



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO Nº: 671233/18
ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993
ENTIDADE: MUNICÍPIO DE PALMEIRA
INTERESSADO: BOLSA DE LICITAÇÕES E LEILÕES DO BRASIL, CRISTIANE PEREIRA, EDIR HÁVRECHAKI, ISABEL DOS SANTOS RISTOW, LEILIANE COSTA, MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, MUNICÍPIO DE PALMEIRA
ADVOGADO / PROCURADOR: EDUARDO JANSEN PEREIRA, THAISA JANSEN PEREIRA, THIAGO ANTONIO DE LEMOS ALMEIDA
RELATOR: CONSELHEIRO JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

ACÓRDÃO Nº 1046/21 - Tribunal Pleno

Representação da Lei n.º 8.666/1993. Município de Palmeira. Pregões Eletrônicos n.º 14/2017 e 51/2018. Aquisição de medicamentos. Alegação de violação ao princípio da competitividade em razão de número reduzido de rodadas e da realização de certame com um único licitante. Inocorrência. Alegação de sobrepreço. Inexistência. Não aplicação de critério de desempate em favor de ME e EPP. Ausência de inserção de Código BR. Procedência parcial com determinações.

I. RELATÓRIO

Encerram os autos representação fulcrada no art. 113, § 1º, da então vigente Lei n.º 8.666, de 21/06/1993, com pedido liminar de suspensão do certame, formulada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS (MPC-PR), em face dos Pregões Eletrônicos n.ºs 14/2017 e 51/2018, realizado pelo MUNICÍPIO DE PALMEIRA, para registro de preços para a aquisição de medicamentos.

A representação apontou a ocorrência de impropriedades, consistente em: (i) prática de sobrepreço (no Pregão Eletrônico n.º 14/2017, em aproximadamente de 3,57% e 1,78% respectivamente, gerando um valor dispendido superior ao preço de mercado na ordem de R\$ 36.586,8974 e R\$ 18.275,93, respectivamente, média do preço médio e da mediana; e, no Pregão Eletrônico n.º 51/2018, em aproximadamente de 6,64% e 2,79% respectivamente, gerando um



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

valor dispendido superior ao preço de mercado na ordem de R\$ 78.077,9150 e R\$ 32.814,00, respectivamente média do preço médio e da mediana); e (ii) baixa competitividade no Pregão Eletrônico n.º 51/2018 (diante da ausência de oferta para cobertura das propostas iniciais e ocorrência de empate em itens, sem a realização de sorteio entre os empatados). Ademais, o representante requereu a concessão de medida cautelar para determinar ao município a adoção, nas futuras aquisições de medicamentos, do Código BR do Catálogo de Materiais do Comprasnet e promover pesquisa de preços no âmbito do Banco de Preços em Saúde para subsidiar a formação dos preços referenciais, evitando que se tenha sobrepreço.

O feito foi devidamente recebido (Despacho n.º 1989/2018, peça 48), no entanto, negada a medida liminar. Além disso, foi determinada a citação de EDIR HAVRECHAKI, CRISTIANE PEREIRA, ISABEL DOS SANTOS RISTOW e LEILIANE COSTA, além da intimação do MUNICÍPIO DE PALMEIRA.

Em resposta (peça 61), o município asseverou que: (i) o valor atribuído ao sobrepreço é irrisório, além do que houve ampla pesquisa de preços para todos os itens, não tendo sido explicitado pelo representante quais seriam os itens que sobre os quais penderia o excesso; (ii) inexistente medida legal que imponha aos participantes a obrigação de dar lances; (iii) o certame foi realizado em ambiente eletrônico, com a participação de diversas empresas de várias cidades do país, tendo ocorrido pelo menos uma proposta ou mais lances para cada item; (iv) não há que se falar na ausência de desempate, pois em se tratando de pregão eletrônico o próprio sistema executa automaticamente o critério de desempate, que não é sorteio (eis que não se admite a proposição de dois lances iguais); e (v) foram revistos os controles internos adotados pelo município, com a adoção, para as futuras licitações, do Código BR de identificação de cada medicamento e da pesquisa de preços junto ao Banco de Preços da Saúde

