúde, a revogação da cautelar encontra indiscutível respaldo no Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB), como se vê nos artigos citados a seguir (grifos adicionados):

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam **consideradas as consequências práticas da decisão.**

Parágrafo único. **A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, **não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas**



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

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.**

(...)

Diante do exposto, é nítido que as informações trazidas pelo gestor permitiram um exame mais acurado do caso concreto. Desse exame e das ponderações por mim feitas no transcorrer deste voto, concluo que a medida que ora se impõe é a revogação da suspensão cautelar do certame, aplicada por meio da Decisão Liminar DLM - G.FEK - 165/2022 (peça 18, fls. 164-169. E isso não porque o procedimento licitatório tenha ocorrido sem falhas, mas porque o dano decorrente de sua suspensão é significativamente maior do que aquele decorrente do seu prosseguimento, haja vista as possíveis consequências à saúde da população.

Por fim, conforme já registrei na Decisão Liminar DLM - G.FEK - 165/2022, por se tratar de apreciação em cognição sumária, as manifestações aqui contidas não constituem hipótese de legalidade do referido procedimento licitatório (e dos atos dele decorrentes), podendo este Tribunal examinar posteriormente o feito, nos termos do art. 156 da Resolução TCE/MS n.º 98/2018, *in verbis*:

Art. 156. A ausência de manifestação do Tribunal sobre o edital de licitação não impede o exame posterior do respectivo procedimento licitatório, nem constitui pressuposto de sua legalidade ou conformidade com a lei.

Ante o exposto, decido:

I – pela **revogação** da medida cautelar aplicada por meio da Decisão Liminar DLM - G.FEK - 165/2022, autorizando assim o prosseguimento do Pregão Presencial n. 59/2022;

II – pelo **arquivamento** destes autos em razão da perda de objeto, com fundamento no art. 11, V, “a”, do Regimento Interno (Resolução n. 98, de 5 de dezembro de 2018);

III – pela **intimação** do senhor Akira Otsubo, Prefeito Municipal de Bataguassu, para que tome ciência do conteúdo desta decisão, devendo a intimação ser feita por correspondência eletrônica, nos termos do art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012.

É a decisão.

Campo Grande/MS, 25 de novembro de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT

Relator

rt/fij