

Processo: 986862

Natureza: REPRESENTAÇÃO

Representante: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Representada: Prefeitura Municipal de Santos Dumont

Partes: Thaís Gomes Moreira Bittar, Drogaria Bazzarella Ltda., Lamim e Filhos Ltda., Drogaria Nascimento e Silva, Lumar Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda., Medway Log. Comércio e Serviços Ltda. e MSR Express Medicamentos Especiais Ltda., Carlos Alberto Ramos de Faria, Everaldo Ferreira de Paula, Robert Fernandes Campos, Noilde Rodrigues Nunes Silva, Álvaro Maia Custódio, Darwin Gonçalves Furtado Drugstore Eireli – EPP

Procuradores: Gustavo Ferreira Martins, OAB/MG 124.686; Hélio Soares de Paiva Júnior, OAB/MG 80.399; Álvaro Maia Custódio, OAB/MG 87.961; Antônio Chalfun, OAB/MG 34.968; Gustavo Oliveira Chalfun, OAB/MG 81.424; Simone Nery de Souza, OAB/MG 95.422; Henrique Costa Vieira, OAB/MG 100.710; Shirley dos Reis Teodoro, OAB/MG 126.999; Thatiana Biavati Silva, OAB/MG 128.777; Diego Carvalho Sâmia, OAB/MG 109.497; Adriana Silva Teodoro de Santana, OAB/MG 144.513; Laura de Melo Rosa, OAB/MG 163.317; Fernanda Rodrigues Marques, OAB/MG 166.381; Nayara Alves Pereira, OAB/MG 166.935; Cinthia da Silva Pereira, OAB/MG 166.950; Bianca Oliveira Botrel, OAB/MG 142.128; Leopoldo Gomes Moreira, OAB/MG 177.021; João Marcos Trindade Costa, OAB/MG 177.503; Leandro Luiz Rodrigues de Souza, OAB/MG 121.956; Bruna Branco Terra, OAB/MG 180.873; Érika Millani, OAB/MG 150.302; Felipe Oliveira Santos, OAB/MG 181.376; Tamires Paravizo Batista, OAB/MG 177.031; Ilamara Murta da Fonseca, OAB/MG 165.151; Leonardo Henrique Quites Teixeira, OAB/MG 74.184; Gustavo Vilela de Menezes, OAB/MG 72.854; Luciana Quites Teixeira, OAB/MG 97.696; Dine Cley Neves dos Santos, OAB/MG 72.588

MPTC: Maria Cecília Borges

RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

SEGUNDA CÂMARA – 1º/7/2021

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CERCEIO DE DEFESA. AFASTADAS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. AFASTADA. MÉRITO. CMED. AQUISIÇÃO DE MEDICAÇÃO. COMPRA ANTIECONÔMICA. PROCEDÊNCIA. DANO AO ERÁRIO. DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO.

1. Tanto os gestores quanto as empresas privadas devem responder por atos que eventualmente gerem dano ao erário, justificando-se sua inclusão nos autos.

2. Inexiste cerceio de defesa nos processos em que constem todos os fatos e bases legais que justifiquem as irregularidades apontadas, possibilitando aos responsáveis a apresentação de defesa, nos termos do art. 151, *caput* e §1º, do RITCEMG.
3. Afasta-se a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva desta Corte na hipótese de transcurso inferior a cinco anos entre o despacho que determinou a autuação da Representação e seu julgamento, nos termos previstos pelo art. 110-C, V, c/c art. 110-F, I, da Lei Orgânica deste Tribunal.
4. A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED objetiva à regulação econômica do mercado farmacêutico, tendo, inclusive, competência para estabelecer os critérios para a fixação e ajuste dos preços de medicamentos.
5. A caracterização de aquisição antieconômica impõe a aplicação de multa ao gestor, nos termos do disposto no art. 85, II, da Lei Complementar 102/2008.
6. Assim como os gestores responsáveis pelas aquisições antieconômicas, as empresas licitantes que praticaram preços acima dos limites legais, devem restituir ao erário a diferença apurada entre o limite da aquisição fixada pela CMED e a compra efetuada.