O feito foi encaminhado para instrução da Coordenadoria de Gestão Municipal (Instrução n.º 1385/2019, peça 65), que opinou pela regularidade dos certames, sob os seguintes argumentos: (i) assiste razão ao município representado ao afirmar que inexistente preceito legal obrigando um número mínimo de lances, não tendo sido observadas restrições indevidas à competitividade no instrumento convocatório e respeitados os prazos e os meios de publicidades; (ii) questionável a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

utilização exclusiva dos bancos de dados públicos BPS e Comprasnet como referência para verificação de sobrepreço em processos de aquisição de medicamentos, eis que conforme julgados desta própria Corte, embora seja obrigatória a consulta à bancos de dados públicos para a formação da pesquisa de preços, tais não podem ser utilizados como critérios únicos, tendo o próprio Tribunal de Contas da União (TCU) condenado a utilização do BPS diante da identificação de fragilidades no sistema; (iii) o MPC-PR não informou os parâmetros empregados, tampouco a eventual utilização de filtros quando da pesquisa de preços efetuada junto ao BPS e Comprasnet, apenas a utilização de média ponderada, média e mediana; (iv) a experiência do TCU no apontamento de sobrepreço na aquisição de medicamentos com base na comparação dos valores adjudicados com bancos de preços BPS e Comprasnet revela diferença metodológica à utilizada pelo MPC-PR, eis que aquele se utiliza dos maiores valores unitários encontrados nas bases comparativas pesquisadas. Em relação ao pedido de concessão de medida liminar, a unidade técnica concordou com a manifestação ministerial quanto à necessidade de adoção do código BR para fins de padronização das contratações de medicamentos e, por consequência, da alimentação do BPS. No mais, a unidade técnica concluiu seu opinativo pela expedição de recomendação aos gestores do município para que adotem e explicitem a metodologia de pesquisa de preços nas próximas licitações, tendo como referencial os preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, observando o disposto no Acórdão n.º 1393/2019, do órgão plenário deste Tribunal de Contas, quando das futuras aquisições de medicamentos.

O órgão ministerial (Parecer n.º 537/2019, peça 66) opinou por julgar irregulares os referidos pregões, consignando apenas a recomendação sugerida pela unidade técnica.

Foi determinada (Despacho n.º 239/2020, peça 67) a devolução do feito à unidade técnica para manifestação acerca de impropriedade não analisada (inexistência de sorteio, dada a ocorrência de empate real nos Itens 03, 04, 120, 126, 130, 153, 156, 157 e 190).

A unidade técnica (Instrução n.º 551/2020, peça 69) opinou pela abertura de contraditório ao município e à empresa BOLSA DE LICITAÇÕES (BLL)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

após concluir pela irregularidade dos desempates em desfavor de microempresas nos itens 126, 153, 157 e 190 do Pregão Eletrônico n.º 51/2018, em afronta ao critério previsto no art. 44, § 1º da Lei Complementar n.º 123/2006.

Em resposta (peça 82), o município encaminhou parecer técnico da BLL (peça 83), por meio do qual defendeu a regularidade das adjudicações e a observância à Lei Complementar n.º 123/2006, tendo ainda concluído que “houve equívoco nas interpretações das informações constantes das atas, quando não se verificou eventos mais específicos como os registros de cadastro e alteração de propostas, inabilitações e valores limite para aplicação das regras que beneficiam ME/EPP’s, a que se refere a Lei Complementar 123” (fls. 11).

Em sua derradeira manifestação (Instrução n.º 1772/2020, peça 88), a unidade concluiu pela regularidade dos critérios de desempate dos itens 3, 120, 156 e 190 e pela irregularidade em razão da falta de utilização dos critérios de desempate dos itens 126, 153 e 157, no entanto, posicionou-se pela não responsabilização dos agentes públicos, considerando a existência de precedente jurídico divergente, bem como a ausência de dolo ou erro grosseiro, em atenção ao artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas com determinação ao MUNICÍPIO DE PALMEIRA, para que observe a obrigatoriedade do desempate ficto, nos termos dos artigos 44 e 45 da Lei Complementar 123, de 2006 em todas as oportunidades que antecederem a declaração de vencedor de licitação.

O órgão ministerial (Parecer n.º 113/2021, peça 91), após considerar a regularidade dos certames epigrafados, opinou apenas pela procedência do pedido “e”¹ para recomendar aos gestores do município que adotem a metodologia de pesquisa de preços nas próximas licitações, tendo como referencial os preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, observando o disposto no Acórdão 1393/2019 (Pleno) deste Tribunal de Contas quando da aquisição de medicamentos.

É o relatório.

