

Processo: 898647

Natureza: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Procedência: Assessoria para Coordenação da Fiscalização Integrada – SURICATO

Jurisdicionado: Fundo Municipal de Saúde de Lavras

Partes: Jussara Menicucci de Oliveira (ex-Prefeita Municipal de Lavras); José Mourão Lasmar e Rafael Vilhena Reis Júnior (ordenadores de despesas à época); Wilson Rodrigues Ribeiro – Pregoeiro Municipal e Luciana Viana Ferreira, Assessora Jurídica do Município à época; José Cherem, Kátia Regina Gomes Pires, Wilson Miranda de Oliveira e Rio Grande Comércio e Medicamentos Ltda.

Procuradores: Carlos Henrique Nascimento Santana - OAB/MG 121.263, Daniel Marconi Santos Silva - OAB/MG 170.111, Evandro D'Agostini Boari - OAB/MG 117.339, Fernanda Maia - OAB/MG 106.605, Jéssica Cristine Andrade Gomes - OAB/MG 174.178, Jordânia Ferreira dos Santos - OAB/MG 169.906, Leonardo Spencer Oliveira Freitas - OAB/MG 97.653, Luís André de Araújo Vasconcelos - OAB/MG 118.484, Maila Ranielli Costa de Sousa - OAB/MG 45.089E, Marcelo Souza Teixeira - OAB/MG 120.730, Sérgio Bassi Gomes CRC/MG 20.704

MPTC: Procurador Daniel de Carvalho Guimarães

RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

PRIMEIRA CÂMARA – 11/2/2020

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PRELIMINARES. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO. ARGUIÇÃO DA NULIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AFASTADA. MÉRITO. NÃO REALIZAÇÃO DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS E FALTA DE ADOÇÃO DA TABELA DE PREÇOS CMED/ANVISA. DANO AO ERÁRIO NÃO CONFIGURADO. IRREGULARIDADES NO EDITAL. FALTA DE ESPECIFICAÇÃO DETALHADA DOS MEDICAMENTOS E QUANTITATIVOS A SEREM ADQUIRIDOS, FALTA DE COMPROVAÇÃO DE PESQUISA DE PREÇOS E NÃO OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS DE REGÊNCIA DO ÓRGÃO REGULADOR CMED/ANVISA. RECOMENDAÇÕES À ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL.

1. A utilização apenas da tabela da CMED, como referencial para fins de comparação entre os preços pagos pela Administração Municipal descolada de ampla pesquisa de preços, pode induzir à interpretação equivocada de sobrepreço, em face da ocorrência de valores excessivamente baixos ou incompatíveis com os que foram efetivamente praticados pelo mercado à época.
2. Tendo em vista que não foram identificados nos autos quaisquer documentos que comprovassem a realização de ampla pesquisa de preços de mercado, que corroborasse a exatidão dos valores máximos admitidos como único parâmetro para a apuração de sobrepreço, entende-se como inapropriada a utilização apenas da tabela da CMED, como referencial para a alegação de compras antieconômicas dadas as graves distorções nela

contidas, razão pela qual afasta-se o apontamento de sobrepreço pela equipe técnica em face das impropriedades identificadas no critério adotado para a sua apuração.

3. A falta de especificação no termo de referência das estimativas de quantitativos de medicamentos a serem adquiridos, além da não realização de ampla pesquisa prévia de preços praticados pelo mercado e dos dados do BPS e a não adoção desses juntamente com a tabela de preços máximos definidos pelo órgão regulador ensejam recomendação à Administração Municipal para se evitar a repetição de conduta irregular.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por maioria de votos, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) reconhecer, preliminarmente, a prescrição da pretensão punitiva a cargo desta Corte de Contas, em razão de terem decorridos mais de cinco anos desde a ocorrência da primeira causa interruptiva (31/10/2013), consoante previsão contida no art. 110-C, inciso II, combinado com os arts. 110-E e 110-F, inciso I, da Lei Complementar Estadual n. 133, de 05/02/2014 que alterou a Lei Complementar Estadual n. 102, de 17/01/2008;
- II) afastar, ainda em preliminar, a arguição da nulidade da tomada de contas especial, mantendo-se, na relação processual, a Senhora Jussara Menicucci de Oliveira, ex-prefeita municipal de Lavras e o Senhor Wilson Rodrigues Ribeiro – pregoeiro à época;
- III) determinar, no mérito, o arquivamento do processo de Tomada de Contas Especial sob exame, nos termos do art. 71, § 3º, da Lei Complementar n. 102/2008, dada a carência de elementos probatórios que evidenciassem de forma cabal a ocorrência de dano ao erário; e, em face da inexistência da devida quantificação do dano, o que configuram ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular;
- IV) recomendar ao atual Chefe do Poder Executivo Municipal e ao Secretário Municipal de Saúde de Lavras que adotem os procedimentos previstos nas normas de regência descritas a seguir, por ocasião da instauração de processos licitatórios:
 - a) discriminem todos os medicamentos a serem adquiridos com seus respectivos princípios ativos e quantitativos no termo de referência para atendimento (artigos 14, 38, *caput* e 40, inciso I, da Lei Federal n. 8.666/93);
 - b) elaborem ampla pesquisa para uma definição consistente e clara de preços orçados devidamente demonstrados por orçamento detalhado em planilhas (art. 7º, inciso II, c/c o art. 40, § 2º, inciso II, da Lei Federal n. 8.666/93) de modo a possibilitar a aferição se os valores contratados estão compatíveis com os praticados no mercado (art. 15, inciso V, § 1º e o art. 43, inciso IV, da Lei Federal n. 8.666/93 e, também o art. 3º, inciso III, da Lei Federal n. 10.520/02);
 - c) adotem a modalidade de pregão eletrônico ao presencial para a compra de medicamentos em face de maior rapidez, impessoalidade, maior celeridade para a sua realização, transparência e segurança em razão de aumento da

competitividade do certame e, por consequência, maior economicidade para a administração pública (art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93);

- d) nas compras de medicamentos deverão ser observados os preços definidos nas tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos – SAMMED, da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, disponibilizadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, nos termos das disposições da Lei Federal n. 10.742/2003, e das Resoluções CMED n. 02/2004, 04/2006 e 03/2011, bem como os dados do Banco de Preços em Saúde – BPS, e com realização de prévia ampla pesquisa de preços à instauração do certame, consoante disposto no inciso V do art. 15 da Lei Federal n. 8.666/93, promovendo-se a adequação dos valores àqueles praticados pelo mercado, de modo que seja obtido o menor preço e alcançada economicidade nas aquisições;
- V) determinar a intimação dos responsáveis desta decisão, por meio de publicação no Diário Oficial de Contas e, também, por via postal, nos termos previstos nos §§ 3º e 4º do art. 166 do Regimento Interno deste Tribunal;
- VI) determinar o arquivamento dos autos, conforme inciso I do art. 176 do Regimento Interno, após o cumprimento das exigências regimentais, notadamente da remessa dos autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, nos termos do §2º do art. 254 do Regimento Interno.

Votaram o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Durval Ângelo, ficando vencido, no mérito, o primeiro.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 11 de fevereiro de 2020.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
PRIMEIRA CÂMARA – 05/12/2019

CONSELHEIRO PRESIDENTE JOSÉ ALVES VIANA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Tomada de Contas Especial resultante da conversão da Representação n. 898.647 (fls. 16) formulada pela Superintendência de Controle Externo, unidade integrante da estrutura organizacional do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, apoiada em relatório elaborado pelo então Centro de Integração da Fiscalização e de Gestão de Informações Estratégicas - SURICATO, referente ao produto de fiscalização da Malha Eletrônica de Compra Pública n. 1/2013, que detectou suposta aquisição antieconômica de medicamentos pelo Município de Lavras, no exercício de 2012, por preços superiores àqueles fixados nas tabelas de preços elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento do Mercado de Medicamentos – SAMMED da Câmara de Regulação de Mercado do Medicamento – CMED, disponibilizadas no *site* da ANVISA.

Cumprido destacar que às fls. 3 o SURICATO apontou que o montante relativo às supostas aquisições antieconômicas seria de R\$40.009,06, valor que foi alterado para R\$42.841,37 (fls. 67) e em seguida para R\$42.882,49 (fls. 79), quantia que atualizada até fevereiro de 2015 corresponderia a R\$46.762,89 (fls. 82).

Tais aquisições além de não observarem as citadas normas do órgão regulador também teriam sido realizadas em inobservância ao inciso V do art. 15 da Lei Federal n. 8.666/93; aos dispositivos da Lei Federal n. 10.742/2003; às Resoluções da CMED n. 02/2004; 04/2006 e 03/2011. (fls. 01/03-v).

Autuada a mencionada Representação n. 898.647 e distribuída à minha relatoria, determinei por despacho (fls. 17/19) que a mesma fosse convertida em Tomada de Contas Especial (fls. 20) em face da proposição feita pela Assessora do SURICATO à época, (fls. 16).

Realizadas as diligências (fls. 44/46 e 51/53) informaram-se os nomes dos responsáveis pelas despesas relativas às aquisições de medicamentos realizadas pelo Fundo Municipal de Saúde de Lavras, razão pela qual determinei a citação dos mesmos para que apresentassem defesa acerca da suposta compra de medicamentos em valores acima daqueles constantes da tabela da CMED/ANVISA.

A unidade técnica em seu relatório de fls. 403/409, concluiu pela necessidade de citação da Sra. Jussara Menicucci de Oliveira, Prefeita Municipal à época, do Sr. Wilson Rodrigues Ribeiro, Pregoeiro e da Sra. Luciana Viana Ferreira, Assessora Jurídica do Município, em atenção os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Acolhida a proposição da unidade técnica, determinei a citação da empresa Rio Grande Comércio e Medicamentos Ltda., fornecedora dos medicamentos adquiridos para que recolhesse a quantia devida ou apresentasse sua defesa.

Devidamente citados os responsáveis pelas aquisições de medicamentos apresentaram suas defesas por meio de documentação juntada às fls. 89/401.

A Sra. Luciana Viana Ferreira manifestou-se às fls. 433/442.

A defesa da Sra. Jussara Menicucci de Oliveira e do Sr. Wilson Rodrigues Ribeiro encontra-se às fls. 448/463.

Efetuada as tentativas de citação da empresa Rio Grande Comércio e Medicamentos Ltda., fornecedora dos medicamentos adquiridos, informou-se que a mesma teria se mudado, fls. 469. Promoveu-se então a citação da empresa por edital, conforme fl. 476. No entanto, nos termos da certidão de fl. 477, a empresa não se manifestou.

Conforme determinado no despacho constante das fls. 82 toda a documentação juntada aos presentes autos pelos defendentes foi submetida ao exame da equipe do SURICATO, bem como da unidade técnica.

A unidade técnica no reexame dos autos (fls. 479/484) concluiu:

Por todo o exposto, entende-se que devem ser responsabilizadas, além da Prefeita, Sra. Jussara Menicucci de Oliveira e pregoeiro Wilson Rodrigues Ribeiro, os Secretários Municipais de Saúde à época, Srs. José Mourão Lasmar e Rafael Vilhena Reis Júnior, pela aquisição de medicamentos por valores superiores aos preços definidos na tabela da CMED/ANVISA, com amparo no art. 2º, inciso III do Regimento Interno deste Tribunal.

Entende-se também, s.m.j., que deve ser responsabilizada a empresa Rio Grande Comércio de Medicamentos Ltda. ME pela mesma ocorrência da prática de ato ilegal e antieconômico, decorrente da venda de medicamentos por valores superiores aos preços definidos na tabela da CMED/ANVISA, também com amparo no art. 2º, inciso III do Regimento Interno deste Tribunal.

Após o exame pela Unidade Técnica os autos foram submetidos ao Ministério Público de Contas para parecer.

Em seu parecer o Procurador do Ministério Público de Contas opinou *in verbis* (fls. 487/493):

- a) Quanto à pretensão punitiva, pelo reconhecimento da prescrição e aplicação da regra contida nos arts. 110-E, 110-C, inciso II c/c 110-F, inciso I da Lei Complementar Estadual nº 102/2008, pugnando-se pela extinção do processo sob análise com resolução de mérito, nos termos do art. 110-J do mencionado diploma legal e do art. 487, II, do Novo Código de Processo Civil;
- b) Quanto à pretensão ressarcitória, pela não imputação de responsabilidade aos ordenadores de despesa, em razão da deficiente divulgação da obrigatoriedade de utilização da tabela da ANVISA;
- c) Pela recomendação aos gestores do município para que, em futuras contratações para aquisição de medicamentos, utilizem a tabela referenciada da ANVISA.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 Quanto à pretensão punitiva

Inicialmente, passo a examinar nos presentes autos a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva por esta Corte de Contas.

Verifica-se nos autos que a tomada de contas em comento refere-se a aquisições de medicamentos realizadas no período de 1/1 a 31/12/2012, a qual foi autuada nesta Casa em 31/10/2013 (fls. 14) data em que se observa a ocorrência da primeira causa interruptiva, nos termos do art. 110-C, inciso II da Lei Complementar n. 102/2008.