ACÓRDÃO

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

- I) afastar, preliminarmente, por unanimidade, as alegações de:
 - a) ilegitimidade passiva suscitada pela Sra. Thaís Gomes Moreira Bittar e pela empresa Medway Log. Comércio e Serviços Ltda.;
 - b) cerceamento de defesa;
- II) afastar, na prejudicial de mérito, por unanimidade, a arguição de prescrição da pretensão punitiva desta Corte, considerando que não transcorreram 5 (cinco) anos da data de julgamento destes autos, desde o despacho que determinou a autuação da representação, nos termos do art. 110-F, I, da Lei Orgânica deste Tribunal, conforme consta na fundamentação desta decisão;
- III) julgar, no mérito, por maioria, procedente a Representação, julgando-se irregulares as aquisições de medicamentos pelo Município de Santos Dumont, no exercício de 2013, realizadas acima dos preços definidos nas tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos (SAMMED) da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), em inobservância às Resoluções CMED 02/2004, 04/2006 e 03/2011, Lei 10.742/2003 e inciso V do art. 15 da Lei 8.666/93, uma vez que ilegais e antieconômicas, no valor de R\$ 38.104,05 (trinta e oito mil, cento e quatro reais e cinco centavos)
- IV) aplicar multa, nos termos do que preceitua o art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/2008, à gestora Thaís Gomes Moreira Bittar, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), considerando a aquisição antieconômica de medicamento à época de sua gestão;
- V) determinar o ressarcimento dos valores indicados devidamente atualizados, pelas empresas seguintes, à vista da flagrante prática de superfaturamento de preços na contratação com a Administração Municipal, de forma solidária pela gestora Thaís Gomes Moreira Bittar:

- a) Drogeria Bazzarela Ltda., R\$ 93,34 (noventa e três reais e trinta e quatro centavos);
 - b) Lamim e Filhos Ltda., R\$ 831,35 (oitocentos e trinta e um reais e trinta e cinco centavos);
 - c) Drogeria Nascimento e Silva, R\$ 1.393,75 (mil trezentos e noventa e três reais e setenta e cinco centavos);
 - d) Lumar Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda., R\$ 2.843,48 (dois mil oitocentos e quarenta e três reais e quarenta e oito centavos);
 - e) Medway Log Comércio e Serviços Ltda., R\$ 29.907,03 (vinte e nove mil novecentos e sete reais e três centavos);
 - f) MSR Express Medicamentos Especiais Ltda., R\$ 3.035,10 (três mil trinta e cinco reais e dez centavos).
- VI)** recomendar ao atual gestor que observe, nas compras de medicamentos pelo Município, os preços definidos nas tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos (SAMME) da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), bem como os atos normativos que regulam a matéria, e, ainda, ante a inobservância dos referidos normativos pelos fornecedores de medicamentos, quando de compras efetuadas pelo setor público, que se comunique o fato à CMED e ao Ministério Público de Contas para adoção das medidas cabíveis;
- VII)** determinar a intimação das partes desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do Regimento Interno desta Corte;
- VIII)** determinar, ultimadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, III, do RITCMG.

Votaram o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Vencido, no mérito, este último.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 1º de julho de 2021.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

**NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 20/5/2021**

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação oferecida pelo Centro de Integração da Fiscalização e de Gestão de Informações Estratégicas – SURICATO, deste Tribunal, que constatou aquisição antieconômica de medicamentos pelo Município de Santos Dumont, por meio da malha eletrônica de fiscalização de compra pública nº 1.

Nos termos dos documentos juntados às fls. 01/03v dos autos foram apuradas evidências de aquisição no valor de R\$ 42.958,68 (quarenta e dois mil novecentos e cinquenta e oito reais e sessenta e oito centavos) acima dos preços definidos nas tabelas elaboradas pelo Sistema de acompanhamento de Mercado de Medicamentos – SAMMED – da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, constantes no site da ANVISA.

O processo foi autuado em atendimento à determinação do então Presidente deste Tribunal, em 17/08/2016, fl. 05, e distribuído à minha relatoria em 18/08/2016, conforme certificado à fl. 06.

Visando complementar a instrução processual, nos termos especificados no relatório técnico de fls. 8/11v, foi determinada a intimação do Prefeito Municipal de Santos Dumont para o envio de informações e documentos, fl. 32. Em atendimento à determinação mencionada, vieram os documentos de fls. 36/39.

A Unidade Técnica elaborou o relatório de fls. 43/45, acompanhado da documentação de fls. 46/56, concluindo pela necessidade de abertura de vista ao responsável para apresentação de justificativas acerca da compra de medicamentos acima do valor da tabela da ANVISA, dos itens discriminados à fl. 45.

Encaminhei os autos, por meio do despacho de fl. 58, ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas que, em parecer de fls. 59/60v, opinou pela conversão dos autos em Tomada de Contas Especial e a citação dos responsáveis.

Considerarei necessária a realização de diligência para esclarecimentos dos fatos apontados nos autos, razão pela qual determinei a intimação dos responsáveis legais das empresas Medway Log. Com. e Serv. Ltda. e S3 Med. Dist de Medicamentos Ltda., a fim de que informassem se houve a emissão das Notas Fiscais de nºs 35370, 98575 e 102770, e apresentassem as justificativas e documentos que entendessem pertinentes acerca da análise técnica de fls. 43/45, e da documentação de fls. 36/37 e 39, conforme despacho à fl. 61.

Somente a empresa Medway Log Comércio e Serviços Ltda. se manifestou, por meio de seu representante legal, juntando a documentação de fls. 66/78.