¹ “Determinar aos gestores do Município que adote e explicita a metodologia de pesquisa de preços, tendo como referencial os preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública” (peça 3, fls. 11).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

II. FUNDAMENTAÇÃO

Não se verificam, na sua integralidade, as impropriedades na forma apontada na representação.

Relativamente ao alegado sobrepreço dos itens adquiridos, esta relatoria já teve oportunidade de se debruçar sobre o tema, conduzindo ao Acórdão n.º 1092/2019, do Tribunal Pleno, de cujo bojo se pode retirar alguns excertos, de aplicabilidade direta aos presentes autos:

“Com relação à alegação ministerial sobre a falta de lances ter afetado a busca pela melhor proposta, mister analisar os critérios de aferição da vantajosidade obtida, ou do consequente sobrepreço.

(...)

De fato, o emprego de bancos de dados públicos é de fundamental importância nos procedimentos licitatórios quando se trata da obediência ao disposto na Lei 8.666/93, ar. 15, V. Sua utilização é inevitável, considerados também os precedentes desta corte de contas que tratam sobre consulta de preços:

(...)

De maneira específica, o Acórdão 1393/2019 (Pleno) desta Corte de Contas frisou a obrigatoriedade da consulta às bases públicas. Estabeleceu, entretanto, que as mesmas não podem ser utilizadas como critério único.

(...)

Considerando-se que a consulta às bases de dados oficiais pode se mostrar insuficiente para a precificação de medicamentos, supõe-se razoável inferir que cálculo de sobrepreço também observe suas deficiências.

(...)

Com efeito, alteração importante que veio a fortalecer o Banco de Preços em Saúde foi implementada pela Resolução nº 18, de 20 de junho de 2017, oriunda da Comissão de Gestores Tripartite, a qual tornou obrigatório o envio das informações ao BPS² a partir de 1º de dezembro daquele ano. Note-se, entretanto, que tal obrigatoriedade ocorreu após a realização do pregão aqui impugnado.

Ainda assim, a característica da média de preços ser calculada com base 18 meses pregressos, e o registro possível, mas não obrigatório do setor privado, ainda podem ser considerados riscos

² Disponível em <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/junho/26/Resolucao-n18-da-Comisao-Intergestores-Tripartite-CIT-de-20-de-junho-de-2017.pdf> (Acesso em 16Mai2019)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

para cálculo de parâmetros que indiquem sobrepreço, vez que ignoram elementos importantes do mercado de medicamentos.

(...)

Discutindo critérios de preços aceitáveis e sobrepreço, o já citado Acórdão 1393/2019 (Pleno) trouxe à baila elucidativo precedente do Tribunal de Contas da União. Dele, um excerto:

31. Não obstante tais considerações, concordo com o ACE da Serur quando afirma que “o **paradigma**, seja para **aferição de sobrepreço** de um produto ou para definir sua adequação aos valores de mercado, não é o “preço de adjudicação” de um determinado pregão” (fl. 78 – Anexo 5), mas, sim, o valor que se encontra dentro de uma faixa de preços praticada pelos fornecedores desse mesmo produto, o que “pressupõe um valor mínimo e um valor máximo de mercado para cada produto” (fl. 76 – Anexo 5). O sobrepreço ficaria caracterizado, nesses termos, se o valor adjudicado ultrapassasse o máximo da faixa de preços aceitáveis praticada para o produto a ser adquirido pela Administração.

32. Esclareço que **preço aceitável é aquele que não representa claro viés em relação ao contexto do mercado, ou seja, abaixo do limite inferior ou acima do maior valor constante da faixa identificada para o produto** (ou serviço). (...) (Grifou-se)

Resta, pois, verificar se os valores impugnados pelo MPC-PR constituem preço aceitável, ou se o paradigma para aferição de sobrepreço utilizado pelo Parquet de Contas é capaz de apontar, com a devida segurança, “claro viés em relação ao contexto do mercado”.

Na presente representação, o Ministério Público de Contas não informa sobre os parâmetros empregados, tampouco a eventual utilização de filtros quando da pesquisa de preços efetuada junto ao BPS e Comprasnet. Aduz apenas a utilização de média, média ponderada, mediana e os menores valores praticados cadastrados no Comprasnet (vide planilhas às peças 4 e 5).

(..)

A experiência do TCU no apontamento de sobrepreço na aquisição de medicamentos com base na comparação dos valores adjudicados com bancos de preços BPS e Comprasnet revela diferença metodológica à utilizada pelo MPC-PR.