Entendo que tenha ocorrido a prescrição da pretensão punitiva dessa Corte, uma vez que decorreram mais de cinco anos desde a verificação da primeira causa interruptiva da prescrição.

Corroborando a manifestação do douto representante do *Parquet* de Contas pugno pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva a cargo desta Corte de Contas, em razão de terem decorridos mais de cinco anos desde a ocorrência da primeira causa interruptiva (31/10/2013) consoante previsão contida nos art. 110-C, inciso II combinado com os arts. 110-E e 110-F, inciso I da Lei Complementar Estadual nº 133, de 05/02/2014 que alterou a Lei Complementar Estadual nº 102, de 17/01/2008.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE JOSÉ ALVES VIANA:

APROVADO O VOTO DO RELATOR.

II.2 – Preliminar de arguição da nulidade da tomada de contas especial

Por meio de defesa conjunta apresentada pelo Procurador Sr. Luís André de Araújo Vasconcelos a Sra. Jussara Menicucci de Oliveira, ex-prefeita municipal de Lavras e o Sr. Wilson Rodrigues Ribeiro - pregoeiro (fls. 448/462) arguíram a nulidade da tomada de contas sob exame, em face de ter sido instaurada a partir de análise eletrônica do sistema Suricato, “em que foram constatados meros indícios de irregularidade”.

Observa-se no relatório do SURICATO datado de 23/07/2013 que houve o apontamento de “evidências de aquisição antieconômica de medicamentos pelo Fundo Municipal de Saúde de Lavras”, e que essa decorreu em face da inobservância aos preços definidos nas tabelas da CMED/ANVISA.

Foi assinalado no relatório do SURICATO (fls. 2-v) *in literis*:

“considerando que, no âmbito do Controle Externo, os valores referenciais emitidos pelo órgão regulador constituem um parâmetro adequado para estabelecer a existência ou não de malversação dos recursos públicos, os cruzamentos realizados entre os valores referenciais máximos e aqueles obtidos por meio das notas fiscais eletrônicas objetivaram identificar o descumprimento por parte da administração pública de norma posta no ordenamento jurídico pátrio, qual seja a aquisição de medicamentos acima dos preços estabelecidos pelos instrumentos normativos do órgão regulador”.

De acordo com os defêndentes, no caso sob exame, seria necessária a deflagração de prévio procedimento para constatar as efetivas irregularidades, em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Assinalaram que a fase de defesa é o primeiro momento em que os defêndentes têm condições de se manifestarem acerca dos fatos narrados na Tomada de Contas, na qual já há pressuposto de existência de dano ao erário.

Os defêndentes sustentam que não teria ocorrido a apuração preliminar de dano e ressaltam a ausência da efetiva identificação do responsável pelo dano. Ponderam que a questão estaria tão clara que a servidora inicialmente apontada como responsável, Kátia Regina Gomes Pires, sequer era a responsável pela gestão do Fundo Municipal de Saúde e que os ora defêndentes, foram incluídos no polo passivo da tomada de contas após a apresentação de defesa por parte

dos servidores inicialmente citados, desvirtuando-se a finalidade da Tomada de Contas Especial.

Segundo os defendentes ocorreu ofensa ao devido processo legal, no que se refere ao exercício do direito de ampla defesa, em razão dos mesmos não serem os responsáveis pela ordenação das despesas.

Ressaltaram os defendentes que, para haver a responsabilização do agente, é indispensável demonstrar que ele cooperou de forma efetiva para a ocorrência do ilícito, com o fim específico de infringir a norma e de provocar prejuízo ao erário, ou seja, faz-se necessário que haja configurado o dolo na ação.

Verifica-se nos autos que em razão das supostas aquisições antieconômicas os responsáveis foram devidamente citados tendo sido oportunizada aos mesmos a apresentação de suas defesas sobre os apontamentos feitos pela equipe do SURICATO.

Alegaram os defendentes a necessidade do reconhecimento da nulidade do procedimento e ainda que se não se entenda por ela, deve-se reconhecê-la em face da impossibilidade do pleno exercício do direito de defesa decorrente de citação tardia para integrar o procedimento, bem como ausência de vinculação aos atos apontados como antieconômicos no presente caso.

Os defendentes requereram a declaração da nulidade da tomada de contas especial, tendo em vista a inobservância dos requisitos para a instauração, previstos no art. 249 da Resolução nº 12/2008.

Oportuno ressaltar que em relação à responsabilidade de cada um dos citados e principalmente ao pedido de reconhecimento da nulidade desta TCE, entendo que por se referirem a matéria de mérito, esta será devidamente abordada após o exame minudente do critério para a evidenciação do dano ao erário apontado pelo SURICATO.

Em face do exposto, voto pela manutenção na relação processual da Sra. Jussara Menicucci de Oliveira, ex-prefeita municipal de Lavras e do Sr. Wilson Rodrigues Ribeiro – pregoeiro à época.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE JOSÉ ALVES VIANA:

APROVADA A PRELIMINAR DE ARGUIÇÃO DE NULIDADE.

II.3 – Do Pregão Presencial para a compra dos medicamentos

In casu, verifica-se no edital do Pregão Presencial Registro de Preços n. 104/2011 (fls. 96/390) para a aquisição de medicamentos que os medicamentos foram agrupados no Termo de Referência nas especificações definidas por **éticos, genéricos e similares**, os quais foram selecionados por critérios relacionados ao princípio ativo.

Destaca-se que a opção pelo pregão presencial, dada a sua menor abrangência, favorece a disputa apenas entre fornecedores regionais ou locais, o que traz um efeito maléfico para a

Administração, uma vez que licitantes de outras regiões poderiam apresentar melhor qualidade do produto e menor preço. O Pregão Eletrônico, ao contrário, possibilita uma maior disputa e alcance, ampliando a competitividade do certame, notadamente em licitações de caráter nacional.

De acordo com o edital (fls. 109) o objeto do presente edital para registro de preço consistiu no maior desconto sobre a tabela ABC Farma, vigentes à época da aquisição, situação que pode ter restringido a participação de fabricantes e de distribuidores que não comercializam produtos de muitos laboratórios, além de impossibilitar a aferição da compatibilidade dos valores ofertados com aqueles praticados pelo mercado (art. 43, IV, da Lei Federal n. 8.666/93 e no art. 3º, I e III, da Lei Federal n. 10.520/02).

Verifica-se que no Termo de Referência –Anexo IX (fls. 49/58) “**lista de medicamentos que não serão adquiridos nesse pregão**” composta por 418 medicamentos fls. 144/153 e 164/172.

Não há na documentação juntada relativa ao edital a discriminação no termo de referência dos medicamentos que seriam adquiridos com suas respectivas especificações. Consta-se também que não foram discriminadas as quantidades estimadas no mencionado termo contrariamente ao que dispõe os artigos 14, 38, *caput* e 40, inciso I da Lei de Licitações.

Observa-se da ata do pregão em comento que apenas 3 licitantes participaram do pregão presencial, respectivamente: Vale dos Ipês Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda., Rio Grande Comércio de Medicamentos Ltda. e Medway Log Comércio e Serviços Ltda., tendo sido habilitadas as duas primeiras.

O objeto da licitação foi adjudicado às empresas Vale dos Ipês Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda. (60% desconto) e Rio Grande Comércio de Medicamentos Ltda. (25% desconto tabela ABCFarma) fls. 370/371.

Cumpra-se ressaltar que o Registro de Preços oferece uma margem de segurança na aquisição de medicamentos. Todavia, é recomendável que as quantidades sejam discriminadas nos editais de licitação, as quais sejam estimadas, com relativa precisão, tendo como parâmetros contratações anteriores e as necessidades atuais.

Ressalta-se que o sistema de registro de preços não significa retirar o estabelecimento de que os editais devem detalhar, de modo preciso o objeto da licitação, uma vez que a dúvida sobre quantitativos mínimos e máximos se reflete na frustração da participação ao certame de potenciais interessados e por consequência concorrem para o aumento nos preços ofertados pelos participantes.

A definição de quantitativos máximos, aliás, é condição essencial proveniente das normas orçamentárias, do princípio da isonomia e da economicidade.

De igual modo, salienta-se a importância da adequada caracterização do objeto a ser licitado. Tal entendimento consta da Consulta n. 849.726, da relatoria da Conselheira Adriene Andrade, em Sessão do Tribunal Pleno de 12/06/2013, *in literis*:

[...]

Portanto, se o objeto da licitação deve ser caracterizado de forma adequada, sucinta e clara, a interpretação dos dispositivos citados nos leva a concluir que a descrição do objeto deve ser simples e sem maiores detalhes. Entretanto, isso não significa que deve ser deficiente ou omissivo em pontos essenciais.

A determinação da Lei de Licitações é que o objeto seja descrito de forma que revele a exata necessidade do Poder Público, com todas as características indispensáveis, afastando-se aquelas irrelevantes e desnecessárias, que apenas restringem a competição.

Por outro lado, a indefinição do objeto lesa o princípio da isonomia entre os licitantes, pois, não sendo o objeto claro o suficiente, o licitante não poderá elaborar uma proposta objetiva e, conseqüentemente, não conseguirá elaborar com precisão os demonstrativos de preços, conforme determinação do inciso X do art. 40 da Lei n. 8.666/93.

A descrição precisa do objeto da licitação, com a indicação de suas características técnicas, visa alcançar plenamente o princípio da igualdade. Somente de posse de todas as informações sobre o produto a ser licitado é que os interessados poderão disputar o certame em igualdade de condições.

A falta de clareza do objeto da licitação fere o princípio do julgamento objetivo, pois não haverá condições de comparar as propostas ofertadas nem de demonstrar que o preço proposto é compatível.

Resumindo, podemos dizer que a falta de definição correta e clara do objeto da licitação ofende, sobremaneira, o princípio fundamental da licitação, que é a competição. Nesse sentido, é conveniente registrar que o Tribunal de Contas da União (TCU) sumulou esse entendimento (Súmula n. 177):

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

In casu utilizou-se como critério determinante de preços para as aquisições de medicamentos, o maior desconto sobre a tabela ABC Farma, vigentes à época da aquisição. Ocorre, todavia, que o referencial adotado destoava do parâmetro legalmente definido para a compra de fármacos pelos entes públicos – a tabela CMED/ANVISA –, sendo conveniente anotar que a lista de preços da ABC Farma é voltada para uso do comércio varejista.

Salienta-se que as tabelas elaboradas por representantes do mercado farmacêutico, tais como as tabelas da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico – ABC Farma e o Guia Farmacêutico Brasindice, não são fontes adequadas para uma pesquisa de preços no âmbito das compras públicas por apresentarem valores máximos para compra, no varejo, por consumidor final.

Entendo como irregular a adoção da tabela ABC Farma, como base para o oferecimento do referido percentual de desconto.

Oportuno destacar o entendimento do TCU quando prolatou o Acórdão TCU n. 95/2007 – Plenário referente à adoção da tabela da ABC Farma para aquisição de medicamentos:

Esta Corte de Contas já examinou este assunto e entendeu que a coluna preço máximo ao consumidor, constante da Revista ABCFARMA, não se presta como parâmetro determinante de preços nas licitações públicas, uma vez tratar-se de lista de preços destinada ao mercado varejista (Decisão 214/2000 e Acórdão 35/2002, da 2ª Câmara; e Decisão 337/2002 - Plenário, ratificado pelo Acórdão 6/2003, do mesmo Colegiado e Acórdão 1049/2004 - Primeira Câmara). (Grifamos)

Reiterou-se esse entendimento no Acórdão TCU n. 2041/2010 – Plenário, Sessão de 08/11/2012, *in verbis*:

Nesse ponto, há que se esclarecer, por importante, que os valores para venda, definidos na referida tabela, são os máximos possíveis, os quais, na prática, não são cobrados aos consumidores finais, haja vista a ampla concorrência do mercado de vendas de medicamentos, o que faz com que os descontos sejam cada vez mais atrativos e os preços

finais sejam bem inferiores aos definidos como máximos na tabela da ABCFARMA. Assim, trazer preços máximos estabelecidos por essa tabela para referendar os preços de venda, não exclui os superfaturamentos constatados, vez que as compras têm que se basear nos preços corriqueiramente praticados no mercado, conforme preconiza o art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/93 e não em valores máximos estabelecidos em tabelas de referência de preços. Ademais, podemos citar diversas razões para que os preços da ABCFARMA não sejam aceitáveis em licitações públicas: (Grifamos)

a) a jurisprudência desta Corte de Contas é pacífica no sentido de que o preço máximo ao consumidor constante da Revista ABCFARMA não se presta como parâmetro determinante de preços nas licitações públicas, uma vez tratar-se de lista de preços destinada ao mercado varejista (Decisão 214/2000 e Acórdão 35/2002 - TCU - 2ª Câmara; e Decisão 337/2002 - TCU - Plenário, ratificado pelo Acórdão 006/2003 - TCU - Plenário);

b) também, é notório que os distribuidores/atacadistas obtêm dos laboratórios/fabricantes descontos consideráveis nos preços constantes da Revista ABCFARMA, assertiva facilmente comprovada através dos preços praticados pelas empresas atacadistas aqui envolvidas, para os mesmos medicamentos e fabricantes, em licitações na modalidade de Concorrência;

c) O preço da ABCFARMA é o preço máximo no balcão da farmácia para o consumidor final, em geral elas vendem abaixo, para os medicamentos no formato ético, ou seja, embalado para uso individual. Nas licitações públicas, as licitantes são os fabricantes ou os distribuidores, portanto, sem intervenção e custos que envolvem as farmácias, podendo, portanto, vender a preços bem inferiores;

d) a escala e a frequência das compras estatais autorizam até mesmo negociações com os fabricantes para se conseguirem descontos ainda maiores.

