DECISÃO SINGULAR DSG - G.RC - 10661/2024

PROCESSO TC/MS	: TC/5118/2019
PROTOCOLO	: 1977370
ÓRGÃO	: FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE BATAGUASSU
JURISDICIONADO	: PEDRO ARLEI CARAVINA
TIPO DE PROCESSO	: ATA DE REGISTRO DE PREÇO / ADMINISTRATIVO
RELATOR	: CONS. SUBS. LEANDRO LOBO RIBEIRO PIMENTEL (ATO CONVOCATÓRIO N. 002, DE 05 DE JANEIRO DE 2023)

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. PREGÃO PRESENCIAL. SELEÇÃO DO FORNECEDOR E FORMALIZAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS. FALHAS NA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO. IRREGULARIDADE. MULTA. RECOMENDAÇÃO.

Em exame o Pregão Presencial n. 30/2019 e a formalização da Ata de Registro de Preços n. 09/2019, realizados pelo Município de Bataguassu, tendo por objeto a aquisição de medicamentos que não integram a farmácia básica, por meio da oferta de maior porcentagem de desconto sobre a tabela da ABC FARMA.

De início, a Divisão de Fiscalização de Saúde, ao examinar os documentos que integram o feito, apontou como irregularidade a falta de especificação dos medicamentos no edital e o critério de julgamento adotado, maior desconto sobre a Tabela ABC FARMA, diante disso, requereu à suspensão cautelar da execução da ata – Análise n. 4942/2019 (fls. 392-395).

Expedida a Decisão Liminar n. 65/2019 (fls. 397-401), determinou-se a suspensão cautelar imediata da Ata de Registro de Preços n. 09/2019, para que não fosse utilizada, a fim de evitar eventual prejuízo ao Erário Municipal, até o julgamento de mérito.

Devidamente intimado (fl. 404), o Sr. Pedro Arlei Caravina, responsável pela contratação, informou que a ata de registro de preços fora suspensa (fl. 407). Em seguida, apresentou resposta e sustentou a legalidade do procedimento licitatório e da formalização da ata de registro de preços (fls. 410/427). Acolhendo os argumentos apresentados pelo jurisdicionado, especialmente com vistas ao prejuízo aos munícipes, revogou-se a medida cautelar concedida (Despacho n. 28179/2019 - fls. 430/432).

No mesmo exercício de 2019, foi determinada pelo r. Conselheiro Relator a realização de Auditoria na Prefeitura de Bataguassu (TC 10626/2019).

Um dos objetos auditados pela equipe da Divisão de Fiscalização de Saúde foi os procedimentos realizados para a aquisição de medicamentos nos exercícios de 2018 e 2019. Finalizada a auditoria, foi elaborado o Relatório de Auditoria DFS 8/2019, juntado às fls. 439/470 destes autos.

Especificamente relacionados ao Pregão Presencial n. 30/2019, foram apontados os seguintes achados: ausência de Planejamento na realização do Pregão; os valores dos medicamentos adquiridos não são compatíveis com os preços praticados no âmbito da Administração Pública; não foi aplicado o percentual de desconto registrado na Ata de Registro de Preços nº 09/2019; aquisição de medicamentos por preços superiores aos fixados na Tabela CMED; aquisição de medicamentos já licitados.

Submetidos os autos ao *Parquet* de Contas, o ilustre Procurador de Contas sugeriu a intimação do jurisdicionado para manifestação (fls. 472/473). Devidamente intimado, o jurisdicionado apresentou resposta (fls. 484/500). Em nova manifestação, a Divisão de Fiscalização de Saúde opinou pela manutenção de todos os achados anteriormente apontados (Análise n. 2817/2021 – fls. 656-662).

Os autos foram mais uma vez encaminhados ao *Parquet* de Contas, cujo ilustre representante apontou novas impropriedades no procedimento licitatório e por isso sugeriu nova intimação do jurisdicionado (Parecer n. 7577/2021 - fls. 664/670), o que ocorreu (fls. 677 e 679). O Sr. Pedro Arlei Caravina apresentou sua resposta (fls. 691/708).

Em derradeira análise técnica, a Divisão de Saúde concluiu pela manutenção das irregularidades, conforme Análise n. 7516/2022 (fls. 713-716). Nesse mesmo sentido, manifestou-se o Ministério Público de Contas, nos termos do Parecer n. 12376/2022 (fls. 718-724).

Por fim, vieram-me os autos para decisão.

DO FUNDAMENTO

Considerando que valor da contratação é abaixo de 7 mil UFERMS, passo a decidir monocraticamente, amparado pela competência atribuída ao juízo singular, nos termos do art. 11, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, aprovado pela Resolução n. 98/2018.

Registra-se que foi devidamente estabelecido o contraditório e a ampla defesa ao jurisdicionado, em observância ao art. 5º, LV, da CF e as normas regentes desta Corte de Contas. Além disso, que a contratação foi regida pelas leis n. 10.520/2001 e n. 8.666/1993, vigentes à época.