Naquela Corte, a praxe tem sido utilizar os maiores valores unitários encontrados nas bases comparativas pesquisadas.

(...)

Avalia-se, portanto, que o Tribunal de Contas da União, ao adotar os critérios de utilização do maior preço registrado no BPS/Comprasnet para comparação com valores adjudicados, garante que o eventual apontamento de sobrepreço representa de maneira mais acurada o **chamado viés em relação ao contexto do mercado**, diferentemente do que apresenta o MPC-PR”.

Assim, improcedente a representação nesta parte.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

De igual forma, descabida a alegação de baixa competitividade em razão da ausência de oferta para cobertura das propostas iniciais, eis que, como afirmado pela municipalidade, inexistente comando normativo a impor um número mínimo de lances. A Lei n.º 10.520/2002, ao estruturar o procedimento licitatório para a modalidade pregão, em momento algum tratou de estabelecer um quantitativo mínimo de lances. Descabida se mostra a responsabilização do pregoeiro pela existência de um reduzido número de lances, eis que são os licitantes os únicos responsáveis por eles. O pregoeiro pode incentivar a realização de lances, mas apenas isso, não pode ele substituir os licitantes na formulação de novas propostas, para empreender tantas rodadas quantas bastem para qualificar o certame como competitivo. Veja-se, a propósito, que esta Corte, por meio do Acórdão n.º 226/2019, do Tribunal Pleno, Cons. Fernando Augusto Mello Guimarães, já decidiu que:

“Portanto, a realização de poucas rodadas de lances não importa na configuração, por si só, de irregularidade. E, no presente caso, não evidenciada qualquer exigência outra, restritiva ao caráter competitivo da licitação, o item deve ser considerado regular”.

Por fim, tem-se a ocorrência de empate em itens, sem a realização de desempate, notadamente em razão do preceituado na Lei Complementar n.º 123/2006. Consoante a exordial, isso teria ocorrido nos itens 03, 04, 120, 126, 130, 153, 156, 157 e 190.

De pronto, cabe afastar a alegação de impropriedade quanto à aplicação de critério de desempate em relação aos Itens 03, 04, 120, 130, 156 e 190, conforme concluído pela unidade técnica, cujo opinativo se adota como razões para decidir, nos seguintes termos:

“No item 4 (Descrição: ITEM: 134 - ACIDO FOLICO COMP. 5 MG), quatro empresas empataram com a melhor oferta. Dentre estas, foi declarada vencedora a única microempresa (ME). Aplicou-se o critério do art. 44, § 1º da Lei Complementar n.º 123/2006. Não há irregularidade quanto ao item”.

(...)

No item 130, é possível comprovar a aplicação do critério da melhor oferta oferecida em primeiro lugar, não havendo irregularidade” (Instrução n.º 551/2020, peça 69 fls. 4 e 7”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

“Os critérios de desempate dos itens 3, 120 e 156 foram suficientemente explanados pelo Município Representado e pela empresa Bolsa de Leilões e Licitações (BLL), ao ponto desta Coordenadoria entender que não houve irregularidade com relação aos mesmos, a saber.

Analisando-se a ata do pregão (peça 29 – f. 749), entendeu-se, conforme demonstrado pela empresa Bolsa de Leilões e Licitações à peça 85, que os primeiros lances que constam da sessão MOVIMENTOS DO LOTE, apesar de estarem sempre registrados com data e hora igual, correspondem às propostas iniciais de cada empresa licitante. O registro das propostas iniciais, contendo data e hora de recepção, encontra-se na primeira sessão da ata, intitulada MOVIMENTOS DO PROCESSO.

O desempate dos referidos itens deu-se de maneira correta, portanto, a partir da ordem de entrega das propostas
(...)

Com relação ao item 190, não se verificou irregularidade, pois foi concedida a oportunidade de desempate às empresas categorizadas como ME, conforme aponta o contraditório (peça 85) e conforme constatado na ata do certame (peça 31 – f. 1008)” (Instrução n.º 1772/2020, peça 88, fls. 3 e 10).

Tendo em vista o opinativo técnico, inexistente irregularidade nos referidos itens quanto à aplicação dos critérios de desempate, afirmação com a qual se concorda.

No entanto, igual sorte não se tem quanto aos Itens 126, 153 e 157.

No Item 26, sagrou-se vencedora a empresa NOVASUL COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. com proposta no valor de R\$ 0,02.

