DECISÃO LIMINAR DLM - G.RC - 114/2020

PROCESSO TC/MS	: TC/10950/2020
PROTOCOLO	: 2074844
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE NAVIRAI
JURISDICIONADO	: SERGIO HENRIQUE DOS SANTOS
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. RONALDO CHADID

RELATÓRIO

Trata-se de **CONTROLE PRÉVIO DE EDITAL** realizado pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso Do Sul, com fulcro no artigo 71, da Constituição Federal; c/c artigo 77, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul; artigo 113, *parágrafo* 2º, da Lei n. 8.666/93; artigos 56 e 58, da Lei Complementar n. 160/2012; e artigos 4º, inciso I, alínea "b", item 3; e 149 *caput,* ambos do Regimento Interno do TCE/MS, do processo licitatório – Pregão Presencial n. 128/2020 –, deflagrado pelo Município de Naviraí , para *"Registro de preços objetivando a aquisição futura de instrumentais odontológicos, conforme termo de referência, para atender o centro de especialidades odontológicas do município. Pedido de compra nº 004/2020".*

A Divisão de Fiscalização de Saúde, na análise do referido Edital de Licitação, cuja Sessão se realizou no dia 26/10/2020 às 08:00 horas, tipo menor preço por item, para formar o Registro de Preços para contratações futuras, constatou:

- A contratação a ser licitada é composta por 139 itens, sendo que o preço estimado merece o apontamento pertinente; em consulta a licitações realizadas por outros entes da federação, valendo-se da pesquisa trazida pela promotora (*f. 72-148*) e Banco de Preços em Saúde - BPS, constatou-se que os preços de referência de alguns itens previstos para registro pela Prefeitura de Naviraí superaram consideravelmente os valores obtidos por outros órgãos;

- Que os preços de referência estão muito superiores aos praticados no mercado, e para comprovar o dano ao erário que uma pesquisa de mercado mal feita representa juntou consulta feita a internet de alguns itens do edital, que seriam:
- Aplicador de hidróxido de cálcio duplo, Valor Unit. Médio R$20,56; Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 9,61;

- Brunidor simples n. 29 em inox, Valor Unit. Médio R$ 17,86, Compras governamentais juntadas aos autos R$ 9,52;
- Cabo p/ bisturi n. 3 em inox, Valor Unit. Médio R$ 17,02, Compras governamentais juntadas aos autos R$ 9,41;
- Cureta Gracey n. 5-6 em inox, Valor Unit. Médio R$ 51,54, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 27,63;
- Forceps n. 150 em inox, Valor Unit. Médio R$ 103,52, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 73,33;
- Porta-algodão c/ mola 10x8cm inox, Valor Unit. Médio R$ 74,74, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 34,33;
- Alavanca apical – reta n. 1 em inox, Valor Unit. Médio R$ 43,16, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 17,50;
- Espátula n. 24 simples em inox, Valor Unit. Médio R$ 25,84, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 12,90;
- Lima p/ Osso Miller (cirurg.) n. 11 inox, Valor Unit. Médio R$ 63,86, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 27,98;
- Afastador de Farabeuf (7mmx10cm, Valor Unit. Médio R$ 25,08, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 15,25;
- Cureta Gracey n. 13-14 em inox, Valor Unit. Médio R$ 57,67, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 28,60;
- Cureta Mc Call n. 15-16 em inox, Valor Unit. Médio R$ 53,86, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 12,10;
- Grampo n. 00 em inox, Valor Unit. Médio R$ 18,90, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 9,30;
- Afastador Minnesota em inox, Valor Unit. Médio R$ 26,80, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 10,13;
- Jogo de moldeiras inox – dentado, Valor Unit. Médio R$ 178,38, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 99,18;
- Descolador de Molt 2-4, Valor Unit. Médio R$ 79,99, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 23,50;
- Forceps infantil n. 150 em inox, Valor Unit. Médio R$ 83,01, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 40,00;
- Forceps infantil n. 44 em inox, Valor Unit. Médio R$ 104,43, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 66,00;
- Grampo n. 211 em inox p/ isol. Absol, Valor Unit. Médio R$ 16,36, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 8,15;
- Pinça p/ sutura Dietrich em inox, Valor Unit. Médio R$ 131,76, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 94,49;
- Conjunto de micro motor (1), Valor Unit. Médio R$ 1.254,97, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 572,44;
- Alavanca Apexo n. 301 em inox, Valor Unit. Médio R$ 66,10, média ponderada do BPS R$ 36,00;
- Alavanca Apexo n. 303 em inox, Valor Unit. Médio R$ 55,99, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 26,00;