Pois bem.

De acordo com as diversas análises técnicas e pareceres do Ministério Público de Contas foram apuradas diversas irregularidades no decorrer da instrução processual, as quais destaco a seguir.

a) Não utilização do Pregão Eletrônico.

Sobre a realização de pregão presencial ao invés de eletrônico, o jurisdicionado alegou que a obrigatoriedade para a realização do eletrônico ocorre apenas nos casos em que são utilizados recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, o que não seria o caso do certame em análise.

Explicou a equipe técnica que, de fato, os recursos utilizados na licitação em análise são oriundos de transferência voluntária. Contudo, ainda assim, considerando que o pregão eletrônico garante maior competitividade, o que pode levar a proposta mais vantajosa para o interesse público, seria recomendável sua utilização.

No caso em exame, verifico que houve a participação de apenas uma empresa no certame (fl. 203-206), logo, denota-se o prejuízo à concorrência.

b) Falta de Especificação dos Medicamentos no Edital.

De acordo com sua cláusula 1.1 do edital, o objeto do Pregão Presencial nº 30/2019 é o seguinte:

> "O objeto da presente licitação é a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, objetivando o registro de preços para futura e eventual aquisição de medicamentos que não façam parte da farmácia básica, através da oferta de maior porcentagem de desconto sobre a tabela da ABCFARMA (...)"

Observa-se que não foram especificados os medicamentos que serão adquiridos, o que viola diversos dispositivos aplicáveis à matéria à época.

O art. 14, *caput*, da Lei nº 8.666/93, previa que "Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa."

O art.15 do mesmo Diploma Legal estabelecia em seu § 7º, incisos I e II que nas compras deveriam ser observadas, ainda:

> I - **A especificação completa do bem a ser adquirido** sem indicação de marca;
> II - A definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação; (grifos nossos)

A Lei nº 10.520/2002, que tratava especificamente dos pregões, prescrevia em seu artigo 3º, inciso II, que na fase preparatória do pregão observará a definição do objeto, a qual deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.

Portanto, restou caracterizada à violação aos dispositivos acima.

c) Maior desconto sobre a Tabela ABC FARMA – Critério de julgamento ilegal; e **aquisição de medicamentos por valores superiores aos praticados por outros entes.**

De acordo com a equipe técnica, adotar o maior desconto sobre a tabela ABCFARMA como critério de julgamento contraria o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que estabelecia que a licitação se destina a garantir a proposta mais vantajosa para a administração.

Sabe-se que o parâmetro utilizado para aquisição dos medicamentos, a saber, Tabela da ABCFARMA, não poderia ser adotado pela Administração como critério exclusivo para alcançar a melhor oferta, especialmente porque se tratar de uma tabela de preços privada utilizada para referenciar o comércio varejista, em que o risco de os preços dos medicamentos não refletirem os menores preços do mercado é elevado, já que ela condensa preços praticados para consumidores, bem diferente das aquisições públicas, realizadas em larga escala.

Por conseguinte, irregular o critério adotado.

Outro dispositivo violado foi o artigo 15, inciso V, da Lei 8.666/1993, que estabelecia que as compras deverão se balizar pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

O que se observou na contratação é que o desconto adotado não refletiu os preços de mercado, tampouco os preços praticados por Municípios, Estados e União, uma vez, segundo o Relatório de Auditoria houve a aquisição de medicamentos por valores superiores aos praticados por outros entes. Desta feita, irregular.

d) Não foi aplicado o percentual de desconto registrado na Ata de Registro de Preços nº 09/2019.

Sustenta o jurisdicionado que a não aplicação do desconto previsto na ata de registro de preços foi um equívoco de conferência, relacionada à primeira compra, quando os fiscais ainda estavam em adaptação. Sustenta, também, que existem vários "descontos acima de 20% (vinte por cento) e alguns de até 60% (sessenta por cento)" (fl. 497).

Como bem apontou a Divisão Especializada, não havia razão para que não fosse concedido, na primeira aquisição, o desconto ajustado. Além disso, não há qualquer justificativa para que a empresa licitante aceite conceder descontos de até 60% (sessenta por cento), quando seria obrigada a descontar do preço tabelado apenas 11% (onze por cento). Se a empresa assim procedeu, certamente os preços pactuados no certame eram tão superiores aos preços de mercado que justificaram essa liberalidade pela por parte da empresa.

e) Aquisição de medicamentos por preços superiores aos fixados na Tabela CMED.

O jurisdicionado alega o seguinte no que se refere à aquisição de medicamentos por preço superior ao fixado na Tabela CMED (fl. 495):

> "Nesse oriente, apesar do auditor ter registrado que os medicamentos adquiridos não respeitam a tabela CMED, observa-se que a ata de registro abrangeu centenas de medicamentos, tendo a fiscalização recaído sobre 33 itens, dos quais apenas 18 apresentaram um preço superior."