Na defesa da empresa BLL, tem-se que:

Com o recorte dos registros da sessão é possível verificar que há um lance no valor de 0,01 pela empresa SOMA/PR COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES, e que esta foi detentora da melhor oferta na etapa de lances. Porém, verificamos também que a empresa foi inabilitada por solicitação própria.

(...)

Dentre os empatados, a prioridade era da empresa NOVASUL COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA que situa-se na posição nº 1 da classificação de alteração de propostas. A segunda colocada INOVAMED situa-se na posição nº 2 da mesma classificação.

fls. 8):
Observe-se o recorte da sessão trazido pela própria BLL (peça 85,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Classificação:	Participante	Melhor Lance	ME
Razão Social			
NOVASUL COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA	PARTICIPANTE 014	0,02	<input type="checkbox"/>
INOVAMED COMERCIO DE MEDICAMENTO LTDA -ME	PARTICIPANTE 087	0,02	<input type="checkbox"/>
DINMASTER COMERCIO PRODUTOS HOSPITALARES LTDA	PARTICIPANTE 045	0,02	<input type="checkbox"/>
NDS DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA	PARTICIPANTE 025	0,02	<input type="checkbox"/>
CIRURGICA ONIX - EIRELI - ME	PARTICIPANTE 090	0,02	<input checked="" type="checkbox"/>
CENTERMEDI COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA	PARTICIPANTE 022	0,02	<input type="checkbox"/>
PONTAMED FARMACEUTICA LTDA	PARTICIPANTE 030	0,02	<input type="checkbox"/>
MEDICAMENTOS DE AZ EIRELI	PARTICIPANTE 048	0,02	<input checked="" type="checkbox"/>
VITALSUL DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS - EIRELI	PARTICIPANTE 046	0,02	<input checked="" type="checkbox"/>
PROMEFARMA REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA	PARTICIPANTE 018	0,02	<input type="checkbox"/>
COMERCIAL CIRÚRGICA RIOCLARENSE LTDA	PARTICIPANTE 001	0,02	<input type="checkbox"/>
ALTERMED MATERIAL MEDICO HOSPITALAR LTDA	PARTICIPANTE 076	0,02	<input type="checkbox"/>
PRESTOMEDI DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS PARA SAUDE - LTDA	PARTICIPANTE 067	0,03	<input type="checkbox"/>
ISMED FARMACEUTICA EIRELI	PARTICIPANTE 069	0,03	<input checked="" type="checkbox"/>
CIAMED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA	PARTICIPANTE 009	0,04	<input type="checkbox"/>
EXENPLARMED COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA	PARTICIPANTE 012	0,06	<input checked="" type="checkbox"/>
V P - MEDICAMENTOS - EIRELI	PARTICIPANTE 074	0,08	<input checked="" type="checkbox"/>
GOLDENPLUS-COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA	PARTICIPANTE 041	0,09	<input type="checkbox"/>
HORTOPLUS PRODUTOS ODONTOLÓGICO E HOSPITALARES LTDA ME	PARTICIPANTE 097	0,09	<input checked="" type="checkbox"/>
DIHOSMED COMERCIO DE MEDICAMENTOS - EIRELI	PARTICIPANTE 003	0,09	<input checked="" type="checkbox"/>
ELISMED COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS E MATERIAIS MÉDICOS - EIRELI - EPP	PARTICIPANTE 011	0,09	<input checked="" type="checkbox"/>
SOMA/PR COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA	PARTICIPANTE 070	0,01	<input type="checkbox"/>

A partir dele é possível concluir que, com a exclusão da empresa SOMA/PR COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES, restaram pelo menos três empresas (CIRÚRGICA ONIX, MEDICAMENTOS DE AZ e VITALSUL DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS) que se indicaram pequena ou microempresa, com proposta de idêntico valor (R\$ 0,02).

Assim, com a inabilitação da empresa SOMA/PR COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES, tem-se propostas de idêntico valor ofertadas por empresas de pequeno porte ou microempresas e outras que não ostentavam esta condição, a caracterizar situação de empate, na forma do artigo 44, § 1º, da Lei Complementar n.º 123/2006, impondo a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, consoante o procedimento estruturado no artigo 45³ da mesma lei, o que não foi feito, explicitando a irregularidade na condução da sessão de julgamento da licitação.