- Alavanca Apical curva direita em inox, Valor Unit. Médio R$ 59,25, média ponderada do BPS R$ 36,00;
- Alavanca Apical curva esquerda inox, Valor Unit. Médio R$ 57,40, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 26,16;
- Alicate Goldman Fox em inox, Valor Unit. Médio R$ 65,99, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 27,69;
- Cureta Gracey n. 7-8 em inox, Valor Unit. Médio R$ 45,38, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 9,30;
- Sonda exploradora endodôntica n. 16, Valor Unit. Médio R$ 66,47, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 24,99;
- Forceps infantil n. 69 em inox, Valor Unit. Médio R$ 97,31, Compras governamentais juntadas aos autos, R$ 40,00.

- Que a Prefeitura de Naviraí estabeleceu como preço de referência a média das cotações apresentadas pelas empresas consultadas e um preço do banco de preços da empresa NP Capacitação e Soluções Tecnológicas Ltda, mesmo que no referido banco estivessem registradas mais compras realizadas por entes públicos. Importante registrar que em alguns itens não foram consideradas compras públicas, tendo o preço de referência sido estabelecido apenas com base nas cotações das empresas);

- Que com a estimativa baseada preponderantemente em preços de fornecedores, entende-se que a pesquisa não refletiu a melhor alternativa ao ente, pois o valor previsto ficou bastante acima do praticado e pode levar ao sobrepreço. Os preços a serem mais considerados no momento de se estabelecer os valores de referência são os praticados pelos demais entes da administração, e não as cotações de empresas, já que estas não têm interesse em limitar o preço de referência, uma vez que isso pode implicar menores lucros.

- Que a aquisição de insumos por preços superiores aos praticados por outros entes da administração pública, o que poderá ocorrer se na fase de lances se não houver disputa acirrada entre as empresas licitantes, além de contrariar a legislação, viola os princípios da eficiência e economicidade, causando prejuízos ao erário;

- Logo, estariam presentes os dois requisitos previstos no art. 300 do Código de Processo Civil, para a concessão de tutela de urgência a

probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

1. A IMPORTÂNCIA DA COTAÇÃO DE PREÇOS

Considero pertinente tecer breves considerações sobre a relevância da pesquisa de preços para a licitação; a licitação é um processo administrativo que visa contratar bens e serviços para a administração pública por meio de uma seleção imparcial e que consiga obter a melhor proposta possível. É por isso que a Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, prevê que a licitação deve ser a regra para a contratação pública, somente podendo ser dispensada em casos excepcionais.

O processo licitatório é dividido pela doutrina em duas fases: fase interna e externa, a primeira seria aquele momento em que somente a Administração Pública atua definindo o objeto que deseja contrato e suas peculiaridades, bem como decidindo quais são os requisitos que serão impostos aos particulares para a participação na licitação e para condução do contrato, e a segunda, na fase externa, por sua vez, ocorre a partir da publicação do edital e é o momento em que o particular passa a participar do processo, seja através de impugnações, questionamentos, apresentação de propostas, etc.