Determinei, à fl. 82, a renovação da intimação da empresa S3 Med. Distribuidora de Medicamentos Ltda., na pessoa do seu responsável legal, Noilde Rodrigues Nunes Silva. Contudo, conforme o Termo de Certificação de fl. 85, a mencionada empresa, embora regularmente intimada, não se manifestou.

A determinação de citação do Sr. Carlos Alberto Ramos de Faria, Prefeito Municipal de Santos Dumont à época, do Sr. Everaldo Ferreira de Paula, então Chefe do Setor de Contabilidade e ordenador das despesas, e das empresas S3 Med. Distribuidora de Medicamentos Ltda. e Medway Log. Com. e Serv. Ltda., constou do despacho de fl. 90.

A empresa Medway Log. Comércio e Serviços Ltda., em recuperação judicial, apresentou por meio de seu Administrador Judicial, a documentação juntada às fls. 98/105 dos autos, e o Sr. Everaldo Ferreira de Paula, então Chefe do Setor de Contabilidade da Prefeitura Municipal de Santos Dumont, manifestou-se às fls. 112/134.

Conforme certidão de fl. 135 o ex-Prefeito de Santos Dumont, Sr. Carlos Alberto Ramos de Faria e a empresa S3 Med. Distribuidora de Medicamentos Ltda., embora regularmente citados, não se manifestaram.

Encaminhei a documentação para análise da 1ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal por meio do despacho de fl. 136. O Órgão Técnico elaborou o relatório de fls. 137/139, alterando o valor apontado inicialmente, correspondente a compras antieconômicas, para R\$ 38.104,05 (trinta e oito mil cento e quatro reais e cinco centavos), em razão dos esclarecimentos e novos documentos juntados aos autos pela empresa Medway Log. Comércio e Serviços Ltda. Ademais, sugeriu a citação do Sr. Carlos Alberto Ramos de Faria, Prefeito Municipal à época, da Sra. Thais Gomes Moreira Bittar, então Secretária de Saúde, além das empresas fornecedoras de medicamentos indicados na análise técnica à fl. 139.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas manifestou-se às fls. 142/142v opinando pela citação dos responsáveis.

Em seguida, à fl. 143, determinei a citação do Sr. Carlos Alberto Ramos de Faria, Prefeito Municipal à época, da Sra. Thais Gomes Moreira Bittar, então Secretária de Saúde, e das empresas Drogaria Bazzarella Ltda., Lamim e Filhos Ltda., Drogaria Nascimento e Silva, Lumar Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda., Medway Log. Comércio e Serviços Ltda., e MSR Express Medicamentos Especiais Ltda., para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentassem as justificativas e documentos que entendessem pertinentes.

Apresentaram defesa e documentos a Drogaria Nascimento e Silva Ltda. (fls. 162/163), Lamim e Filhos Ltda. (fls. 164/178), Drogaria Bazzarella Ltda. (fls. 179/230), MSR Express Medicamentos Especiais Ltda. (fls. 231/238), Thais Gomes Moreira Bittar (fls. 242/251) e Medway Log Comércio e Serviços Ltda. (fls. 253/383). Não houve manifestação de Carlos Alberto Ramos de Faria e Lumar Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda., conforme certificado à fl. 357.

Os autos foram encaminhados ao Órgão Técnico e posteriormente ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para análise das defesas e documentos, em cumprimento ao despacho de fl. 388, sendo elaborado o estudo de fls. 389/401 e parecer de fls. 403/404 respectivamente. Ambos se manifestaram pela manutenção da irregularidade apontada nos autos. O Ministério Público de Contas opinou, também, pela procedência dos apontamentos objeto da presente ação de controle externo, o que dá ensejo à aplicação das sanções legais cabíveis, ao ressarcimento ao erário do dano apurado, bem como a emissão de determinação aos responsáveis para que não mais pratiquem as condutas tidas como irregulares. Por fim, opinou que a Unidade Técnica monitore o cumprimento da determinação.

Tendo verificado que a Sra. Thais Gomes Moreira Bittar não apresentou, no prazo que lhe foi deferido, a procuração outorgando poderes ao seu advogado, determinei por meio do despacho de fl. 405 sua intimação para fazê-lo, sob pena de ser desconsiderada a peça de defesa apresentada. Vieram os documentos de fls. 410/411 regularizando a representação.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1. PRELIMINARES - ILEGITIMIDADE E CERCEIO DE DEFESA

A então Secretária de Saúde do Município, Thais Gomes Moreira Bittar, sustentou em defesa, fl. 243, a sua **ilegitimidade passiva**, alegando, em síntese, que a época o Município não tinha a chamada “gestão plena”, ou seja, não havia um CNPJ próprio vinculado à Secretaria Municipal de Saúde, de forma que não poderia ser considerada “gestora” e/ou “ordenadora de despesas”.