³ “Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado; II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do **caput** deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito; III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta. § 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no **caput** deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame. § 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Ou seja, para fins de aferição da situação de empate, deve-se ter por base não apenas a menor oferta apresentada por qualquer licitante, mas a oferta apresentada por licitante que tenha condições de executar o contrato, em outros termos, que possa passar validamente pelo crivo da habilitação. Assim, se a princípio a autora da melhor proposta ostenta a condição de pequena empresa e é inabilitada em fase posterior, há que se retornar à classificação das final das propostas para aferir se, agora, existe a situação de empate, e não apenas arguir que descabida a verificação do empate, eis que já iniciada a habilitação.

A instrução da unidade técnica apontou doutrina e jurisprudência nesse sentido:

“Assim, natural o entendimento de Ronny Charles Lopes de Torres⁴:

O momento no qual deve ser aberta a faculdade de exercer o direito de desempate ficto, pela ME/EPP, seria imediatamente anterior à declaração de vencedor. Tal momento antecederia a tal declaração (que inicia o prazo recursal), mas seria posterior à análise da proposta apresentada e da habilitação. Tal raciocínio, além de evitar que a fraude denominada "coelho" (quando um licitante apresenta um lance sabidamente inexecutável) prejudique o legítimo exercício desse benefício pela ME/EPP, permite que o procedimento seja contestado, se for o caso, pelos eventuais recorrentes.

(...)

Diante da situação em que o primeiro classificado não é ME/EPP e seu valor reduzido impede o exercício do direito de desempate ficto, pela existência de uma diferença superior ao percentual de 5% estabelecido pela LC 123/2006, sua desclassificação ou a não assinatura do contrato permitem novo cálculo do percentual para aplicação do desempate ficto?

Exemplificamos: num determinado certame, entre as três melhores classificadas, estavam duas empresas grandes ("empresas A" e "empresa B") e uma EPP (empresa C), ficando esta última na terceira colocação. Os valores dos lances finais das três empresas foram, respectivamente: R\$ 100.000,00, R\$ 140.000,00 e R\$ 142.000,00. Obviamente que, ao final dos lances, a EPP não teria condições de exercer o direito de desempate ficto em relação à primeira colocada, pela diferença superior ao percentual de 5%; contudo, tendo a "empresa A" se furtado à assinatura do contrato ou sido desclassificada, a diferença (inferior a 5%) entre os lances finais da

microempresa ou empresa de pequeno porte. § 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão”.

⁴ Leis de licitações públicas comentadas. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1012.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

"empresa B" e a "empresa C" admitem o exercício, pela EPP, do direito ao desempate ficto, em relação à "empresa B"?

Entendemos que sim. Uma vez desclassificada a "empresa A", na sequência das propostas se identificará uma situação de empate ficto, conforme estabelecido pela LC 123/2006.

(...)

A situação de empate ficto com a ME/EPP, nos percentuais legais e em relação à proposta com melhor classificação e considerada vencedora do certame, gera o direito ao desempate ficto, exercido nos termos do artigo 45 da LC 123/2006.

No mesmo sentido, entende Joel De Menezes Niebuhr⁵:

De acordo com a consulta, a microempresa ou empresa de pequeno porte ofereceu proposta superior a 5% do valor da proposta do primeiro colocado, por efeito do que não se desenhou, em princípio, o aludido direito de preferência.

Entretanto, com a desistência do primeiro colocado, desenha-se o direito de preferência da microempresa ou empresa de pequeno porte em relação à proposta do segundo colocado.

A pergunta é se nesse caso a microempresa ou empresa de pequeno porte faz jus ao direito de preferência.

Parece-nos que sim.

A Lei Complementar nº 123/06 não é clara. Ela não trata diretamente desta questão.

Entretanto, se o primeiro colocado desistiu da licitação, a proposta do então segundo colocado passa a ser a *mais bem classificada*, a teor do que preceitua o § 1º do artigo 44 da Lei Complementar nº 123/06.