Dentro da fase interna, um aspecto muito relevante é a definição do preço do objeto a ser contratado pela Administração, nesses termos o Manual de Orientação acerca de pesquisas de preços do STJ (2017, P.3)[1] dispõe que:

> A pesquisa de preços consiste em procedimento prévio e indispensável para a verificação de existência de recursos suficientes para cobrir despesas decorrentes de contratação pública. Serve de base também para confronto e exame de propostas em licitação e estabelece o preço justo de referência que a Administração está disposta a contratar, devendo constar no edital o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global.
>
> Mediante a pesquisa de preços se obtém a estimativa de custos que se apresenta como de fundamental importância nos procedimentos de contratação da Administração Pública, funcionando como instrumento de baliza aos valores oferecidos nos certames licitatórios e àqueles executados nas respectivas contratações. Assim, sua principal função é garantir que o Poder Público identifique o valor médio de mercado para uma pretensão contratual.

[1] STJ. Manual De Orientação: pesquisa de preços. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Institucional/Controle%20interno/manual_orientacao_pesquisa_preco_2017.pdf, acesso em 12 jan. 2018.

E sobre o conceito de pesquisa de preços, Luiz Chaves (2003)[2] nos dá a seguinte definição:

> A pesquisa de preços (ou Análise de Mercado, como preferimos) é o procedimento, prévio à contratação, que visa subsidiar a alta administração do órgão ou entidade de informações de cunho financeiro a fim de que esta possa decidir sobre a conveniência e oportunidade da contratação pretendida. Ao realizar tal mister, o agente responsável busca, nas várias fontes idôneas, os preços que vêm sendo praticados no mercado para o produto a ser adquirido ou contratado. Portanto, o que na essência acaba sendo realizado, nada mais senão uma pesquisa estatística, em que se verifica a curva de preços de um determinado segmento.

A relevância da pesquisa de preços passa por diversos aspectos: permite um maior conhecimento do objeto a ser adquirido, bem como a análise da capacidade financeira e orçamentaria para adquiri-lo, impede que haja contratação por valores acima do mercado ou que haja o chamado, jogo de planilhas etc. (STJ,2017, P.5).

É importante perceber que tal pesquisa não é mero aspecto formal a preceder a contratação, mas tem grande relevância e, portanto, deve ser realizado do modo mais adequado, o TCU mantém farta jurisprudência sobre o tema, superou sua jurisprudência que exigia para a regularidade da cotação a existência de 3 orçamentos de fornecedores diferentes e consolidou que para realização de cotação de preços deve-se buscar um número razoável de fontes no mercado, no que chama de "cesta de preços aceitáveis" (Acórdão 2637/2015 – Plenário do TCU).

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado em lei para o atingimento de certos fins. O art. 3º, da lei de Licitações e Contratos Administrativos, lei 8.666/93, enumera alguns fins buscados pela licitação e indica os princípios jurídicos mais relevantes a que a licitação se subordina.

> *Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instru-*

[2] CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. Pintas, Joandyr. O procedimento de pesquisa de preços da fase interna da contratação e o tratamento crítico dos dados coletados: uma proposta de método de cálculo de dispersão dos preços obtidos para afastamento de valores discrepantes. **Revista JML Online,** Pinhais – PR, Edição 45, dezembro de 2017. Disponível em: https://www.revistajml.com.br/v2/index.php

mento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Observa-se, por óbvio, que o mencionado artigo menciona os princípios aplicáveis às licitações. Trata-se, na verdade, de dispositivo de extrema relevância, configurando-se como o mais importante da lei 8.666/1993, na medida em que sintetiza todo seu conteúdo.

Certamente, se o art. 3° da Lei 8.666/1993 fosse corretamente aplicado zelando-se pela ética e pelos princípios estar-se-ia diante de um dos mais importantes instrumentos de combate à corrupção.

Logo é possível considerar que a existência de valores superestimados pode ser motivo para nulidade de ajuste, pois um contrato resultado de sobrepreço não é um ato jurídico perfeito.