No estudo técnico elaborado às fls. 393v/395v, foi ressaltado o que se segue:

Alexandrino conceitua órgãos públicos como: “unidades integrantes da estrutura de uma mesma pessoa jurídica nas quais são agrupadas competências a serem exercidas por meio de agentes públicos. E complementa: “como se vê, órgãos são meros conjuntos de competências, sem personalidade jurídica própria; são resultado da técnica de organização administrativa conhecida como “desconcentração”.¹

Ou seja, o fato da Secretaria Municipal de Saúde possuir personalidade jurídica ou não em nada afeta o status de gestora e ordenadora de despesa da Sra. Thais Gomes Moreira, visto que, independentemente da existência de um CNPJ, essa era responsável pela edição de atos administrativos patrimoniais, devendo responder por aqueles que eventualmente gerem dano ao erário, desde que comprovado o dolo ou culpa da agente, e o nexo de causalidade entre a conduta da agente e o resultado do ato.

Observa-se que a Secretária Municipal de Saúde realizou licitações sem observar o parágrafo único, do art. 2º, da Resolução CMED n. 3, de 4 de maio de 2009, o que demonstra a negligência da agente, e conseqüentemente sua culpa, ao gerir os recursos públicos.

Portanto, resta comprovada a legitimidade passiva da representada.

Verifico que, a despeito de possuir ou não personalidade jurídica, a Secretaria de Saúde de Santos Dumont reunia atribuições e competências específicas, sendo da responsabilidade da representada a edição de atos administrativos daí decorrentes, e em especial do processo licitatório que culminou na compra apontada como superfaturada pela Administração Pública.

Vale ressaltar a manifestação do Chefe do Setor de Contabilidade à época, à fl. 112, Everaldo Ferreira de Paula, acompanhada da documentação de fls. 113 e 114/121 corroborando a afirmativa acima:

Conforme instituído pela Lei Municipal nº 2.426 de 05/12/1991 (anexa), a gerência das ações financeiras de Saúde do Município de Santos Dumont é de responsabilidade do Fundo Municipal de Saúde e conforme pode se observar no art. 2º, seção II, item VIII, é atribuição do Secretário Municipal de Saúde ordenar empenhos e pagamentos das despesas do Fundo de Saúde. Portanto, as aquisições de medicamentos só poderiam ser efetuadas pela referida Secretaria de Saúde, que tinha como Gestora à época a Sra. Thais Gomes Moreira Bittar [...]

Assim sendo, a existência de nexo de causalidade entre a ação do agente público e o dano apontado afasta a ilegitimidade sustentada.

Igualmente foi alegado pela empresa Medway Log. Comércio e Serviços Ltda., às fls. 255/257 dos autos sua ilegitimidade passiva, ao fundamento de que sendo o objeto da presente Representação amplo, englobando certames nos quais a participação da empresa não tenha decorrido sua declaração como vencedora ou, ainda que vencedora esta condição tenha

¹ALEXANDRINO, Marcelo, Direito administrativo descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. – 21. Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

se restringido a alguns itens, ela não poderia figurar no polo passivo da presente Representação.

Contudo, a existência de apontamento de aquisições antieconômicas pela empresa é suficiente para que esta componha a relação processual, uma vez que, em tese, pode ser responsável por eventual dano ao erário. Assim, resta afastada a alegada ilegitimidade passiva da representada.

A empresa alegou também o **cerceamento de defesa**, com a inépcia da Representação, sob o argumento de impedimento ao exercício da ampla defesa, uma vez que não teriam sido especificados quais os medicamentos foram supostamente adquiridos acima do valor estabelecido pela ANVISA, qual foi o fornecedor ou mesmo a que preço foi vendido.

Com relação ao alegado cerceamento de defesa o Órgão Técnico ressaltou que foram oferecidos todos os elementos necessários à formulação da defesa, possuindo a Representação apresentada pelo SURICATO (fls. 01/03v) fundamentação legal e fática – inclusive discorrendo sobre o histórico da tabela CMED, metodologia de apuração e evidências.

Salientou que, além disso, a Representação foi complementada pela Diretoria de Controle Externo dos Municípios, que dispôs acerca da responsabilidade dos gestores públicos no que tange a diversos procedimentos licitatórios superfaturados realizados pela Prefeitura Municipal de Santos Dumont. Ainda, foi consignado que as responsabilidades das empresas seriam analisadas em momentos posterior, o que foi feito no relatório elaborado pela Unidade Técnica (fls. 137/139).

E concluiu que, portanto, não há razão na alegação de cerceamento de defesa, tendo em vista que a Representação apresenta todos os requisitos de validade necessários para a instauração do processo administrativo no âmbito do Tribunal de Contas, e, também, foi ofertada a possibilidade de apresentação de defesa por parte dos jurisdicionados, nos termos do art. 151, *caput* e §1º, do RITCEMG.