Se a proposta da microempresa ou empresa de pequeno porte, no caso do pregão, não supera em 5% a proposta do então segundo colocado, que é atualmente a mais bem classificada, desenha-se o chamado *empate ficto* e, pois, a microempresa e empresa de pequeno porte faz jus ao direito de preferência. (grifou-se)

Os seguintes precedentes determinam que seja reconsiderado o direito das ME/EPP ao desempate ficto após a inabilitação ou desistência da empresa vencedora:

EMENTA 1) DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO MODALIDADE PREGÃO. MICROEMPRESA LICITANTE. EMPATE FICTO (ART. 44 E 45 LC 123/06) ENTRE DUAS CONCORRENTES HABILITADAS. DIREITO SUBJETIVO À OFERTA DE LANCE VERBAL. a) Ocorrendo o empate ficto nos termos dos art.44 e 45 da LC 123/06 (proposta apresentada até 5% superior à melhor oferta), é direito subjetivo da microempresa apresentar

⁵ Em resposta à consulta formulada junto à Federação Catarinense de Municípios – FECAM. Disponível em https://antigo.fecam.org.br/consultoria/pareceres.php?cod_parecer=585?cod_parecer=585. Acessado em 26/06/2020.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

proposta de preço inferior àquela considerada vencedora e assim, ter adjudicado em seu favor o objeto licitado. b) A verificação da ocorrência de empate ficto deve considerar as propostas "regulares", isto é, de licitantes que podem, efetivamente, ter o objeto do contrato adjudicado para si, conhecíveis, portanto, somente após o julgamento dos recursos eventualmente interpostos contra seus credenciamentos ou habilitações. c) A exclusão definitiva de 7 das 9 licitantes por força de acolhimento de recurso implica na desconsideração, para quaisquer fins, dos lances por elas ofertados, não havendo que se falar em preclusão da fase de lances verbais para superação de empate ficto só porque, antes da exclusão dos "irregulares", não se configurara tal hipótese. 2) AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.⁶

ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. LC Nº 123/06. EMPATE FICTO OU PRESUMIDO. OCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. A eventual nulidade do procedimento licitatório alcança a adjudicação do objeto e o contrato posteriormente celebrado com o licitante vencedor (art. 49, parágrafo 2º, da Lei n. 8.666/93). Preliminar de perda de interesse de agir rejeitada.

2. Com a desclassificação, por desistência, da licitante primeira colocada no certame, deve o Pregoeiro examinar as propostas subsequentes, na ordem classificatória, em atenção ao que prescreve o art. 4º, XVI, da Lei nº 10.520/02 e o art. 25, parágrafo 5º, do Decreto nº 5.450/05, não servindo mais aquela oferta de parâmetro para aferir a situação de empate estampada no art. 44 da LC nº 123/06.

3. Hipótese em que restou configurado "empate ficto ou presumido" entre a oferta da impetrante (2ª colocada) e aquela oferecida por empresa de pequeno porte (3ª colocada), tendo essa licitante sido declarada vencedora, após haver exercido a faculdade encartada no art. 45, I, da LC nº 123/06, pelo que inexistente mácula apta a infirmar o resultado do certame.

4. Apelação e remessa providas.⁷ (grifou-se)

"[...]9. A decisão agravada partiu da premissa de que, mesmo desclassificada a empresa, aquela melhor proposta deveria ser adotada como parâmetro para efeito de identificação de eventual ocorrência de empate ficto futuro, valendo-se do raciocínio, segundo o qual, ao se distanciar cada vez mais da melhor oferta, mesmo que eliminada do certame, o pregoeiro estaria violando os princípios da igualdade e da melhor proposta para a Administração.

10. É notável a preocupação e a prudência da magistrada de primeiro grau em defesa de princípios elementares do processo licitatório, porém, com todo respeito, **o que se deve ter em foco é a escolha da melhor proposta válida**, pois o preço apenas constitui um componente desta.

11. Portanto, os quatro milhões oferecidos, embora tenham refletido o melhor preço provisório, **a empresa proponente foi desclassificada, e,**

⁶ TJ-PR - AI: 12109825 PR 1210982-5 (Acórdão), Relator: Leonel Cunha, Data de Julgamento: 21/10/2014, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1452 11/11/2014.

⁷ Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Apelreex nº 0009228-03.2010.4.05.8300, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, j. em 18/08/2011. Disponível em <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em 26/06/2020.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

nessa condição, aquele valor não pode ser computado para nenhum efeito, nem mesmo para fins de parâmetro da ocorrência de empate ficto.

12. Provimento do agravo de instrumento.⁸ (grifou-se)

Em suma, a verificação da ocorrência de empate ficto deveria ter considerado as propostas regulares, isto é, de licitantes que podiam ter o objeto do contrato adjudicado para si⁹ (peça 88, fls. 5-8).