Verifica-se no exame dos autos que não há qualquer informação que comprove a realização de pesquisa de preços com os respectivos quantitativos previamente à deflagração do certame licitatório e nem relativa a orçamento detalhado em planilhas (art. 7º, inciso II, da Lei Federal n. 8.666/93 c/c o art. 40, §2º, inciso II da mesma Lei).

Ressalta-se que esta Casa por meio da Consulta n. 812.445, relatada pelo eminente Conselheiro Sebastião Helvecio, em Sessão do Tribunal Pleno de 21/07/2010, pacificou entendimento no sentido da necessidade de demonstração da conformidade dos preços que orientam o certame com os preços praticados no mercado *in verbis*:

[...]

Quanto à especificidade dessa consulta, o tema versa sobre dificuldades nos procedimentos de cotação de preços hábeis a fim de se instruir os procedimentos de licitação para registro de preços, de modo a se demonstrar, da melhor forma possível, que os preços registrados estão em conformidade com os praticados no mercado.

Entendo que esse é um dos objetivos mais importantes do instituto da licitação, consagrado no art. 37, XXI, da Constituição Cidadã, ou seja, devem ser viabilizadas compras governamentais compatíveis com os valores praticados no mercado, sendo indispensável essa demonstração, não só nos autos dos processos licitatórios para registro de preços, mas, também, nos demais procedimentos de aquisição de bens e serviços pela Administração Pública, como em diversas oportunidades determina a legislação infraconstitucional sobre o tema.

Deve-se, assim, atentar para o cumprimento efetivo do art. 43, IV, da Lei de Licitações, com a realização de procedimento minucioso de cotação prévia de preços para composição da estimativa, de modo a se mostrarem, nos autos da licitação, valores inequivocamente adequados aos praticados no mercado (g.n).

Do mesmo modo, deve-se cumprir o art. 3º, I e III, da Lei n. 10.520, com a adoção e inserção nos autos, quando da elaboração da fase interna da licitação, de ampla fundamentação técnica sobre a composição do orçamento dos itens licitados.

Como se vê, a regra é que se faça na fase interna da licitação uma cotação ampla, detalhada, transparente, cuidadosa, de modo a se configurar um juízo seguro de que os preços orçados estão compatíveis com os que são praticados comumente para a iniciativa privada. (g.n)

[...]

Aliado a isso, deve-se, ainda, ter sempre em mente o princípio da mais ampla competitividade possível, que impõe ao administrador conferir, quando da gestão de seu sistema de compras e da confecção de seus editais, a maior atratividade possível e, ainda, evitar cláusulas restritivas injustificadas ou inadequadas.

[...]

De qualquer modo, é imprescindível que o gestor de recursos públicos, ou o que sua vez faz, demonstre ao longo dos procedimentos de contratação, por meios razoáveis, que os valores orçados e, conseqüentemente, os contratados, são compatíveis com o mercado e que ele se esforçou para conferir ao certame a maior competitividade possível, explicitando os motivos ou fatos que ensejaram uma eventual e indesejada ausência de interessados.

[...]

De todo exposto, no intuito de responder à indagação desta consulta, pode-se concluir, não obstante a vastidão do tema, que a regra vigente é a da maior competitividade possível, a qual impõe a tarefa de configuração, pelo gestor, de objetos licitados bem definidos e atraentes e de editais o menos possível restritivos, para que acorra ao certame o maior número possível de interessados, viabilizando, assim, **ampla cotação para uma definição consistente e clara de que preços orçados e, também, os contratados e são compatíveis com os praticados no mercado, como, aliás, impõem o art. 15, V, § 1º e o art. 43, IV, da Lei n. 8.666/93 e, também, o art. 3º, III, da Lei n. 10.520/02. (g.n)**

É oportuno salientar a jurisprudência do TCU, no que concerne à pesquisa de preço constante do Acórdão n. 710/2007, relatoria do Ministro Raimundo Carrero:

A importância da realização de uma ampla pesquisa de preços no mercado e de uma correta estimativa de custos é incontestável, pois fornece os parâmetros para a Administração avaliar a compatibilidade das propostas ofertadas pelos licitantes com os preços praticados no mercado e verificar a razoabilidade do valor a ser desembolsado, afastando a prática de atos possivelmente antieconômicos. (g. n.).

Em face do exposto observa-se que as ocorrências detectadas no exame do processo licitatório destinado à aquisição de medicamentos suscitam recomendação ao atual Chefe do Poder Executivo Municipal de Lavras para que observe as normas de regência, por ocasião da instauração de processos licitatórios em especial aos seguintes dispositivos:

- a) realize ampla cotação para uma definição consistente e clara de que preços orçados e, também, os contratados estão compatíveis com os praticados no mercado, como, aliás, impõem o art. 15, V, § 1º e o art. 43, IV, da Lei n. 8.666/93 e, também, o art. 3º, III, da Lei n. 10.520/02;
- b) opte pela modalidade de pregão eletrônico ao presencial para a compra de medicamentos;
- c) discrimine as quantidades estimadas no termo de referência para atendimento ao que dispõe os artigos 14, 38, *caput* e 40, inciso I da Lei de Licitações.

II.4 - Quanto à defesa apresentada pela Sra. Luciana Viana Ferreira - Assessora Jurídica do Município (fls. 433/440)

A defendente alegou que de fato o edital destinado à aquisição de medicamentos prevê como critério de julgamento “maior desconto na tabela ABCFARMA” sem prever o critério de preços máximos para entes governamentais da CMED/ANVISA, mas que este ato pode até ter constituído uma falha, podendo ser imoral, mas não ilegal.

Informou a defendente que exercia a função de advogada na Assessoria Jurídica, mas não era a responsável pela Assessoria Jurídica do Departamento.

A defendente ponderou quanto à ausência de dolo e de culpa e a inexistência de danos à Fazenda Municipal, considerando que a omissão do parecer jurídico, diante do parágrafo único do art. 38, da Lei federal 8.666/93 foi sanada pelo visto da assessoria jurídica na minuta do edital, tornando-se ato validado e também que os medicamentos adquiridos com preços superiores àqueles da CMED, são adquiridos em caráter de urgência para atendimentos às demandas extraordinárias, ordens judiciais e recomendações do Ministério Público.

Em sua manifestação a unidade técnica (fls. 480/480-v) fez as seguintes considerações, *in verbis*:

“(..)

Em ponto nenhum os relatórios técnicos do TCEMG questionam o fato da minuta não ter sido examinada através de parecer jurídico ou que eventual ausência de parecer tenha contribuído para a aquisição antieconômica. O fato de a minuta ter sido examinada e aprovada com visto da parecerista em todas as folhas do edital, não garante a validade do ato, mas apenas ratifica a sua execução. A obrigatoriedade da emissão do parecer, por si só, não caracteriza apenas a condição de exame preliminar das consequências do ato administrativo, assim de natureza opinativa. A emissão do parecer é ato vinculado ao procedimento licitatório.

O fato de a defendente exercer papel de advogada dentro da Assessoria Jurídica do município de Lavras, mas não ser a Assessora Jurídica do Departamento, como alegou às fls. 435, não a exime da responsabilidade pelo seu ato da emissão do parecer. Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, cita, no item 24) Responsabilidade da Assessoria Jurídica, referente aos comentários ao art.38 da referida Lei, que “ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação, associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há o dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos”.

A própria defendente confirma que o ato continha defeito ao afirmar, fl. 435, que “a não previsão no edital do certame da observância da tabela de preços máximos da CMED/ANVISA, pode até ter constituído uma falha do pregoeiro, a quem coube a elaboração do referido ato administrativo, podendo ser imoral, mas não ilegal.” Observa-se aqui a confirmação de haver o ato defeituoso. Ademais, a finalidade do parecer jurídico não é a de apenas atestar o edital e rubricar suas páginas para se avaliar o ato, mas precipuamente a de se avaliar o seu conteúdo.

Finalmente, quanto a afirmativa de que os medicamentos adquiridos com preços superiores àqueles da CMED são adquiridos em caráter de urgência para atendimentos às demandas extraordinárias, ordens judiciais e recomendações do Ministério Público, compulsando os autos, verifica-se que há na listagem medicamentos comuns, de uso contínuo. Mesmo porque para casos específicos como urgências justificadas e demandas judiciais, na lei vislumbram-se outros instrumentos como a dispensa de licitações”.

A unidade técnica em sede de reexame concluiu pela responsabilização além da Prefeita, Sra. Jussara Menicucci de Oliveira e pregoeiro Wilson Rodrigues Ribeiro, os Secretários Municipais de Saúde à época, Srs. José Mourão Lasmar e Rafael Vilhena Reis Júnior, pela aquisição de medicamentos por valores superiores aos preços definidos na tabela da CMED/ANVISA, com amparo no art. 2º, inciso III do Regimento Interno deste Tribunal.

Ainda de acordo com a unidade técnica deve ser responsabilizada a empresa Rio Grande Comércio de Medicamentos Ltda. ME pela mesma ocorrência da prática de ato ilegal e antieconômico, decorrente da venda de medicamentos por valores superiores aos preços definidos na tabela da CMED/ANVISA, também com amparo no art. 2º, inciso III do Regimento Interno deste Tribunal.

Por sua vez, o Procurador do Órgão Ministerial opinou “quanto à pretensão ressarcitória, pela não imputação de responsabilidade aos ordenadores de despesa, em razão da deficiente divulgação da obrigatoriedade de utilização da tabela da ANVISA e pela recomendação aos gestores do município para que, em futuras contratações para aquisição de medicamentos, utilizem a tabela referenciada da ANVISA.

II.5- Da fiscalização do SURICATO

A política de fiscalização integrada foi criada por este Tribunal com o objetivo de institucionalizar procedimentos a fim de assegurar o aproveitamento das informações pertinentes à fiscalização integrada da gestão dos recursos públicos, de forma sistematizada, visando conferir maior efetividade ao controle externo.

Essa política encontra-se disciplinada na Resolução nº 10/2011 e suas ações desenvolvem-se com o acompanhamento da execução dos orçamentos públicos a partir do cruzamento de dados e informações disponibilizados em sistema informatizado próprio, por meio da elaboração de “Malhas Eletrônicas de Fiscalização”.

Os produtos das Malhas Eletrônicas de Fiscalização são classificados segundo os parâmetros definidos no art. 6º da mencionada Resolução:

Art. 6º [...]

I - foco verde, quando não houver constatação de situação que justifique a atuação do Tribunal ou o registro na Matriz de Risco;

II - foco amarelo, quando houver constatação de situação de alerta que será registrada na Matriz de Risco para fins de planejamento das ações de fiscalização;

III - foco vermelho, quando houver constatação de situação que justifique a atuação imediata do Tribunal, além do registro na Matriz de Risco.

Nos presentes autos, o SURICATO, por meio da Malha Eletrônica de Fiscalização de Compra Pública nº 01/2013, detectou evidências de aquisição, antieconômica, de medicamentos, pelo Fundo Municipal de Saúde de Lavras, no exercício de 2012, por preços supostamente superiores aos determinados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, no montante de R\$40.009,06 (quarenta mil, nove reais e seis centavos) contrariando o disposto no art. 15, inciso V, da Lei Federal n. 8.666/1993, na Lei Federal n. 10.742/2003, Decreto n. 4.766/2003 e nas Resoluções n. 02/2004, 04/2006 e 03/2011 CMED, Comunicado CMED n. 3/2012, 10/2009, Orientação Interpretativa n. 2/2006 CMED/ANVISA e Acórdão TCU n. 1437/2007 fls. 79.