Razão não assiste à representada. A sua responsabilização se dará na medida da sua participação no ato ilícito, e tendo em vista que o objeto da presente Representação é o recebimento de valor que excedia aquele estabelecido nas tabelas da CMED, só poderá responder pelo que recebeu, sendo inócua para ela o detalhamento e inclusão de outros valores irregulares no processo dos quais não tenha sido a beneficiária.

Ademais, a responsabilização por eventuais danos alcança os particulares, nos termos previstos pelo art. 71, inciso II, da Constituição da República, uma vez que todos que causam dano ao erário devem ser responsabilizados. Acrescento, ainda, a decisão proferida nos autos do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 969.520, em sessão plenária do dia 08/03/2017, nestes termos:

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. PROCESSOS DE CONTROLE EXTERNO. COMPETÊNCIA PARA RESPONSABILIZAR PARTICULAR QUE TIVER DADO CAUSA A IRREGULARIDADE DA QUAL TENHA RESULTADO DANO AO ERÁRIO ESTADUAL OU A ERÁRIO MUNICIPAL.

1. O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais tem, entre outras competências, a de responsabilizar, em processos de controle externo, particular que tiver dado causa a irregularidade da qual tenha resultado dano ao erário estadual ou a erário municipal (Constituição da República, art. 71, inciso II; Constituição do Estado de Minas Gerais, art. 76, inciso III, c/c art. 180, § 4º; Lei Complementar n. 102, de 2008, art. 2º, inciso III, e art. 3º, inciso V).

2. Jurisprudência uniformizada

Verifico, ainda, que foram explicitamente indicadas as notas fiscais emitidas em favor da representada por meio das quais foi apurado o pagamento irregular no valor total de R\$ 29.907,03 (vinte e nove mil novecentos e sete reais e três centavos). Conforme mencionado, as notas fiscais emitidas pela Prefeitura Municipal de Santos Dumont e pagas à representada indicam quais os medicamentos foram adquiridos acima do valor limite, sendo obviamente a empresa Medway Log. Comércio e Serviços Ltda. a beneficiária destes pagamentos, não havendo dúvida quanto ao preço dos referidos produtos.

Afasto, pois, as alegações de cerceio de defesa.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

FICA APROVADA.

II.2. PREJUDICIAL DE MÉRITO – PRESCRIÇÃO

A empresa MSR Express Medicamentos Especiais Ltda. – EPP requereu, em sua defesa, às fls. 231/233, a extinção do processo com julgamento de mérito, com base na prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas, fundado no art. 110-E do Regimento Interno desta Corte. Afirmou que teriam transcorrido mais de 5 (cinco) anos entre a emissão da nota fiscal, em 03/04/2013, e sua citação para apresentação de defesa.

Em sua análise, a Unidade Técnica, às fls. 392v/393, apontou que o prazo prescricional foi interrompido com o despacho que recebeu a Representação, em 17/08/2016, não tendo se esgotado o prazo previsto no Regimento Interno desta Corte.

Compulsando os autos, verifico que o despacho que determinou a autuação dos autos como Representação ocorreu em 17/08/2016, fl. 5, data em que foi interrompido o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, nos termos do art.110-C, inciso V, da Lei Complementar n. 102/08, que transcrevo:

Art. 110-C – São causas interruptivas da prescrição:

- I – despacho ou decisão que determinar a realização de inspeção cujo escopo abranja o ato passível de sanção a ser aplicada pelo Tribunal de Contas;
- II – autuação de feito no Tribunal de Contas nos casos de prestação e tomada de contas;
- III – autuação de feito no Tribunal de Contas em virtude de obrigação imposta por lei ou ato normativo;
- IV – instauração de tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas;
- V – despacho que receber denúncia ou representação;
- VI – citação válida;

VII – decisão de mérito recorrível.

Considerando, portanto, que não transcorreram cinco anos na data do julgamento destes autos, desde o despacho que determinou a autuação da Representação, conforme previsão do art. 110-F, I, da Lei Orgânica deste Tribunal, não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva quanto às irregularidades sob análise.

Afasto, pois, a arguição de prescrição da pretensão punitiva desta Corte.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Acompanho Vossa Excelência.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

II.3. MÉRITO

Nos termos relatados, foram apontadas aquisições de medicamentos acima dos preços definidos nas tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos – SAMMED – da CMED, constantes no site da ANVISA, caracterizando compra antieconômica no valor de R\$ 42.958,68 (quarenta e dois mil novecentos e cinquenta e oito reais e sessenta e oito centavos), fl. 01.