Situação idêntica ocorreu nos itens 153 (após a desistência da empresa SOMA/PR, deveria ter sido oportunizado o desempate à empresa F&F DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA., que oferecera lance inicial de valor igual ao da empresa vencedora NDS DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTO LTDA, conforme peça 31, fls. 957) e 157 (após a desistência da empresa ANGEOMED, deveria ter sido oportunizado o desempate à empresa ELISMED, a qual oferecera lance inicial de valor igual ao da empresa vencedora NOVASUL, consoante peça 31, fls. 964).

Por derradeiro, desnecessária uma prolongada motivação quanto à ausência de inserção do Código BR, eis que esta Corte, por meio de expediente de consulta (Acórdão n.º 1393/19-Pleno), já consolidou o seu entendimento quanto à necessidade de inserção do Código BR, de cujo bojo se colhe:

“Além da obrigatória consulta ao Banco de Preços em Saúde - BPS e a adoção do Código BR como identificador dos medicamentos, devem ser consultadas outras fontes de pesquisa para formação do preço de referência, como o COMPRASNET (âmbito federal) e o COMPRASPARANA (âmbito estadual) e a cotação direta a fornecedores”.

Destaque-se que a deliberação constante do Acórdão n.º 1393/2019, do Tribunal Pleno, foi tomada por quórum qualificado (artigo 115 da Lei Complementar Estadual n.º 113/2005), o que, por força do artigo 316 do Regimento

⁸ Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Ag n.º 0015196-82.2010.4.05.0000. Rel. Des. Federal Emiliano Zapata Leitão, j. em 25/11/2010. Disponível em < <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1> >. Acesso em 26/06/2020.

⁹ Mendes, Herick Feijó. O parâmetro para a aferição do empate ficto da LC 123/06 no pregão eletrônico. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/318952/o-parametro-para-a-afericao-do-empate-ficto-da-lc-123-06-no-pregao-eletronico> >. Acesso em 26/06/2020.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Interno deste Tribunal, dota a resposta à referida consulta de força normativa, constituindo prejulgamento de tese e vinculando o exame de feitos sobre o mesmo tema, como é o caso dos autos. Daí a procedência nessa parte e a expedição de determinação.

Ainda, com relação à metodologia de pesquisa de preços, convém anotar a recomendação feita pelo órgão ministerial, que acato como determinação para que o município adote e explicita a metodologia de pesquisa de preços nas próximas licitações, tendo como referencial os preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, observando o disposto no Acórdão n.º 1393/2019-Pleno deste Tribunal de Contas quando da aquisição de medicamentos.

III. VOTO

Destarte, VOTO:

- I) pela procedência parcial da presente representação;
- II) pela expedição de determinações ao MUNICÍPIO DE PALMEIRA, na pessoa de seu respectivo representante legal, para que, em futuros certames para aquisição de medicamentos:
 - a) adote e explicita a metodologia de pesquisa de preços nas próximas licitações, tendo como referencial os preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, observando o disposto no Acórdão n.º 1393/2019-Pleno deste Tribunal de Contas quando da aquisição de medicamentos;
 - b) consigne o Código BR do catálogo de materiais do Comprasnet, para a identificação dos medicamentos que se pretende licitar, informando-o em coluna própria na relação de medicamentos constantes nos editais;

III) pelo encerramento, após o trânsito em julgado, feitas as devidas anotações, nos termos do artigo 398 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

É o voto.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, por unanimidade, em:

I. Julgar pela procedência parcial da presente representação;

II. Determinar ao MUNICÍPIO DE PALMEIRA, na pessoa de seu respectivo representante legal, que, em futuros certames para aquisição de medicamentos:

a) adote e explicita a metodologia de pesquisa de preços nas próximas licitações, tendo como referencial os preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, observando o disposto no Acórdão n.º 1393/2019-Pleno deste Tribunal de Contas quando da aquisição de medicamentos;

b) consigne o Código BR do catálogo de materiais do Comprasnet, para a identificação dos medicamentos que se pretende licitar, informando-o em coluna própria na relação de medicamentos constantes nos editais;

III. Determinar, após o trânsito em julgado da decisão, as seguintes medidas:

a) o encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Monitoramento e Execuções, nos termos do artigo 175-L, I, do Regimento Interno.

b) após, à Diretoria do Protocolo para o encerramento dos autos, nos termos do art. 398 do Regimento Interno do TCE-PR.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e IVENS ZSCHOERPER LINHARES.

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Plenário Virtual, 13 de maio de 2021 – Sessão Virtual nº 7.

JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL
Conselheiro Relator

FABIO DE SOUZA CAMARGO
Presidente