Classificado no parâmetro definido pelo inciso III do dispositivo acima transcrito, o relatório foi apresentado nos seguintes termos:

[...] apresenta-se neste relatório o produto da malha eletrônica de compra pública nº 1, referente à aquisição de medicamentos pela administração pública por preços superiores aos determinados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia, sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, criada por meio da Lei nº. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, cuja área de atuação são os setores relacionados a produtos e serviços que possam afetar a saúde da população brasileira. Ressalta-se, inicialmente, que, no Brasil, o setor farmacêutico é regulado pelo governo federal, sendo competência da ANVISA propor o estabelecimento de normas, monitorar a evolução dos preços de medicamentos, bem como regular, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública (art. 7º e 8º). Com referência à atuação no campo econômico da regulação do mercado de medicamentos, compete à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) – criada pela Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, cuja Secretaria-Executiva é exercida pela ANVISA – estabelecer critérios para a fixação e ajuste de preços de medicamentos, inclusive dos produtos novos e novas apresentações, bem como estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica, conforme disposto no art. 2º do Decreto nº 4.766/2003.

A CMED, por meio da Orientação Interpretativa nº. 02, de 13 de novembro de 2006, determinou que “nos fornecimentos para órgãos públicos através de licitações ou não, o Distribuidor é obrigado a vender os produtos, tendo como referencial máximo o preço fabricante”, e, pela Resolução nº 03/2009, [...], que o “Preço Fabricante - PF é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz, bem como “as farmácias e drogarias, quando realizarem vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão praticar o teto de preços do Preço Fabricante – PF”. (grifamos) Importa destacar que as compras de medicamentos realizadas pela administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em distribuidoras, empresas produtoras de medicamentos, representantes, postos de medicamentos, unidades volantes, farmácias e drogarias, poderão sujeitar-se à aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços (CAP), conforme disposto no art. 1º da Resolução CMED nº 04 de 18 de dezembro de 2006 [...], que alterou a redação da Resolução CMED nº 02 de 5 de março de 2004. De acordo com o Anexo 1 da Resolução CMED nº 03 de 2 de março de 2011, [...], este coeficiente é resultante da média da razão entre o Índice de rendimento per capita do Brasil e os Índices de rendimento per capita dos países relacionados no inciso VII do §2º do art. 4º da Resolução CMED nº 2/2004, alterada pela Resolução CMED nº 4 de 15 de junho de 2005, ponderada pelo Rendimento Nacional Bruto – RNB. O CAP é um desconto mínimo obrigatório incidente sobre o Preço de Fábrica (PF) ou Preço Fabricante de alguns medicamentos excepcionais ou de alto custo, dos hemoderivados, dos medicamentos indicados para o tratamento de DST/AIDS e câncer e, também, de qualquer medicamento adquirido por força de decisão judicial. Por meio do Comunicado nº 10, de 30 de novembro de 2009, a CMED divulgou o rol de 218 (duzentos e dezoito) produtos em cujos preços será aplicado o CAP, de acordo com a Resolução CMED nº 4/2006.

A aplicação do CAP sobre o Preço de Fábrica (PF) ou Preço Fabricante resulta no Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), que é o maior preço permitido para venda desses medicamentos aos entes públicos. Em síntese, são definições referentes aos preços citados nos normativos:

- Preço Fábrica (PF) e Preço Máximo ao Consumidor (PMC): o PF é praticado pelas empresas produtoras ou importadoras do produto e pelas empresas distribuidoras, constituindo o preço máximo permitido para venda a farmácias, drogarias e aos entes da

Administração Pública. Já o PMC é praticado pelas farmácias e Drogarias para venda ao consumidor;

- Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG): teto de preço para compra dos medicamentos inseridos na lista de produtos sujeitos ao CAP (Coeficiente de Adequação de Preço) ou ainda de qualquer medicamento adquirido por força de decisão judicial;
- O Coeficiente de Adequação de Preços (CAP), desconto mínimo obrigatório, incidente sobre o Preço de Fábrica (PF) de alguns medicamentos nas compras realizadas pela administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, resultando no Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), que é o maior preço permitido para venda do medicamento a esses entes públicos.

Metodologia de apuração

A partir dos critérios definidos por esta ACFI, adotaram-se como referenciais máximos para a venda de medicamentos para os órgãos públicos municipais e estaduais o Preço Fábrica ou Preço Fabricante das tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos (SAMMED) da CMED e o PMVG, nos casos em que se aplica o CAP.

Considerando que, no âmbito do Controle Externo, os valores referenciais emitidos pelo órgão regulador constituem um parâmetro adequado para estabelecer a existência ou não de malversação dos recursos públicos, os cruzamentos realizados entre os valores referenciais máximos e aqueles obtidos por meio das notas fiscais eletrônicas² objetivaram identificar o descumprimento por parte da administração pública de norma posta no ordenamento jurídico pátrio, qual seja a aquisição de medicamentos acima dos preços estabelecidos pelos instrumentos normativos do órgão regulador.

Para a identificação dos ordenadores de despesas foram realizados cruzamentos entre as notas fiscais eletrônicas e o Sistema Informatizado de Contas Municipais – SICOM.

Conclusão

Constataram-se, por meio da malha eletrônica de compras públicas nº. 1, evidências de aquisição antieconômica de medicamentos pelo Fundo Municipal de Saúde de Lavras, no exercício de 2012, no valor de R\$40.009,06 (quarenta mil, nove reais e seis centavos) (cinquenta e nove mil, novecentos e sessenta e cinco reais e oitenta e dois centavos) acima dos preços definidos nas tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos (SAMMED) da CMED, disponibilizadas no site da ANVISA, em inobservância ao inciso V do art. 15 da Lei nº 8.666/93; aos dispositivos da Lei 10.742/2003; às Resoluções CMED nºs 02/2004; 04/2006 e 03/2011.

Cabe lembrar que no Brasil, a Política Nacional de Medicamentos aprovada pela Portaria n. 3.916/98 – do Ministério da Saúde inserida na Política Nacional de Promoção da Saúde, tem como propósito “assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível”, tendo como prioridade a assistência farmacêutica.

O setor farmacêutico é regulado pelo Governo Federal competindo à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA propor o estabelecimento de normas a fim de monitorar a evolução dos preços de medicamentos, bem como regular, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvem risco à saúde pública.

A CMED tem por objetivos “a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor” (art. 1º, do Decreto n. 4.766/2003) competindo a ela, dentre outros atos necessários à consecução de seus objetivos, “estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos” (art. 6º, II, da Lei Federal n. 10.742/2003).

Observa-se que o critério adotado pela equipe do SURICATO alinhava-se ao entendimento do TCU exarado no Acórdão do TCU n. 1437/2007, o qual previa que o preço definido pela CMED/ANVISA era o critério que devia ser utilizado pelo Poder Público para a aceitabilidade dos preços máximos de medicamentos e, portanto, de apuração e quantificação do débito oriundo de sobrepreço e superfaturamento na aquisição de medicamentos.

Verifica-se que por ocasião da emissão do relatório do SURICATO (23/07/2013) o entendimento constante do Acórdão n. 1437/2007, que balizou o apontamento de dano, já havia sido revisto pelo TCU no Acórdão n. 3016/2012.

Conforme já destaquei em meu voto vista por ocasião do exame da Tomada de Contas Especial n. 986.861 as graves distorções apontadas pelo TCU nos preços constantes da tabela da CMED evidenciam que esta não se constitui, em muitos casos, como um parâmetro adequado e confiável para o referenciamento de preços em licitações públicas.

Verifica-se que os preços referenciais apresentados nas tabelas do órgão regulador não são elaborados para refletir os valores de mercado, mas, sim, com o objetivo de controlar os preços de medicamentos no Brasil.

Consta do Acórdão n. 3016/2012, entendimento no sentido de que a aquisição de medicamentos por preços inferiores aos registrados na lista da CMED não isenta o gestor público de possíveis sanções, diante da possibilidade de superdimensionamento dos preços fábrica constantes da lista, que pode não refletir os descontos praticados no mercado.

O Acórdão n. 3016/2012 decorreu da Auditoria Operacional na Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, cujo objeto foi avaliar se a atuação regulatória daquele órgão teria reduzido os efeitos das falhas de mercado e evitado a prática de preços abusivos.

Constam do Relatório de Auditoria Operacional TC 034.197/2011-7, Acórdão n. 3016/2012 do TCU, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, as seguintes considerações, as quais transcrevo, parcialmente, a seguir:

[...]

Foram selecionados quinze princípios ativos cujas aquisições seriam analisadas, seleção esta que buscou abranger medicamentos de seis grupos diferentes: (i) mais adquiridos pelos entes governamentais; (ii) de alto custo com compras mais frequentes; (iii) sujeitos a monopólio; (iv) maior discrepância entre o preço praticado no mercado e o preço-fábrica; (v) menor discrepância entre o preço praticado no mercado e o preço-fábrica; (vi) sujeitos ao Coeficiente de Adequação de Preços (CAP) com compras mais frequentes. O Nurem contribuiu sugerindo alguns medicamentos.

Os quinze princípios ativos selecionados foram: Adalimumabe, Amoxicilina, Atorvastatina, Captopril, Cetriaxona, Etanercepte, Fumarato de Quetiapina, Glibenclamida, Infiximabe, Metformina, Micofenolato de Sódio, Nifedipino, Olanzapina, Sinvastatina e Verapamil.

Uma das constatações da comparação dos preços-fábrica com os preços praticados nas licitações foi que, nos medicamentos em que há relativa competição devido ao maior número de laboratórios que comercializam o princípio ativo, existe uma excessiva variação dos preços registrados. Alguns fármacos possuem preços registrados em patamares semelhantes ao praticado, mas a maioria encontra-se com preços bem acima do observado na prática (g.n).

Por exemplo, o princípio ativo Captopril 25mg possui o menor preço do comprimido por R\$ 0,0115, enquanto o maior preço chega a R\$ 1,1869, ou seja, uma variação de mais de 10.221%. O reajuste para ambos os preços é o mesmo, não existindo nenhum mecanismo que diminua esta diferença, aproximando os maiores preços registrados daqueles

praticados no mercado. O Gráfico 1 apresenta a comparação entre os preços praticados em compras governamentais e os preços-fábrica registrados na Tabela CMED para o princípio ativo Captopril 25mg. (g.n)

Captopril 25mg – Compras Públicas X Tabela CMED

As linhas tracejadas representam os menores preços-fábrica de cada laboratório com preço registrado. A linha amarela representa o menor preço-fábrica registrado dentre todos os fabricantes; a linha verde representa o maior deles; e a linha roxa representa a média dos preços registrados. Os triângulos amarelos representam os preços identificados em fiscalizações realizadas durante o Levantamento, os losangos azuis os preços registrados no BPC e os losangos vermelhos os preços identificados em outras bases de dados, como o portal “www.comprasnet.gov.br”, os portais de compras e os diários oficiais de governos estaduais.

Foram identificadas 127 compras governamentais de Captopril 25mg, das quais: doze no levantamento, 83 no BPS e 32 nas demais bases de dados. A média dos preços praticados foi de R\$ 0,0336. O menor preço praticado foi de R\$ 0,0090 na compra de 50.000 comprimidos pela Secretaria Municipal de Saúde de Nova Santa Rosa/PR; o maior preço foi R\$ 0,8000, na compra de 150 comprimidos pela Santa Casa de Misericórdia de Palmital/SP. Das 127 aquisições, 122 (96%) delas tiveram preços até R\$ 0,10; 119 (94%) até R\$ 0,05; e 106 (83%) até R\$ 0,02. Dos 57 laboratórios com preços registrados na Tabela CMED, onze possuem preço até R\$ 0,10; seis até R\$ 0,05; e dois até R\$ 0,02.

Caso a Tabela CMED seja utilizada para definição de sobrepreço, uma das questões que podem surgir é: com qual dos preços registrados a aquisição deve ser comparada? A princípio, presume-se que seja com o preço da marca que está sendo adquirida. Porém, uma vez que a maior parte dos valores registrados está superdimensionada, essa comparação torna-se inócua, pois, mesmo o laboratório praticando um preço em patamar elevado, ele ainda assim estará dentro do preço-fábrica. Das 127 compras analisadas, foi possível identificar a marca que estava sendo adquirida em 37 delas. Em nenhuma o preço praticado foi superior ao registrado, inclusive uma compra por R\$ 0,3346, 896% maior do que a média de R\$ 0,036, pois o preço-fábrica da marca é de R\$ 0,3480. O preço das compras governamentais representou em média 11% do preço-fábrica respectivo.