Após as informações prestadas pela empresa Medway Log. Comércio e Serviços Ltda. inicialmente (fls. 66/78), e pelo administrador judicial da empresa em seguida (fls. 98/105), bem como pelo então Chefe do Setor de Contabilidade da Prefeitura de Santos Dumont, Sr. Everaldo Ferreira de Paula (fls. 112/134), a análise técnica (fls. 137/139) apontou o que se segue:

- 1) o valor consignado de R\$120,59 (cento e vinte reais e cinquenta e nove centavos) referente ao documento fiscal de número 35370, pago acima da tabela CMED/ANVISA deveria ser desconsiderado, uma vez que esse documento fiscal foi substituído pela Nota Fiscal n. 49266, emitida em 06/05/2014, e indicada no Processo n. 986.861, referente ao exercício de 2014;
- 2) os valores consignados de R\$1.522,73 (um mil quinhentos e vinte e dois reais e setenta e três centavos) e R\$3.233,31 (três mil duzentos e trinta e três reais e trinta e um centavos) referentes aos documentos fiscais de números 98575 e 102770 emitidos pela empresa S3 Medicamentos, também deveriam ser deduzidos do valor indicado no relatório de fls. 01/03, pois para esses documentos não se encontram registros contábeis nos sistemas da Prefeitura.

Em razão do exposto, foi retificado o valor inicialmente apurado nesta Representação de R\$ 42.958,68 (quarenta e dois mil novecentos e cinquenta e oito reais e sessenta e oito centavos) para R\$ 38.104,05 (trinta e oito mil cento e quatro reais e cinco centavos), ficando ratificados os termos do relatório bem como a sua fundamentação.

Portanto, foram mantidas as irregularidades em relação às seguintes fornecedoras, nos valores especificados:

Empresa fornecedora medicamento	Valor pago a maior da tabela CMED/ANVISA – R\$ -
Drogaria Bazzarella Ltda.	93,34
Lamim e Filhos Ltda.	831,35
Drogaria Nascimento e Silva	1.393,75
Lumar Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda.	2.843,48
Medway Log Comércio e Serviços Ltda.	29.907,03
MSR Express Medicamentos Especiais Ltda.	3.035,10
TOTAL	38.104,05

Realizadas as citações dos responsáveis, foram apresentadas defesas. A empresa **Drogaria Nascimento** alegou à fl. 162 que participou de um pregão eletrônico no qual constava do Edital apenas o menor preço de venda, e que este preço estava dentro do custo da empresa. Acrescentou que se o preço de referência fosse menor, não teria condições de fornecer os medicamentos. Concluiu afirmando que apenas cumpriu o Edital e, portanto, o valor a maior deveria ser cobrado do Município de Santos Dumont.

Sobre esta defesa, o Órgão Técnico, às fls. 390v/391v, apontou que, nos termos do Decreto-Lei nº 4.657/42, ninguém pode se escusar de cumprir a lei alegando que não a conhece, razão pela qual rejeitou as razões defensivas.

A **Drogaria Lamim e Filhos Ltda.** se manifestou às fls. 164/178, por meio de seu representante legal, alegando que a empresa não é distribuidora, praticando preços com base no Preço Máximo ao Consumidor (PMC), e que foram considerados preços conforme tabela da época e até mesmo valores abaixo da tabela do referido PMC. Apresentou, ainda, planilha indicando os preços contratados e aqueles da tabela do PMC.

Ressaltou a Unidade Técnicas às fls. 391/392, ao analisar esta defesa, o seguinte:

Preço fábrica (PF) é o praticado pelas empresas produtoras ou importadoras e distribuidoras, constituindo o preço máximo permitido para venda a farmácias, drogarias e a entes da administração pública. Logo, o PF é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor pode comercializar medicamentos no mercado brasileiro.

Já o preço máximo ao consumidor (PMC) é o praticado pelas farmácias e drogarias para a venda ao consumidor e inclui os impostos incidentes.

Coefficiente de Adequação de Preço (CAP) é o desconto mínimo obrigatório, incidente sobre o preço fábrica (PF), de alguns medicamentos nas compras realizadas pelos entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, resultando no PMVG, que é o maior preço permitido para venda do medicamento a esses entes públicos.

Por fim, o Preço máximo de venda ao governo (PMVG): resulta da aplicação do CAP sobre o PF. É, pois, o teto de preço para compra dos medicamentos inseridos na lista de produtos sujeitos ao coeficiente de adequação de preço (CAP) ou ainda de qualquer medicamento adquirido por força de decisão judicial.

A CMED, por meio da Resolução n. 3, de 4 de maio de 2009, dispõe:

Art. 1º 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.

Art. 2º Preço Máximo ao Consumidor – PMC é o teto de preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias.

Parágrafo único. 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, de que trata o artigo 1º.

Com estes fundamentos, a Unidade Técnica apontou que deve ser considerado o PMVG e não o PMC, vez que a venda realizada pela drogaria foi feita para a Administração Pública, não acolhendo as razões defensivas.

A **Drogaria Bazzarella** limitou-se a anexar as notas fiscais referentes aos medicamentos vendidos ao Município de Santos Dumont, às fls. 179/199, prejudicando a análise da defesa.