O objeto do negócio jurídico administrativo é a contratação segundo os preceitos da lei 8.666/1993. Por isso, o contrato que vier a ser contraído com sobrepreço afigura-se ilícito, na medida em que não se adequa à lei, em particular por infringir regra do art. 43, inciso IV, da lei 8.666/93, qual seja, ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado, independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento:

"*Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes requisitos:*

IV – verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda, com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis" (grifo nosso).

Além disso, a contratação por preço superior ao do mercado pode ser enquadrada como ato de improbidade administrativa, previsto na lei 8.429/1992, também aplicável àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a pratica do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer foram direta ou indireta:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, aprovação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

V – Permitir ou facilitar a aquisição permuta ou locação de bem ou serviços por preço superior ao de mercado.

A pesquisa de mercado ineficiente pode, portanto, levar a uma contratação irregular com preços superiores aos praticados no mercado.

A afronta aos princípios constitucionais da eficiência e economicidade, bem como o princípio administrativo da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da lei n. 8.666/93) e diante da possível aquisição dos medicamentos com sobrepreço, iminência da pratica de ato potencialmente antieconômico, e considerando a publicação do Edital do Pregão Presencial n. 128/2020 com ocorrência no dia 26/10/2020 , sessão a se realizar as 08:00 horas , na demora da apreciação da matéria pode gerar prejuízos ao erário, restando, portanto, presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, institutos da tutela antecipada.

Esses fatos, portanto, requerem a atuação fiscalizatória preventiva do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo em vista que o certame da forma como se encontra contém potencial risco de prejuízos ao erário do Município. Dessa forma, a necessidade de urgência na aplicação de medida cautelar para *determinar a suspensão do Processo Licitatório – Pregão Presencial n. 128/2020*, do Município de Navirai, processo n. TC/10950/2020, protocolo 2074844, cujo responsável é o Prefeito Municipal ***José Izauri de Macedo***.

São as razões que fundamentam a decisão:

2. DECISÃO

Pelas razões e argumentos expendidos, com fulcro no art. 71, da Constituição Federal; c/c artigo 77, da Constituição do Estado de Mato Grosso

do Sul; artigo 113, *parágrafo 2º,* da Lei n. 8.666/93; artigos 56 a 58, da Lei Complementar Estadual n. 160/2012; e artigo 4º, inciso I, alínea "b", item 3; e 148, *caput* , ambos do Regimento Interno do TCE/MS; e no Poder Geral de Cautela dos Tribunais de Contas, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, com base na teoria dos poderes implícitos, através do através do acórdão proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.547-7/ DF; **DETERMINO** ao Prefeito Municipal - ***José Izauri de Macedo*** , a adoção das medidas necessárias para a:

1. **SUSPENSÃO IMEDIATA** do processo licitatório – Pregão Presencial n. 128/2020 –, **na fase em que se encontra**, deflagrado para registro de preços para aquisição futura de instrumentais odontológicos, conforme termo de referência, **e a FACULDADE PARA A CORREÇÃO** com *a realização de ampla pesquisa de preços*;
2. Que comprove a providência acima determinada no prazo de 05 (cinco) dias, a contar da ciência desta decisão, sob pena de multa correspondente ao valor de 1.000 (mil) UFERMS, nos termos do art. 57, inciso III, da Lei Complementar Estadual n. 160/2012 c/c art. 170, inciso I do Regimento Interno; sem prejuízo de eventual obrigação de ressarcimento ao erário a ser apurada no curso do processo.

Intime-se o Prefeito do Município de Naviraí - ***José Izauri de Macedo***, para comprovar o cumprimento das medidas e/ou apresentar defesa, no prazo de 05 (cinco) dias.

É a decisão.

Remetam-se os autos à Gerência de Controle Institucional para publicação, intimação e demais providências de estilo.

Cumpra-se.
Campo Grande/MS, 27 de outubro de 2020.

(Assinado por certificação digital)
Ronaldo Chadid
Conselheiro Relator