DECISÃO LIMINAR DLM - G.RC - 20/2020

PROCESSO TC/MS	: TC/2335/2020
PROTOCOLO	: 2024451
ÓRGÃO	: FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE IVINHEMA
JURISDICIONADO	: SÔNIA APARECIDA DIAS HENRIQUES GARÇÃO
TIPO DE PROCESSO	: PREGAO PRESENCIAL N. 09/2020
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 09/2020** –, deflagrado pelo Município de Ivinhema, para *" eventual fornecimento de suplementos nutricionais e dietas liquidas enterais".*

A Divisão de Fiscalização de Saúde, na análise do referido Edital de Licitação/09/2020, cuja Sessão será realizada no dia 02/03/2020 às 10:00 horas, tipo menor preço por item, para formar o Registro de Preços para contratações futuras, constatou:

- Por se tratar de licitação a realização de ampla pesquisa de mercado é a base que as empresas apresentarão suas propostas, a não realização desta pesquisa de preços viola o artigo 15, *parágrafo 1º*, da Lei 8.666/93;
- Que o TCU já manifestou entendimento acerca da necessidade de uma ampla pesquisa de preços (acórdão 247/2017 – TCU – Plenário Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues e 299/2011 - TCU – Plenário Ministro Jose Mucio Monteiro);
- Que há diversas decisões neste Tribunal de Contas no sentido de que a pesquisa de mercado de preços realizada apenas com empresas não é o suficiente (Decisão Liminar DLM – G..ODJ – 71/2019 e Decisão Liminar DLM - G.MCM – 108/2019);

- Utilização de preços cotados muito diferentes, que não bastasse a realização de pesquisa de preços apenas com empresas, as cotações de alguns produtos são muito dispares, o que leva os preços de referência a um valor muito elevado, apresentando planilha demonstrativa, o que viola o artigo 43, inciso IV da lei 8.666/93
- 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 dos 10 primeiro itens do edital, que seriam:

- ***a)*** *item 1 – formula infantil de partida – referência como base nutricional: APTAMIL 1 – lata 400 g – qtde 800 – preço referencia – R$ 57,00- preço obtido em consulta internet – R$28,99- diferença por unidade R$ 28,01 – diferença total – R$ 22.408,00;*

- ***b)*** *item 2 – formula infantil de seguimento - referência como base nutricional NAN2/APTAMIL 2- lata 400g – qtde 800 – preço referencia R$ 56,00 – preço obtido em consulta internet – R$ 28,99- diferença por unidade R$ 27,01 - diferença total – R$ 21.608,00;*

- ***c)*** *item 3 – formula infantil de seguimento - referência como base nutricional APTAMIL 3- lata 800g – qtde 500 – preço referência R$ 84,50 – preço obtido em consulta internet – R$ 39,47- diferença por unidade R$ 45,03 - diferença total – R$ 22.515,00;*

- ***d)*** *item 4 – formula para lactantes - referência como base nutricional APTAMIL AR - lata 400g – qtde 700 – preço referência R$ 85,50 – preço obtido em consulta internet – R$ 28,99 - diferença por unidade R$ 56,51 - diferença total – R$ 39.557,00;*

- ***e)*** *item 5 – formula infantil hipoalergica - referência como base nutricional NAN HA/ APTAMIL HA - lata 400g – qtde 400 – preço referência R$ 117,00 – preço obtido em consulta internet – R$ 37,99 - diferença por unidade R$ 79,01 - diferença total – R$ 31604,00;*

- ***f)*** *item 6 – composto para crianças com alergia a proteina - referência como base nutricional APTAMIl PEPTI - lata 400g – qtde 400 – preço referência R$ 199,75 – preço obtido em consulta internet – R$ 89,55 - diferença por unidade R$ 110,20 - diferença total – R$ 44.080,00;*

- ***g)*** *item 7 – formula infantil e pó isenta de lactose - referência como base nutricional NAN SEM LACTOSE/APTAMIL SEM LACTOSE - lata 400g – qtde 900 – preço referência R$ 145,75 – preço obtido em consulta internet –*

R$ 49,99 - diferença por unidade R$ 95,76- diferença total – R$ 86.184,00;

- ***h)*** *item 8 – formula infantil a base de proteína isolada do leite de vaca - referência como base nutricional APTAMIl SOJA 1 - lata 400g – qtde 800 – preço referência R$ 78,75 – preço obtido em consulta internet – R$ 46,39 - diferença por unidade R$ 32,36 - diferença total – R$ 25.888,00;*

- ***i)*** *item 9 – Dieta enteral liquida - referência como base nutricional DIAMAX - lata 200g – qtde 1000 – preço referência R$ 19,37 – preço obtido em consulta internet – R$ 9,90 - diferença por unidade R$ 9,47 - diferença total – R$ 9.470,00;*

- ***j)*** *item 10 – formula nutricional mente completa - referência como base nutricional ENSURE - lata 400g – qtde 1500 – preço referência R$ 85,00 – preço obtido em consulta internet – R$ 39,90 - diferença por unidade R$ 45,01 - diferença total – R$ 67.515,00;*
- Logo, se o processo não for suspenso, seria provável o registro de preços muito elevados e a ocorrência de significativos danos ao erário em futuras contratações, em manifesta violação da eficiência e economicidade;
- Portanto, 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.

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

[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.

[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

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 instrumento 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. 09/2020 ocorreu no dia 07/02/2020 e a sessão será realizada as 10:00 horas do dia 02/03/2020, a demora na 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. 09/2020*, do Município de Ivinhema, processo n. TC/2335/2020, protocolo 2021451, cujo responsável é o Prefeito Municipal Eder *Uilson França Lima.*

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 - ***Eder Uilson França Lima***, ao Coordenador de Compras da Secretaria de Saúde - ***Claudio de Souza*** e a Assessora Jurídica ***Queila Feliciano da Silva***, a adoção das medidas necessárias para a:

1. **SUSPENSÃO IMEDIATA** do processo licitatório – Pregão Presencial n. 09/2020 –, deflagrado para registro de preços para o eventual fornecimento de Suplementos Nutricionais e Dietas Liquidas Enteral, **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 Ivinhema - *Eder Uilson França Lima* para querendo, apresentar defesa, no prazo de 05 (cinco) dias, sobre os fatos.

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, 21 de fevereiro de 2020.

(Assinado digitalmente)
Ronaldo Chadid
Conselheiro Relator

SMA