A mesma realidade do mercado de Captopril 25mg pode ser observada em outros princípios ativos com número significativo de laboratórios, situação em que se observa competição entre eles, como demonstrado nos gráficos abaixo:

Metformina 850mg – Compras Públicas X Tabela CMED

Sinvastatina 20mg – Compras Públicas X Tabela CMED

Verapamil 80mg – Compras Públicas X Tabela CMED

A partir desses dados, percebe-se que há preços registrados na Tabela CMED com evidente distorção quanto ao que é praticado nas compras governamentais, permitindo que determinados laboratórios pratiquem preços abusivos. Já os princípios ativos que se caracterizam por situações monopólio ou oligopólio, observa-se que os preços praticados ficam próximos ao preço-fábrica. Esse é o caso do medicamento Adalimumabe 40mg, que é um caso de monopólio. (g.n)

Adalimumabe 40mg – Compras Públicas X Tabela CMED

Este medicamento possui isenção de ICMS nas vendas a entes governamentais. Em algumas das compras não foi possível identificar se o preço praticado contemplava tal isenção. Optou-se, assim, por demonstrar no gráfico tanto o preço-fábrica do medicamento isento (linha vermelha), quanto o preço total (linha laranja). Verifica-se que

os montantes negociados se encontram próximos ao preço-fábrica. Situações semelhantes podem ser observadas nos gráficos abaixo:

Etanercepte 25mg – Compras Públicas X Tabela CMED

Infliximabe 10mg – Compras Públicas X Tabela CMED

Uma questão que se colocou é se os preços-fábricas dos medicamentos caracterizados como monopólio ou oligopólio são coerentes com o que seria praticado em uma economia com concorrência, ou se apresentam graves distorções, como verificado na maior parte das apresentações dos medicamentos em que há concorrência. Quando esta se mostra presente, os preços praticados ficam a níveis bastante inferiores ao preço-fábrica. Para os medicamentos em que não há concorrência, devido aos problemas identificados na regulação, é possível que estejam sendo praticados preços abusivos. Mostrava-se necessária a comparação internacional para responder tal questionamento. (g.n)

[...]

Desta maneira, cristalino está que esta **CMED precisa**, no estágio atual e que se encontra a regulação do mercado de medicamentos, **instituir a revisão periódica de preços, materializando a figura do ajuste de preços, positivo ou negativo, ao nosso modelo. E esse ajuste, para alcançar os efeitos pretendidos, deve ser aplicado tanto aos preços aprovados para os medicamentos que entraram no mercado sob a égide da regulação econômica trazida pelas Leis 10.213 de 2001 e 10.742 de 2003, quanto aos preços dos medicamentos já comercializados antes da edição do primeiro diploma legal, que foram incorporados sem uma análise sobre a sua pertinência (g.n).**

Portanto, na visão da Secretaria, é necessária a incorporação ao modelo de uma revisão periódica dos preços dos medicamentos com vistas a reduzi-los para patamares mais razoáveis, corrigindo distorções que já existiam antes da instituição da regulação econômica e aquelas que surgiram no decorrer da última década. Até o fim do período da execução desta auditoria a AGU ainda não havia se pronunciado (g.n).

A partir da análise do art. 4º, o que se verifica é que é muito limitada a competência da CMED para estabelecer critérios de ajuste dos preços, uma vez que a norma já estabelece de forma detalhada os parâmetros que devem ser utilizados. A CMED, em obediência ao princípio da legalidade, não poderia incluir no modelo de ajuste variáveis que não estejam de acordo com os parâmetros estabelecidos na lei.

O ajuste de preços definido na lei deve seguir a inflação medida pelo IPCA, outros custos não gerenciáveis pelo setor farmacêutico que não sejam recuperáveis pelo índice, os ganhos de produtividade da indústria farmacêutica projetados para o exercício e o poder de mercado.

Constam do aludido Acórdão as seguintes recomendações, *in verbis*:

[...]

9.1-determinar ao Ministério da Saúde, com fundamento no art. 15 da Lei 8.666/1993, que, no prazo de 60 (sessenta) dias, alerte estados e municípios quanto à possibilidade de superdimensionamento de preços-fábrica registrados na Tabela Cmed, tornando-se imprescindível a realização de pesquisa de preços prévia à licitação, e que a aquisição de medicamentos por preços abaixo do preço-fábrica registrado não exime o gestor de possíveis sanções (g.n);

9.2. recomendar ao Ministério da Saúde que articule junto à Presidência da República a possibilidade de apresentar ao Poder Legislativo proposta de revisão do modelo regulatório de ajuste dos preços dos medicamentos previsto na Lei 10.742/2003, de forma a desvincular tal ajuste da inflação e que considere revisões periódicas a partir de critérios como comparação internacional, variação cambial e custo dos diferentes tratamentos;

9.3. determinar à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos que:

9.3.1. com base no art. 4º, §4º, inciso I da Lei 10.742/2003 e art. 36 da Lei 12.529/2011, apresente a este Tribunal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, nova metodologia de cálculo do fator de preços relativos intrasetor de forma a considerar no ajuste anual dos preços dos medicamentos o poder de mercado (g.n);

9.3.2. com base nos arts. 3º, 5º e 8º da Lei 12.527/2011, apresente a este Tribunal, no prazo 180 (cento e oitenta) dias, tabela de divulgação dos preços-fábrica isenta das distorções identificadas, com sistemática padronizada de alimentação dos dados, de modo a permitir a correta consulta e análise de preços dos fármacos registrados (g.n);

9.4. recomendar à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos que avalie se o uso do custo de tratamento para fixação dos preços dos medicamentos registrados nas Categorias II e V, desconsiderando o menor preço internacional se este se mostrar significativamente mais elevado, pode prejudicar a oferta dos fármacos no país (g.n);

9.5. encaminhar o acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, à Casa Civil da Presidência da República, ao Ministério da Saúde, à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, à Comissão de Seguridade Social e Família e à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle, da Câmara dos Deputados, à Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle e à Comissão de Assuntos Sociais, do Senado Federal;

9.6. determinar o monitoramento, pela 4ª Secretaria de Controle Externo, das determinações expedidas neste acórdão;

9.7. arquivar o processo.

Constata-se no Acórdão n. 3016/2012 do TCU que “há preços registrados na Tabela CMED com evidente distorção quanto ao que é praticado nas compras governamentais, permitindo que determinados laboratórios pratiquem preços abusivos”.

Conforme apontado pelo TCU no citado Relatório de Auditoria Operacional as distorções de preços de medicamentos no Brasil alcançam até 10.000% em alguns casos, o que acarreta, por um lado, um gasto excessivo e desnecessário pelo Poder Público e, por outro lado, dificulta o acesso dos cidadãos aos medicamentos, tendo em vista que o custo dos fármacos é muitas vezes impeditivo para a parcela mais pobre da população.

De acordo com o Acórdão n. 3016/2012 há indícios de que a metodologia estabelecida pela Resolução CMED n. 2/2014, para o registro de preços-fábrica de novos medicamentos no País pode estar gerando também alguma distorção, por meio do estabelecimento, em alguns casos, de preços-teto excessivamente baixos. Deve-se lembrar, ainda, que o estabelecimento de um preço excessivamente baixo é preocupante tendo em vista que a fórmula de reajuste aplicada anualmente pela CMED tende a se manter nesse cenário ao longo do tempo. Some-se a isso que esse preço, caso incluído na lista do CAP, sofrerá um desconto adicional.

É importante salientar que em razão do entendimento constante do aludido Acórdão, a CMED publicou no *site* da ANVISA alerta transcrito a seguir:

A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) alerta os gestores federais, estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde (SUS) sobre a necessidade de realização de uma pesquisa prévia e efetiva de preços no mercado, quando da realização de compras públicas de medicamentos.

Na interpretação do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 3016/2012), a aquisição de medicamentos por preços inferiores aos registrados na lista da CMED não isenta o gestor público de possíveis sanções, diante da possibilidade de superdimensionamento dos

preços fábrica constantes da lista, que pode não refletir os descontos praticados no mercado.

Cumpra lembrar que os Preços Fábrica (PF) e Preços Máximos de Venda ao Governo (PMVG) são os preços teto, não servindo como parâmetro isolado para compras públicas.

Posteriormente, por ocasião da divulgação do Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde pelo TCU (Acórdão nº 693/2014 – TCU – Plenário, nos autos do TC 032.624/2013-1), aquela Corte de Contas novamente mencionou os problemas relativos à regulação dos preços de medicamentos no Brasil, acrescentando alguns dados de 2012 e 2013, além de citar as poucas medidas adotadas pela CMED até aquele momento, confira-se, *in verbis*:

“Estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (SILVEIRA et al.) apontou que os dois principais gastos das famílias com saúde estavam ligados à aquisição de medicamentos e ao pagamento de mensalidades de planos ou seguros de saúde. Portanto, uma regulação efetiva, que imponha limites ao exercício do poder de mercado pelos laboratórios e impeça a prática de preços abusivos, é muito importante para a população.

(...)

Fiscalizações realizadas pelo Tribunal verificaram a existência de distorções em alguns preços fixados pela CMED, que se mostraram bastante superiores aos praticados nas compras públicas. Além disso, identificou-se que vários gestores públicos encontravam dificuldades para consultar a tabela com os preços máximos. Nesse contexto, o TCU realizou auditoria operacional [i] na CMED, com o objetivo de avaliar se a atuação regulatória do órgão efetivamente reduzia os efeitos das falhas de mercado, evitando a prática de preços abusivos. Com esse objetivo, foram comparados preços registrados em compras governamentais no Brasil e em outros países que também realizam algum tipo de controle dos preços.

(...)

Por meio de consulta ao Banco de Preços em Saúde (BPS) e ao Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Siasg) sobre as compras do Trastuzumabe 440mg realizadas desde janeiro de 2012, a Secex Saúde verificou que os preços praticados continuavam superiores à média internacional, com exceção de uma aquisição em dezembro de 2012, como pode ser observado no Gráfico 101 Gráfico 101. Essa foi uma compra excepcional, pois o Ministério da Saúde adquiriu um grande quantitativo (19.047 unidades), tendo o valor da aquisição (R\$ 3.423,20) ficado abaixo da média de preços máximos praticados no âmbito internacional (R\$ 4.513,62).

Cabe destacar que, dos 67 registros constantes do BPS e do Siasg, 20% das compras foram realizadas pelo valor da Tabela CMED (R\$ 9.206,00 em 2012 e R\$ 9.454,57 em 2013), considerado bem acima da média internacional.

A atuação da CMED não observa o disposto na Lei nº 10.742/2003, segundo a qual o poder de mercado deve ser considerado no cálculo do fator de preços relativos intrassettor. Também se mostra necessário instituir uma sistemática padronizada para alimentar a Tabela CMED e rever os registros atuais, de forma a tornar a informação mais acessível e confiável.

Entre os principais pontos do modelo que precisam ser alterados, destaca-se a impossibilidade de revisão dos preços a partir de critérios relacionados a mudanças na conjuntura econômica ou internacional. Mesmo que os preços fixados no momento da entrada do medicamento no mercado brasileiro sejam baixos em comparação com o mercado internacional, ao longo do tempo esses preços sofrem distorções em decorrência da sua vinculação com a inflação. Considerando que o comportamento dos

preços dos fármacos é influenciado por fatores diversos, é necessária uma flexibilidade maior na revisão desses valores.

(...)

O TCU recomendou que o Ministério da Saúde revisse o modelo regulatório, que é definido por lei, visando corrigir as falhas acima apontadas. Paralelamente, determinou à CMED que implantasse uma nova metodologia de cálculo do fator de preços relativos intrasetor elaborasse uma nova tabela de divulgação dos preços-fábrica isenta das distorções identificadas. Adicionalmente, determinou a adoção de uma sistemática padronizada de alimentação dos dados, de modo a permitir a correta consulta e análise de preços dos fármacos registrados.

No intuito de aprimorar a regulação do mercado de medicamentos, a CMED instituiu um Grupo Técnico no âmbito do seu Comitê Técnico-Executivo, com vistas à criação da nova metodologia de cálculo do Fator de Preços Relativos Intrasetor. Concomitantemente, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 102/2013, que altera a Lei nº 10.742/2003, que definiu as normas de regulação para o setor farmacêutico, criou a CMED e alterou a Lei nº 6.360/1976. Um dos principais objetivos desse Projeto de Lei é o aperfeiçoamento dos procedimentos e critérios hoje utilizados com o fito de coibir práticas anticoncorrenciais quando da fixação de preços de medicamentos. Nesse sentido, o referido Projeto altera o art. 41, § 4º, I, da Lei nº 10.742/2003, para determinar que a parcela do fator de ajuste de preços relativos intrasetor seja calculada com base no poder de mercado, que é definido nos termos do art. 36, § 20, da Lei nº 12.529/2011.

Esse projeto de lei vai ao encontro da recomendação do TCU ao Ministério da Saúde para que articulasse junto à Presidência da República a possibilidade de apresentar ao Poder Legislativo proposta de revisão do modelo regulatório de ajuste dos preços dos medicamentos previsto na Lei nº 10.742/2003, de forma a desvincular tal ajuste da inflação e passar a considerar revisões periódicas a partir de critérios como comparação internacional, variação cambial e custo dos diferentes tratamentos. Ressalta-se, inclusive, que na justificativa para a apresentação do referido projeto de lei, foi citada a deliberação do TCU em que são reveladas fragilidades graves na capacidade do sistema de regulação dos preços de medicamentos para enfrentar práticas anticoncorrenciais dos produtores, fragilidades essas que decorrem de lacunas existentes na própria redação da lei atualmente em vigor.

Além disso, segundo informações prestadas pela CMED, estariam sendo adotadas três relevantes medidas: implantação do Sistema de Acompanhamento do Mercado de Medicamentos (Sammed), qualificação da base de dados e melhorias na publicação da lista de preços.