Afirma a equipe técnica que a aquisição de 01 (um) medicamento por preço superior ao registrado pela CMED já seria de passível de sancionamento em razão da não observância da legislação. Com razão, pois o art. 6º da lei n. 10.742/2003[1], dispõe que compete à CMED estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos; sendo que o art. 8º da mencionada lei estabelece:

> Art. 8º O descumprimento de atos emanados pela CMED, no exercício de suas competências de regulação e monitoramento do mercado de medicamentos, bem como o descumprimento de norma prevista nesta Lei, sujeita-se às sanções administrativas previstas no art. 56 da Lei no 8.078, de 1990.

Além disso, o art. 41 da lei n. 8078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) ainda prevê:

> Art. 41. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Perceba o rigor da norma. Logo, entendo que assiste razão à equipe técnica, pois a compra de medicamentos por preços superiores aos estabelecidos pela CMED não pode ser admitida, primeiro porque a prática é vedada as empresas que comercializam os produtos, por força do estabelecido referido art. 41 do Código de Defesa do Consumidor, segundo em razão de que os preços máximos estabelecidos pela CMED, em regra, são muito superiores aos preços de mercado.

Como cediço, a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da administração, dentre eles, o da legalidade, nos termos do art. 3º da Lei n. 8.666/1993; com a ocorrência de irregularidades, como as observadas nestes autos, o dano é presumido, na medida em que o Poder Público

[1] Define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED e altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências.

deixa de contratar a melhor proposta, uma vez que teve por referência preços acima do de mercado.

Por todo o exposto, a declaração de irregularidade da contratação é medida que se impõe, com a devida imposição de multa sancionatória ao gestor, pela inobservância aos pressupostos legais da contratação. Deixo impugnar despesas, em razão de não ser possível aferir o valor exato do dano e porque a ordem jurídico-constitucional rechaça a vantagem indevida, sob pena de se admitir o enriquecimento ilícito do ente público em detrimento do particular.

DA DOSIMETRIA DA MULTA

Quanto à sanção pecuniária incidente sobre as irregularidades verificadas, tendo como parâmetro casos assemelhados já julgados nesta Corte; o conjunto de elementos de convencimento demonstrados; em observância à proporcionalidade entre a sanção e o grau de reprovabilidade da conduta praticada contra a norma legal; a natureza da infração, além das circunstancias pessoais do infrator; com fundamento art. 43, art. 44, I e art. 45, I, todos da Lei Complementar n. 160/2012 c.c art. 181, I, da Resolução TCE/MS n. 98/2018, fixo a multa em caráter sancionatório no valor correspondente a **100 (cem) UFERMS**, em desfavor do *Sr. Pedro Arlei Caravina,* ordenador de despesas responsável pela homologação da licitação (fl. 210), pela assinatura da Ata de Registro de Preços (fl. 225) e pelo pagamento das despesas consideradas irregulares pela equipe de auditoria (fls. 739/754 do TC 10626/2019).

São as razões que fundamentam a decisão.

DA DECISÃO

Acolho o parecer do Ministério Público de Contas e, pautado nas análises da equipe técnica, **DECIDO:**

I - Pela **IRREGULARIDADE** do procedimento licitatório Pregão Presencial n. 30/2019 e da formalização da Ata de Registro de Preços n. 09/2019, realizados pelo Município de Bataguassu/MS, em razão da inobservância aos preceitos legais regentes das contrações publicadas, vigentes à época;

II - Pela **APLICAÇÃO DA MULTA** ao *Sr. Pedro Arlei Caravina*, ex-Prefeito de Bataguassu/MS, no valor correspondente a **100 (cem) UFERMS**, com fundamento art. 43, art. 44, I e art. 45, I, todos da Lei Complementar n. 160/2012 c.c art. 181, I, da Resolução TCE/MS n. 98/2018;

III - Pela **CONCESSÃO** do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a contar da intimação, para que os gestores efetuem o pagamento da multa em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas (FUNTC), nos termos do art. 83, da Lei Complementar Estadual n. 160/2012, comprovando-o no mesmo prazo, sob pena de cobrança executiva judicial, nos termos do artigo 77, § 4º, da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul.

IV – Pela **RECOMENDAÇÃO** a Administração Municipal que observe com maior rigor as normas regentes das contrações, com destaque aos princípios da legalidade e eficiência, para prevenir a ocorrência futura de impropriedades semelhantes ou assemelhadas, com fulcro no artigo 185, IV, 'b', da Resolução TCE/MS n. 98/2018.

É a decisão.

Remetam-se os autos a *Unidade de Serviço Cartorial* para providências de estilo.

Cumpra-se.

Campo Grande/MS, 04 de novembro de 2024.

(Assinado Digitalmente)
Leandro Lobo Ribeiro Pimentel
Conselheiro Substituto

mero