Em 2012, foi implantado o Sammed, que substituiu outros três sistemas menores que controlavam o processo de pleito de preços, a inserção e a alteração cadastrais das apresentações e a publicação das listas de preços no portal da Anvisa.

Também foram disponibilizadas na página eletrônica da Anvisa, na área relacionada à CMED, informações quanto à necessidade de negociar preços quando da aquisição de medicamentos, uma vez que o preço fábrica regulamentado pela CMED é apenas um balizador máximo. Por meio de ofícios enviados a Comissão Intergestores Tripartite, ao Conselho Nacional de Secretários de Saúde e ao Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde, os gestores foram alertados sobre a obrigação de realizar uma pesquisa prévia e efetiva de preços no mercado, já que a aquisição de medicamentos por preços inferiores aos registrados na lista da CMED não os isenta de possíveis sanções, diante da possibilidade de superdimensionamento dos preços fábrica constantes da lista, que pode não refletir os descontos efetivamente praticados pela indústria. Os

gestores também foram orientados sobre a necessidade de verificar a aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços e da isenção de ICMS.

Oportuno salientar que o preço-limite da CMED/ANVISA quando está superdimensionado, impõe a imprescindível realização de pesquisa de preços, dada a necessidade de adequação destes àqueles praticados pelo mercado, uma vez que sem esse ajuste a aquisição ainda que realizada com os preços da tabela poderia mostrar-se antieconômica, o que configurar-se-ia em prejuízo ao erário.

Registra-se que os preços praticados são diretamente influenciados pela concorrência entre as empresas responsáveis pelo fornecimento.

Observa-se em 2016 o TCU reiterou o entendimento pela inadequação da adoção da tabela CMED como referência para compras públicas conforme Acórdão n. 2901/2016 – Plenário, sessão de 16/11/2016, *in verbis*:

Acórdão n. 2901/2016

Os preços divulgados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed) não são o parâmetro mais adequado para servir de referência para aquisições públicas de medicamentos ou como critério de avaliação da economicidade de tais aquisições, pois são referenciais máximos que a lei permite ao fabricante vender o seu produto.

Constam desse Acórdão as seguintes considerações:

[...]

60.No que tange ao uso dos preços da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed) para apuração do débito nesses autos, observo inicialmente que a Cmed é o órgão do governo federal responsável pelo controle dos preços do setor farmacêutico no País. A regulação do mercado de medicamentos é de extrema importância, tendo em vista a presença de fatores que possibilitam o exercício do poder de mercado pelos laboratórios, tais como: a baixa elasticidade-preço da demanda devido à essencialidade dos medicamentos; o reduzido poder decisório dos consumidores, já que os médicos influenciam as escolhas e a proteção dos princípios ativos mediante patentes, o que garante o monopólio para determinados medicamentos.

61. Considero, contudo, que os preços divulgados pela Cmed não sejam o parâmetro mais adequado para servir como referência para aquisições públicas de medicamentos ou como critério de avaliação da economicidade de tais aquisições por parte dos órgãos de controle (g.n.).

62.Reconheço que foi consignado no relatório que fundamentou o Acórdão 1.146/2011-TCU-Plenário, o qual apreciou representação da Secex-MT acerca de possíveis irregularidades na utilização de recursos do SUS pela Secretaria de Saúde do Estado de Mato Grosso, que a base de dados da Cmed, seria, então, mais qualificada do que a do BPS para o processo de construção de uma referência de preços, pois a Cmed possui controle do que é comercializado de fato, por concentrar o conjunto de todas as compras de fato, públicas ou não, consideradas todas as apresentações de medicamentos. Tal julgado, juntamente com o Acórdão 384/2014-TCU-2ª Câmara, foi utilizado pelo relator para fundamentar suas conclusões.

63.Na verdade, não concordo com tal assertiva e, tampouco, vejo um alinhamento jurisprudencial claro nesse sentido, pois existem julgados do Tribunal em sentido diametralmente oposto. Em particular, cito o Relatório de Auditoria Operacional com o objetivo de avaliar se a atuação regulatória da Cmed reduz os efeitos das falhas de mercado, evitando a prática de preços abusivos. Tal fiscalização, apreciada pelo Acórdão 3.016/2012-TCU-Plenário, constatou o superdimensionamento dos preços de fábrica divulgados pela Cmed. Foi verificado, entre diversos achados, que os preços de tabela são

significativamente superiores aos praticados em compras públicas, com casos em que chegam a mais de 10.000% de variação.

64.A debilidade na regulação dos preços de medicamentos e nos correspondentes procedimentos de aquisição também foi um dos temas de destaque do FiscSaúde, apreciado pelo Acórdão 693/2014-TCU-Plenário.

65.Entre os principais pontos do modelo que precisam ser alterados destaca-se a impossibilidade de revisão dos preços a partir de critérios relacionados a mudanças na conjuntura econômica ou internacional. Mesmo que os preços fixados no momento da entrada dos medicamentos no mercado brasileiro sejam baixos em comparação com o mercado internacional, ao longo do tempo eles sofrem distorções em decorrência da vinculação dos reajustes com a inflação. O comportamento dos preços dos fármacos é influenciado por fatores diversos, sendo necessária uma flexibilidade maior na revisão dos preços.

66.A avaliação de que medicamentos registrados mais recentemente possuem preços máximos mais coerentes com o mercado internacional explica-se pelas falhas identificadas no modelo regulatório brasileiro, dentre as quais se destacam: a impossibilidade de revisão dos preços a partir de critérios relacionados a mudanças na conjuntura econômica ou internacional e a vinculação do ajuste anual à inflação.

67.No modelo de teto de preços, chamado de price cap, o regulador determina o maior preço possível a ser praticado pela indústria e, periodicamente, determina a fórmula de reajuste dos preços. Nessa modelagem, uma vez fixado o preço teto, ele não é mais revisto, exceto por meio dos reajustes anuais, ainda que identificadas claras distorções em alguns dos Preços Fábrica. Portanto, cabe fazer alguns esclarecimentos para fundamentar o motivo pelo qual julgo que tal tabela não seja uma referência adequada para contratações públicas.

68.A Lei 10.742/2003 criou uma série de regras a serem observadas pelas empresas produtoras de medicamentos para o ajuste e determinação de seus preços, ficando vedado qualquer ajuste em desacordo com a referida Lei. Assim, o ajuste de preços de medicamentos é baseado em modelo de teto de preços calculado com base na variação do IPCA e em fatores de produtividade e de ajuste de preços relativos ao intra setor e entre setores.

69.Também compete à Cmed propor critérios de composição dos referidos fatores e decidir sobre a aplicação de penalidades previstas na Lei 10.742/2003 e, relativamente ao mercado de medicamentos, aquelas previstas no Código de Defesa do Consumidor, sem prejuízo das competências dos demais órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

70.O problema é que tal modelagem de reajuste não capta devidamente as reduções nos preços de medicamentos oriundas de compras de grandes quantidades de medicamentos, típicas de aquisições governamentais, nem a influência do fim de período de monopólio da fabricação do princípio ativo, com a entrada de concorrentes no mercado de genéricos (g.n.).

71.Após a edição da Lei 10.742/2003, os produtos novos e as novas apresentações de medicamentos que venham a ser incluídos na lista de produtos comercializados pela empresa produtora deverão observar, para fins da definição de preços iniciais, os critérios estabelecidos pela Cmed.

72. Os novos medicamentos embutem em seus preços os elevados investimentos em pesquisa e desenvolvimento realizados pela indústria farmacêutica. Com o transcurso do tempo e a conseqüente amortização de tais gastos, bem como o fim do período de monopólio, o preço dos fármacos segue uma natural tendência declinante, também não captada pela metodologia de reajustes implementada pela

Cmed. Por isso e por outros motivos, a auditoria apreciada pelo Acórdão 3.016/2012-TCU-Plenário constatou maior aderência dos medicamentos novos aos preços internacionais e, por outro lado, maior discrepância entre os preços internacionais nos princípios ativos que já eram comercializados há mais tempo.

73. Portanto, os preços da Cmed são referenciais máximos que a Lei permite a um fabricante de medicamento vender o seu produto, fato que não dispensa a obrigação de os gestores pesquisarem e observarem os preços praticados pelos órgãos públicos nas contratações oriundas das licitações efetivadas.

É importante destacar as conclusões constantes do trabalho realizado pelo Sr. Arthur Zaian Silva Campos e pelo Sr. Marco Paulo Vianna Franco intitulado “Os Efeitos da Regulação de Preços da CMED Sobre as Compras Públicas de Medicamentos do Estado de Minas Gerais (publicado na revista de Gestão em Sistemas de Saúde – RGSS vol. 6, n. 3. Set/Dez. 2017, páginas 253/264) *in verbis*:

[...]

Diante dos resultados observados, é possível afirmar que a lista de preços-teto da CMED exerce efeitos diretos sobre a economicidade das licitações estaduais, os quais dependem do princípio ativo em questão e do tempo em que ele já se encontra inserido no mercado brasileiro. Medicamentos cujas patentes já expiraram e com ampla oferta de genéricos conseguem ser comprados pelo CSC a preços muito semelhantes aos praticados em outras licitações pelo Brasil e bem abaixo dos limites impostos pela CMED. Nesses casos, o preço-teto não acompanha a concorrência e a regulação se torna inócua. (g.n)

Por outro lado, os medicamentos com apenas um ou poucos ofertantes são comprados geralmente a preços muito próximos do teto, tanto nas compras planejadas pelo CSC quanto naquelas registradas no BPS. A auditoria realizada pelo TCU (2011) sobre a regulação da CMED tirou algumas conclusões acerca da competitividade dos preços nesses casos. A comparação internacional de preços realizada durante a auditoria apurou que os preços-teto impostos para o mercado brasileiro não condizem com os preços praticados ou regulados em outros países e, na maioria das vezes, os preços nacionais estão acima da média internacional. Logo, para medicamentos com baixa concorrência, as compras públicas no Brasil são mais dispendiosas do que na média internacional, em função de distorções na regulação da CMED. O preço-teto, nesses casos, embora ativo, não atende ao interesse público ao manter uma situação de sobrepreço na assistência farmacêutica. (g.n)

A resolução desses problemas passa por alterações na Lei n. 10742 (2003), que define as normas da regulação e estabelece o escopo de atuação da CMED. A fórmula de reajustes anuais deveria ser revista, principalmente quanto à utilização do IPCA como indicador. As mudanças na referida lei também deveriam dar à CMED maior flexibilidade para estabelecer novos mecanismos para redução de preços de medicamentos muito acima do mercado, se valendo de práticas internacionais consagradas, entre elas a observância dos níveis globais de preços, da variação cambial, do custo das matérias-primas, do surgimento de alternativas de tratamento a custos mais baratos ou com eficácia maior, e de ganhos de escala na produção. Os critérios para classificação do nível de competitividade das classes terapêuticas também deveriam ser reconsiderados, já que superestimam a concorrência em alguns mercados.

A lista de preços da CMED, portanto, deixa de servir como um parâmetro de preços condizente com valores de mercado e em concordância com o interesse público e, conseqüentemente, deixa de prover o devido suporte aos processos de compras públicas de medicamentos, incluindo aquele do CSC, para o Estado de Minas Gerais. Caso o modelo regulatório vigente seja alterado via reforma legislativa, tornando-se mais flexível, os gestores públicos passariam a contar com um instrumento mais efetivo na

orientação das aquisições de medicamentos, resultando em maior economicidade e eficiência dos gastos públicos.

As distorções observadas nos preços-teto da CMED foram causadas inicialmente pelo patamar de sobrepreço que vigorava no mercado brasileiro durante a implantação do controle de preços, nos anos 2000. O marco regulatório instituído conseguiu conter os aumentos de preços acima da inflação. Porém, aspectos falhos da Lei n. 10742 (2003), especialmente na forma de calcular os reajustes anuais, resultaram em uma elevação excessiva dos preços. Como consequência, atualmente os preços de medicamentos com ampla gama de ofertantes se situam muito abaixo do teto estipulado pela CMED, devido ao efeito da concorrência, ao passo que os preços de medicamentos monopolizados ou oligopolizados ficam mais próximos aos valores-teto, que em si são pouco competitivos no cenário internacional, em decorrência da margem de aumento que a política de reajustes da CMED lhes confere.

Os dados empíricos analisados no trabalho fornecem evidências de que os preços praticados nas licitações de medicamentos em Minas Gerais correspondem aos preços normalmente observados em escala nacional. Entretanto, foram encontradas grandes distorções entre estes e os preços-teto definidos pela CMED. Tais resultados, acrescidos da análise do modelo regulatório adotado pela CMED, permitiram afirmar que a regulação vigente ou não apresenta os efeitos desejados, ou favorece a perpetuação de sobrepreço nas compras públicas de medicamentos.

A revisão do modelo regulatório instituído pela Lei n. 10742 (2003) faz-se necessária em prol do interesse público, contribuindo para o acesso universal à assistência farmacêutica e assim à saúde. Mais especificamente, alterações nos mecanismos de controle de preços da CMED poderiam auxiliar os gestores públicos responsáveis pela aquisição de medicamentos a reduzir o gasto público, impondo limites de preços mais razoáveis e servindo como um parâmetro confiável no balizamento de suas decisões

Observa-se que o Ministério Público Federal – MPF/DF ingressou com a Ação Civil Pública 0008080-74.2017.4.01.3400, requerendo que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED seja obrigada a promover, em, no máximo, seis meses, um ajuste extraordinário nos preços de 43 medicamentos vendidos no país, a partir de critérios utilizados para fixação de preço de novos medicamentos, bem como poder de mercado, comparação internacional, variação cambial e custo dos diferentes tratamentos, a fim de garantir que os preços se mantenham em patamares adequados com base no art. 6º, II, da Lei Federal n. 10.742/2003. Tal ação é resultado de investigações iniciadas em 2013 pelo MPF e tem como fundamento a recomendação constante do *item 9.3* do Relatório de Auditoria Operacional TC 034.197/2011-7 - Acórdão n. 3016/2012 - Plenário, anteriormente mencionado.

Consta da ACP as seguintes informações, *in verbis*:

[...]

“em resumo, dos 50 fármacos de maior faturamento analisados, em 43 casos o preço brasileiro está acima da média internacional e, destes, em 23 é o maior preço de todos os países. Todos os dez medicamentos de maior faturamento estão acima da média internacional, sendo que oito deles são os maiores preços da relação de países.

Dos 43 preços acima da média, 08 são maiores que o dobro da média internacional, 01 é maior que o triplo da média internacional e 01 é maior que o quádruplo da média internacional.

Conforme avaliado pelo TCU, o relatório de comercialização de 2010 (peça 26) aponta um faturamento global do setor farmacêutico naquele ano de R\$ 32,5 bilhões. Os cinquenta princípios ativos analisados representaram um faturamento de R\$9,2 bilhões e

*as apresentações analisadas R\$ 6,1 bilhões. A partir das quantidades comercializadas dessas apresentações em 2010, calculou-se o seu faturamento caso fosse estabelecido como preço máximo a média internacional calculada para cada fármaco. **O resultado é que o país deixaria de gastar com essas apresentações R\$ 1,1 bilhão, ou 18% do que foi gasto.***

E esse valor corresponde apenas aos gastos do ano de 2010. Desde então, estaríamos falando de mais de 8 bilhões de reais de verbas do SUS desperdiçadas com o sobrepreço destes 43 medicamentos, mesmo sem considerar que **a CMED corrigiu para cima os preços destes medicamentos ano após ano (Grifou-se).**

Urge, portanto, que sejam revistos pela CMED os preços máximos dos fármacos a seguir, de acordo com os critérios adotados para medicamentos novos, e considerando os preços praticados em outros países:

No caso sob exame a utilização apenas da tabela da CMED, como referencial para fins de comparação entre os preços pagos pela Administração Municipal descolada de ampla pesquisa de preços, pode induzir à interpretação equivocada de sobrepreço, em face da ocorrência de valores excessivamente baixos ou incompatíveis com os que foram efetivamente praticados pelo mercado à época.

Contudo, como já relatado anteriormente, o preço constante da tabela da CMED/ANVISA não deve ser aplicado como parâmetro para o referenciamento dos valores dos medicamentos, sendo necessária a utilização subsidiária do Banco de Preços em Saúde – BPS do Ministério da Saúde e a imprescindível realização de ampla pesquisa dos preços praticados pelo mercado.

Esse entendimento consta do Acórdão n. 2150/15, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, em Sessão da Primeira Câmara do TCU de 26/8/2015. No mesmo Acórdão, contudo, a questão foi mais além e entendeu-se, também, pela **inadequação da adoção da tabela da CMED como referencial de preços, in verbis:**

A pesquisa de preços para a formação do orçamento de referência nas compras de medicamentos e materiais hospitalares deve ser ampla, consoante determina o art. 15, §1º, da Lei 8.666/1993, não sendo suficiente para atender ao dispositivo apenas a consulta aos preços constantes no sítio da Anvisa e na tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED (g. n)

Tendo em vista falhas detectadas na formação de preços da tabela da CMED por auditorias desta Corte, não é recomendável que a referida seja utilizada, de forma prioritária, como referencial de preços. (g.n)

[...]

A segunda falha se refere à ausência de realização de uma **ampla** pesquisa de preços, ferindo frontalmente o art. 15, §1º, da Lei 8.666/1993. Observe-se que a pesquisa é feita basicamente consultando-se o site da Anvisa e a tabela da CMED, sem levar em consideração outras fontes de preços, tais como: preços constantes Banco de Preços da Saúde, preços praticados em outros certames etc. Embora a falha tenha sido observada nos processos de compras de medicamentos e materiais relativos aos exercícios de 2011 a 2013, cumpre mencionar a recente edição da Instrução Normativa 5/2014 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, que “dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral”, a qual merece ser observada para as aquisições a serem realizadas pela Universidade Federal de Santa Maria (g.n).

Por fim, a terceira falha se revela na adoção da tabela da CMED como um dos principais parâmetros de preços. No âmbito do Levantamento TC 009.625/2011-9, realizado pela Secex-4, atual SecexSaúde, apreciado pelo Tribunal por intermédio do Acórdão 140/2012 - Plenário, observaram-se falhas na atuação da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), principalmente relacionadas à regulação de preços de medicamentos (como, por exemplo, significativo sobrepreço do referencial CMED em relação aos preços praticados na Administração Pública e alta variação de preços de medicamentos para um mesmo princípio ativo). Essas falhas também foram explicitadas nos processos que deram origem aos Acórdãos 3.016/2012 - Plenário e 693/2012 - Plenário. Dessa forma, não é recomendável que a CMED seja utilizada de forma prioritária como referencial de preços. Ademais, as significativas divergências entre preços estimados e preços adjudicados constatadas pela equipe de auditoria na presente fiscalização constituem provas contundentes de que o referencial CMED é precário para refletir os preços de mercado. (g.n)

Diante dessas falhas, é imprescindível que a UFSM corrija o procedimento adotado, a fim de garantir que reste efetivamente comprovada a realização da pesquisa de preços e que ela seja feita de forma ampla, nos termos do art. 15, 1º, da Lei 8.666/1993, utilizando-se outros parâmetros de preços.

Verifica-se, todavia, a correção do sobredito critério pelo TCU constante do Acórdão n. 2451/2013 – Plenário (Processo n. 009.469/2012-5, rel. Min. Raimundo Carneiro, Sessão de 11/9/2013) quando se conferiu tratamento subsidiário ao Banco de Preços em Saúde – BPS do Ministério da Saúde.

Assim, nas aquisições de medicamentos promovidas pelo Poder Público devem ser observados os tetos dos preços referenciais da CMED/ANVISA, mas os valores do BPS devem ser utilizados se inferiores ao limite máximo instituído pela Câmara. A conferir:

[...].

9.4.1. o procedimento, referente à utilização do valor constante do Banco de Preços em Saúde - BPS mais a aplicação do percentual de dezessete por cento, não possui respaldo na jurisprudência deste Tribunal da União (sendo possivelmente decorrente de erro na interpretação do Acórdão 1457/2009-TCU-2ª Câmara por parte da SES/DF), frisando-se que **o valor máximo das aquisições de medicamentos deve obedecer aos critérios da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos**, sem prejuízo da aplicação do Coeficiente de Aquisição de Preços e da Desoneração do ICMS, quando for o caso, devendo ser utilizadas as referências do BPS quando estas forem inferiores aos limites máximos fixados pela mencionada Câmara tendo por fim a adequação da estimativa de preços aos praticados no mercado; (**Grifou-se**)

A aplicabilidade da adoção do Banco de Preços em Saúde – BPS como referencial de preços de mercado para a compra de medicamentos está pacificada pelo TCU, conforme Enunciado do Acórdão n. 10531/2018 – Primeira Câmara TCU, sessão de 04/09/2018, *in literis*:

O Banco de Preços em Saúde (BPS) é válido como referencial de preços de mercado na aquisição de medicamentos, diferentemente da tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed), uma vez que os preços da Cmed são referenciais máximos que a lei permite a um fabricante de medicamento vender o seu produto, o que não se confunde com os preços praticados no mercado.

Consoante o mencionado Acórdão a apuração de sobrepreço nas aquisições de medicamentos é realizada tomando-se por base os valores do Banco de Preços da Saúde (e não aqueles constantes da tabela da CMED) adotando-se os parâmetros descritos a seguir para a aferição desses aos preços de mercado, *in verbis*:

[...]

4. Em relação à prática de sobrepreço, foram adotados os seguintes parâmetros para a verificação dos preços de mercado (g.n.):

*“a) utilização, na medida do possível, de **preços constantes do BPS** referentes a **contratações em data e locais próximos às aquisições aqui tratadas e que envolvam quantitativos similares**: adotando como parâmetro as planilhas constantes da peça 71, foram consideradas somente aquisições tendo como destino instituições localizadas no estado de São Paulo, com o fim de preservar a igualdade de incidência de ICMS, em condições tributárias idênticas às ocorridas para o município de Taubaté/SP, que tenham ocorrido no mesmo exercício e em quantidades com variação positiva ou negativa de 20% em relação às efetuadas pela P.M. de Taubaté/SP (grifos constam do original);*

b) adoção como preço de referência da média das contratações consideradas no item anterior, sem prejuízo de ser demonstrado o máximo valor praticado”.

5. Desta feita, com pequenos ajustes na tabela elaborada pela unidade técnica, de forma a se padronizar os preços de referência para situações semelhantes, constata-se a prática de pagamentos a maior, no total de R\$ 61.887,36, nos seguintes termos (exercícios de 2003 – medicamentos referentes à tabela 16 –, de 2004 – medicamentos referentes à tabela 17 –, de 2005 – medicamentos referentes à tabela 18 – e 2006 – medicamentos referentes à tabela 19) :

[...]

6. Acerca dessas constatações, a [empresa] optou por permanecer silente. Já os srs. [responsável 1] (ex-prefeito gestão 2001-2004) e [responsável 2] (ex-prefeito gestão 2005-2008) alegaram, em síntese, que:

– não cabe a utilização como referência de preços dos dados do banco de preços em saúde – BPS (Acórdãos 217/2007 – 2ª Câmara, 1437/2007 e 1146/2011, ambos do Plenário);

– as compras foram realizadas com preços inferiores aos estabelecidos em resoluções da Câmara de Regulação do Mercado e Medicamentos – CMED e em outros indicadores oficiais de preços de medicamentos;

– a análise não faz referência e não leva em consideração os efeitos dos valores diferentes do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS) ;

– são comparados produtos de marcas ou fornecedores diferentes, o que evidentemente representa diferenças de preços;

– devem ser consideradas as quantidades adquiridas, o que efetivamente influi no preço unitário dos itens adquiridos;

- há comparação com preços da Fundação Oswaldo Cruz, que é uma produtora de medicamentos;

- na tabela 16, é comparado o medicamento Diclofenaco sódico (Voltaren) com o medicamento Intracath, que não é medicamento, mas cateter intravenoso – material hospitalar.

7. Passo a tratar desses argumentos (g. n.).

8. Quanto ao referencial de preço utilizado, registro que a Lei de Licitações e Contratos, em seu art. 15, inciso V, exige, sempre que possível, que as referências utilizadas para aquisições públicas sejam baseadas em outras aquisições do setor público.

9. Ao consolidar as informações de aquisições na administração pública, o BPS possibilita ao gestor ter uma referência de preços, com a facilidade de selecionar os

registros que mais se aproximem da realidade de sua contratação, mediante a consideração de região de fornecimento, quantitativos, fabricante, fornecedor, tipo de entidade contratante etc.

10. Assim, esta Corte de Contas vem manifestando o entendimento pela validade de se utilizar o BPS como referencial de preços de mercado (v.g. Acórdãos Plenário 2.901/2016 e 1.304/2017, 5.708/2017 – 1ª Câmara), em detrimento da tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed). A razão de tal entendimento é que os preços da Cmed são referenciais máximos que a lei permite a um fabricante de medicamento vender o seu produto, o que não se confunde com os preços praticados no mercado. (g.n)

11. Por certo a utilização de contratações anteriores como referência de preços deve ser cercada dos necessários cuidados para que efetivamente se avalie a regularidade dos preços de determinada contratação.

12. Nesse aspecto, destaco os seguintes procedimentos adotados pela unidade técnica, os quais refutam a maioria dos argumentos apresentados pelos responsáveis:

a) foram consideradas tão somente aquisições registradas no BPS que:

– não tivessem variações quantitativas significativas em relação àquelas efetuadas pelo município de Taubaté/SP;

– ocorreram no estado de São Paulo e em datas próximas às contratações ora impugnadas;

b) em reconhecimento das condições diferenciadas em que são produzidos medicamentos em instituições públicas, foram excluídos da base de comparação os preços registrados por essas instituições;

13. Quanto ao argumento de que determinado medicamento teria variações de preços em função do fabricante, registro que o BPS possui um amplo registro de diversas marcas/fornecedores, possibilitando uma visão geral do mercado quando se considera a média dos preços praticados. Dessa forma, os responsáveis deveriam demonstrar que as marcas por eles adquiridas justificariam pagamentos a maior, o que não ocorreu.

Ressalta-se que a utilização do Banco de Preços da Saúde para fins de cotação de preços dos medicamentos e a verificação da ocorrência de aquisições antieconômicas se deve por esse consolidar todas as informações de compras da administração pública, propiciando um adequado referencial dos preços, com a funcionalidade de seleção dos registros que mais se aproximem da realidade de sua contratação, considerando-se a região de fornecimento, quantitativos, fabricante, fornecedor, tipo de entidade contratante dentre outras informações.

Observa-se que embora precedentes de outras cortes não vinculem este Tribunal de Contas, por óbvio servem-lhe de orientação para formação de juízo, razão pela qual entendo que restou comprovada a impossibilidade de utilização das tabelas da CMED para fins de apuração de suposto dano advindo da compra de medicamentos por valores superiores àqueles definidos pelo órgão regulador, dada à sua precariedade.

Destaca-se a necessidade de adoção das medidas corretivas nos próximos procedimentos licitatórios instaurados pelo município para a ampliação da competitividade, nos termos dos artigos 15, inciso IV e 23, § 1º, ambos da Lei Federal n. 8.666/93, subdividindo-se o objeto licitado, em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando à economicidade.

Tendo em vista que não identifiquei nos autos quaisquer documentos que comprovassem a realização de ampla pesquisa de preços de mercado, que corroborasse a exatidão dos valores máximos admitidos como único parâmetro para a apuração de sobrepreço, entende-se como

inapropriada a utilização **apenas** da tabela da CMED como referencial para a alegação de compras antieconômicas dada as graves distorções nela contidas, razão pela qual afasta-se o apontamento de sobrepreço pela equipe técnica em face das impropriedades identificadas no critério adotado para a sua apuração.

Data vênua, deixo de acolher a manifestação da unidade técnica, em face da ausência de elementos probatórios nesta TCE que comprovem, que de fato, as aquisições de medicamentos, realizadas pelo Município de Lavras, mostraram-se antieconômicas, uma vez que não se pode adotar como referencial apenas a tabela da CMED/ANVISA, mas também os dados extraídos do Banco de Preços em Saúde - BPS do Ministério da Saúde, além de ampla pesquisa de preços dos itens que seriam adquiridos conforme preconiza o art. 15, § 1º da Lei de Licitações, haja vista que tais informações não constam dos presentes autos.

Entendo cabível a alegação trazida pelos defendentes, considerando que os presentes autos guardam similaridade com a Tomada de Contas Especial n. 986.861, a qual se refere também a supostas aquisições antieconômicas de medicamentos por parte do Município de Santos Dumont em 2016 cujo critério adotado pelo SURICATO refere-se apenas aos valores constantes da tabela CMED/ANVISA, e tendo em vista que a egrégia Primeira Câmara, em Sessão de 01/10/2019 determinou o arquivamento dos autos dada à carência de elementos probatórios que evidenciassem de forma cabal a ocorrência de dano ao erário, entendo que também nos presentes autos não restou evidenciada a existência de dano razão pela qual voto pelo arquivamento desta TCE dada a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do feito consoante disposto no § 3º do art. 71 da Lei Complementar n. 102/2008.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, dada à carência de elementos probatórios que evidenciassem de forma cabal a ocorrência de dano ao erário, e, em face da inexistência da devida quantificação do dano, o que configuram ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular, voto pelo arquivamento do processo de tomada de contas especial sob exame, nos termos do art. 71, § 3º, da Lei Complementar n. 102/2008.

Observa-se que as ocorrências detectadas no exame do processo licitatório destinado à aquisição de medicamentos suscitam recomendações ao atual Chefe do Poder Executivo Municipal e ao Secretário Municipal de Saúde de Lavras para que adotem os procedimentos previstos nas normas de regência descritas a seguir, por ocasião da instauração de processos licitatórios:

- a). Discriminem todos os medicamentos a serem adquiridos com seus respectivos princípios ativos e quantitativos no termo de referência para atendimento (artigos 14, 38, *caput* e 40, inciso I da Federal n. 8.666/93);
- b). Elaborem ampla pesquisa para uma definição consistente e clara de que preços orçados devidamente demonstrados por orçamento detalhado em planilhas (art. 7º, inciso II c/c o art. 40, §2º, inciso II da Lei Federal n. 8.666/93) de modo a possibilitar a aferição se os valores contratados estão compatíveis com os praticados no mercado (art. 15, V, § 1º e o art. 43, IV, da Lei Federal n. 8.666/93 e, também o art. 3º, III, da Lei Federal n. 10.520/02);
- c). Adotem a modalidade de pregão eletrônico ao presencial para a compra de medicamentos em face de maior rapidez, impessoalidade, maior celeridade para a sua realização, transparência e segurança em razão de aumento da competitividade do certame e por

consequência maior economicidade para a administração pública (art. 3º da Lei Federal n.º 8666/1993).

Recomendo ainda que o atual Chefe do Poder Executivo Municipal e ao titular da Secretaria Municipal de Saúde de Lavras nas compras de medicamentos deverão ser observados os preços definidos nas tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos – SAMMED, da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, disponibilizadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, nos termos das disposições da Lei n. 10.742/2003 e das Resoluções CMED n. 02/2004, 04/2006 e 03/2011, bem como dos dados do Banco de Preços em Saúde – BPS, e com realização de prévia de ampla pesquisa de preços à instauração do certame consoante disposto no inciso V do art. 15 da Lei Federal n. 8.666/93 promovendo-se a adequação dos valores àqueles praticados pelo mercado, de modo que seja obtido o menor preço e alcançada economicidade nas aquisições.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE JOSÉ ALVES VIANA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES).

**NOTAS TAQUIGRÁFICAS
PRIMEIRA CÂMARA – 11/2/2020**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

RETORNO DE VISTA

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Tomada de Contas Especial, convertida da Representação formulada pela Superintendência de Controle Externo – Assessoria para Coordenação da Fiscalização Integrada – SURICATO, referente ao produto da Malha Eletrônica de Compra Pública n. 1/2013, que evidenciou suposta aquisição de medicamentos acima da tabela de preços referência ANVISA, do Fundo Municipal de Saúde de Lavras.

Inicialmente, foi apontado dano de R\$ 40.009,06 (quarenta mil e nove reais e seis centavos).

Em Sessão da Primeira Câmara de 5/12/2019, o eminente Conselheiro José Alves Viana apresentou voto pelo arquivamento do processo “dada à carência de elementos probatórios que evidenciassem de forma cabal a ocorrência de dano ao erário, e, em face da inexistência da devida quantificação do dano”, o que incorreria em ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular. Ainda, pela expedição de recomendações ao Chefe do Executivo e ao Secretário Municipal de Saúde de Lavras.

Ato contínuo, pedi vista dos autos para melhor análise da matéria.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Com a devida vênia ao entendimento do Conselheiro Relator, entendo que as evidências encontradas pelo SURICATO através da Malha Eletrônica de Compra Pública n. 1/2013, se revestem de pressupostos suficientes à configuração de dano ao erário, conforme explicarei a seguir.

Antes de adentrar especificamente no mérito, entendo oportuno destacar que a malha eletrônica é produto de uma análise computacional de dados, decorrente de critérios previamente estabelecidos por este Tribunal e alimentada pelo Centro de Fiscalização Integrada e Inteligência – SURICATO, que possibilita a produção de informações estratégicas para identificação de situações sensíveis ao controle.

A respeito da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão interministerial responsável pela regulação econômica do mercado de medicamentos no Brasil, sabe-se que é responsável por estabelecer limites máximos para preços de medicamentos e, ainda, pela fixação e monitoramento da aplicação do desconto mínimo obrigatório para compras públicas¹, *verbis*:

O modelo de regulação econômica vigente no Brasil é baseado em metodologias consagradas internacionalmente e veio em resposta ao aumento generalizado dos preços desses produtos, somado ao baixo acesso da população na década de 90. Como resultado, obtivemos estabilização de preços e aumento da oferta em um ambiente propício a investimentos.

Assim, pelas regras atuais, antes que um medicamento possa ser comercializado no país, é preciso obter tanto o registro sanitário na Anvisa quanto a autorização de preço máximo pela CMED, que é divulgado no site da Anvisa e pode ser consultado dentro da página da CMED. Os ajustes de preços também devem ser autorizados pelo órgão, uma vez ao ano, conforme fórmula pré-estabelecida em norma.

Entendo que, diante das competências próprias atribuídas à CMED, os envolvidos na aquisição de medicamentos se submetem às regulamentações por ela impostas, razão pela qual a inobservância dos preços indicados, especialmente por preços superiores aos valores máximos admitidos caracteriza o dano ao erário, atraindo a responsabilização daqueles que concorreram para isso.

Tal entendimento acolhe os argumentos trazidos pela 1ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal à fl. 479/485, nos seguintes termos:

Não se pode aceitar que o critério de desconto da tabela CMED de preços máximos seja esquecido ou preterido apesar do edital prever como critério de julgamento “maior desconto na tabela ABCFARMA. Ambos são complementares, tratam de assuntos diversos e não se conflitam, a utilização do critério da tabela CMED está previsto em Lei, no caso a de nº 10.742, de 06 de outubro de 2003, que definiu normas de regulação para o setor farmacêutico a que as mesmas estariam sujeitas.

Do mesmo modo, já se manifestou a Primeira Câmara, em Sessão do dia 16/5/2017, nos autos da Tomada de Contas Especial n. 898667, de relatoria do Conselheiro Mauri Torres, nos seguintes termos:

¹ Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/cmmed> Acesso em 9/1/2020.

A aquisição de medicamentos a preços acima dos valores máximos referenciais fixados pelo órgão regulador caracteriza dano ao erário, impondo-se o ressarcimento do montante apurado como superior ao devido pelos agentes públicos e pelos particulares fornecedores do objeto licitado, ambos igualmente responsáveis pelo evento danoso.

Ainda nesse sentido, manifestou-se o eminente Relator José Alves Viana, nos autos da Tomada de Contas Especial n. 898657, em Sessão da Primeira Câmara do dia 23/9/2014, ressaltando que, no caso de compra de medicamentos por valores acima dos fixados em regulamento próprio da CMED/ANVISA, o gestor deveria ser responsabilizado por aquisição antieconômica e recolher aos cofres públicos o valor apurado a maior.

Logo, com fundamento na alínea b do inciso III do art. 48, da Lei Complementar n. 102/2008, voto pela irregularidade das contas em virtude da aquisição de medicamentos por preços superiores aos estipulados pela CMED, determinando que o Secretários Municipais de Saúde à época, Sr. José Mourão Lasmar restitua ao erário o montante histórico de R\$ 36.687,02 (trinta e seis mil seiscientos e oitenta e sete reais e dois centavos) e o Sr. Rafael Vilhena Reis Júnior o montante histórico de R\$ 3.322,04 (três mil trezentos e vinte e dois reais e quatro centavos), conforme tabela de fl. 80/81. Ainda, solidariamente, condenando a Sra. Jussara Menicucci de Oliveira, Prefeita e o Sr. Wilson Rodrigues Ribeiro, Pregoeiro, a ressarcir ao erário municipal a importância histórica de R\$ 40.009,06 (quarenta mil e nove reais e seis centavos), devidamente atualizada e acrescida de juros.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, abro divergência, por entender que há elementos suficientes para consubstanciar a ocorrência de dano ao erário decorrente da aquisição de medicamentos por preços superiores aos estipulados pela CMED, ensejando a irregularidade das contas analisadas. Determino o ressarcimento ao erário municipal da importância histórica de R\$ 40.009,06 (quarenta mil e nove reais e seis centavos), conforme tabela de fl. 80/81, a ser devidamente atualizada e acrescida de juros, sendo:

- a) R\$ 36.687,02 (trinta e seis mil seiscientos e oitenta e sete reais e dois centavos) de responsabilidade solidária da Sra. Jussara Menicucci de Oliveira, Prefeita, Sr. Wilson Rodrigues Ribeiro, Pregoeiro, Sr. José Mourão Lasmar, Secretário Municipal de Saúde à época dos fatos; e
- b) R\$ 3.322,04 (três mil trezentos e vinte e dois reais e quatro centavos), de responsabilidade solidária da Sra. Jussara Menicucci de Oliveira, Prefeita, Sr. Wilson Rodrigues Ribeiro, Pregoeiro e o Sr. Rafael Vilhena Reis Júnior, Secretário Municipal de Saúde à época dos fatos,

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE JOSÉ ALVES VIANA:

APROVADO O VOTO DO RELATOR, VENCIDO O CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA SARA MEINBERG).

* * * * *