A representada **MSR Express Medicamentos Especiais Ltda. - EPP** alegou, às fls. 231/238, que a venda foi realizada dentro dos ditames legais, não havendo qualquer ato atentatório ao erário praticado pela empresa, o que seria comprovado pelo fato de empresa ter recolhido o ICMS.

No exame da defesa realizado, fls. 392v/393, a Unidade Técnica ressaltou que o recolhimento do ICMS por parte da representada não é prova da ausência de dano ao erário, apenas demonstra que a empresa cumpriu com suas obrigações fiscais, refutando as alegações defensivas.

Em sua defesa, a então Secretária de Saúde do Município de Santos Dumont, **Thais Gomes Moreira Bittar**, fls. 243/251, alegou que na denominada “fase de cotação de preços” é feita uma pesquisa, com mínimo 03 fornecedores e apurava-se o preço médio de mercado, preço este que vai balizar a futura compra. Segundo insistiu, tendo o Município um setor próprio, fez uma cotação de preços o que seria incompatível com o superfaturamento. Acrescentou que sempre houve o cuidado nas gestões municipais, em observar esse preço médio de mercado visando evitar tanto o preço elevado quanto o diminuto, que caracterizaria o preço inexchangeável.

No seu entendimento, quando houve a compra pelo Município, usando como referência a pesquisa de mercado, nenhum item foi comprado acima dos valores médios apurados, fato corroborado pela sua convicção de que aqueles valores contidos nas tabelas da SAMMED, CIMED, serviriam apenas de referência uma vez que levariam em conta apenas o panorama nacional, desconsiderando as peculiaridades regionais. Referidas tabelas, portanto, não seriam elementos estanques, que deveriam pautar as compras de todos os Entes.

Acrescentou que a diferença percentual entre os valores das tabelas e os da aquisição é muito pequena, sendo justificada pela variação regional. Finalizou justificando a compra em razão da judicialização da saúde, que impõe multa por descumprimento, o que demonstraria a legitimidade do procedimento.

Quanto ao argumento utilizado pela representada segundo o qual as tabelas serviriam apenas como referência, não havendo obrigatoriedade da sua adoção, a Unidade Técnica colacionou, às fls. 394/395v, artigo abordando a matéria, senão vejamos:

Ademais, não se desconsidera as críticas existentes acerca da Tabela de Preços confeccionada pela CMED, como verifica-se no artigo “Os Efeitos da Regulação de Preços da CMED sobre as Compras Públicas de Medicamentos do Estado de Minas Gerais”. 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.

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.”²

Contudo, apesar da validade das críticas, v.g. a supracitada, não há como se negar a vigência e obrigatoriedade da aplicação dos valores expressos na tabela CMED.

Trouxe, ainda, Ementa de decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 4874, julgado em 01/02/2018, divulgado em 31/01/2019, na qual se estabelece que não se afasta a aplicação da norma expedida pela ANVISA por ser da sua competência expedir resoluções normativas acerca de matérias afetas a área de saúde, fls. 394v/395.

Ao final concluiu que as resoluções expedidas pela CMED possuem força normativa de lei, devendo suas normas serem cumpridas pela sociedade independentemente da concordância ou não com as disposições da mesma, nos termos do art. 3º, do Decreto-Lei n. 4.657/42.³ Afirmou, também:

Não merece, assim, acolhimento as alegações suscitadas pela defesa no que tange a obrigatoriedade da utilização dos valores previstos na Tabela CMED para aquisição de medicamentos pela Administração Pública.

Por fim, em que pese esta Unidade Técnica se solidarizar com o drama vivido pelos gestores públicos quanto a judicialização da saúde, o argumento da representada não se sustenta.

Isso porque a representada não junta aos autos nenhuma prova – termo de referência, edital e etc – que demonstre que os procedimentos licitatórios em foco foram realizados para aquisição de medicamentos objetos de demandas judiciais – além de não especificar quais as características peculiares da região de Santos Dumont que justificariam a compra de medicamentos em valores superiores aos da Tabela CMED.

Com estas razões, a Unidade Técnica refutou os argumentos defensivos.

A empresa **Medway Log. Comércio e Serviços Ltda.** apresentou sua defesa às fls. 253/271 alegando sua adequação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que apenas seguiu o edital e suas regras, e, sendo assim, a culpa seria exclusivamente da Prefeitura de Santos Dumont, que abriu o edital em desacordo com os valores máximos referenciados fixados pelo órgão regulador, caracterizando dano ao erário.

Sustentou que a Representação se fundamentou no fato de o Município ter adquirido medicamentos sem observância da Tabela da CMED (Câmara de Regulação do Mercado de

²CAMPOS, Arthur Zaian Silva e FRANCO, Marco Paulo Vianna. Os Efeitos da Regulação de Preços da CMED sobre as Compras Públicas de Medicamentos do Estado de Minas Gerais. Revista de Gestão em Sistemas de Saúde – RGSS. Vol 6, N. 3, Setembro/Dezembro de 2017.

³Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Medicamentos), e não da Tabela ABCFARMA, conforme regra do edital, embora essa fosse comumente utilizada pelos entes licitantes na época, uma vez que correspondia ao caderno de preço utilizado para venda ao varejo cobrado nos balcões de farmácia, como parâmetro para compras em licitações.

Segundo alegou, o certame em discussão ocorreu nos anos de 2013/2014, quando o Município se utilizou do caderno ABCFARMA, não havendo qualquer irregularidade no fato, uma vez que somente ao final de 2014, por meio de orientação do próprio Tribunal de Contas os entes públicos passaram a utilizar como objeto da licitação o desconto sobre a Tabela CMED.

A representada ressaltou que é apenas distribuidora de medicamentos e atendeu as convocações realizadas pelo Município de Santos Dumont por meio de edital, cujos critérios de julgamento das propostas foram estabelecidos exclusivamente pelo Município.

Alegou que não houve superfaturamento dos preços, o que seria comprovado pelo fato de que houve a necessidade de se acordar um termo aditivo de contrato para a restauração do equilíbrio econômico-financeiro da obrigação, nos termos do art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/93. No mesmo sentido, afirmou que a situação econômica da empresa é delicada, tanto que foi requerida sua Recuperação Judicial em falência, nos termos do art. 73 c/c art. 105 da Lei 11.101/05, e que, por certo, se houvesse o superfaturamento dos preços, essa não se encontraria em tal situação crítica.

A análise da defesa apresentada pela Unidade Técnica, às fls. 396v/398, foi no sentido de que a empresa teve impugnados valores relativos às notas fiscais emitidas em favor da representada, perfazendo o montante de R\$ 29.907,03 (vinte e nove mil novecentos e sete reais e três centavos), que representa o que foi pago a maior da tabela CMED/ANVISA⁴.

Por fim, assegurou que não há correlação lógica entre o fato de a empresa se encontrar em Recuperação Judicial e a suposta ausência de superfaturamento na venda de medicamentos, uma vez que a situação de recuperação judicial da empresa apenas significa que, em algum momento, os empresários tomaram decisões equivocadas na condução do negócio, ou, até mesmo, que a empresa sofreu efeitos de uma crise econômica nacional. Pela análise realizada, concluiu pela improcedência da defesa.

O estudo técnico demonstrou que os preços praticados pela empresa, nas licitações sob análise, não obedeceram ao que determina o parágrafo único do art. 2º da Resolução nº 3 da CMED. Não foi utilizado o teto de preço do fabricante (PF) e sim do preço máximo do consumidor (PMC), embora a venda fosse a ente público. Refutou, em sua análise conclusiva, todos os argumentos defensivos, e concluiu pela configuração do dano ao erário, fl. 398v.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em manifestação de fls. 403/404, considerou procedentes, conforme fundamentos de fato e de direito, os apontamentos da presente Representação, o que daria ensejo à aplicação de multa aos responsáveis, a teor do disposto no art. 85, II, da Lei Complementar estadual nº 102/2008. Além disso, considerou que as irregularidades destacadas configuram dano ao erário cujo ressarcimento deve ser determinado aos responsáveis. Reforçou a necessidade de o Tribunal determinar também que, nos certames que vierem a ser deflagados pelo Município, os responsáveis não mais pratiquem as condutas tidas como irregulares no presente feito. Por fim, a teor do art. 290 e

⁴Excluído o valor de R\$ 120,59, referente a Nota Fiscal n. 35370.

seguintes do Regimento Interno deste tribunal (Resolução nº 12/2008) sugeriu que esta Corte providenciasse que sua Unidade Técnica competente monitorasse o cumprimento das determinações proferidas na presente ação de controle externo.

A princípio é oportuno ressaltar que, nos termos contidos às fls. 01v/02, compete à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, criada pela Lei nº 10.742 de 06 de outubro de 2003, estabelecer critérios para a fixação e ajuste de preços de medicamentos, inclusive dos produtos novos e novas apresentações, além de estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, incluindo as margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalentes de assistência médica, conforme disposto no art. 2º do Decreto nº 4.766/2003.

Por meio da Orientação Interpretativa nº 2, de 13 de novembro de 2006⁵, a CMED 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”. Ademais, a Resolução nº 03/2009, estabeleceu o seguinte:

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 com “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.”

Acrescentou o Suricato, à fl. 02, que as aquisições pela administração pública, direta ou indireta, poderão sujeitar-se à aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços – CAP, conforme Resolução CMED nº 4 de 18 de dezembro de 2006. Nos termos do Anexo 1 da Resolução CMED nº 3 de 02/03/2011, 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 02/2004, alterada pela Resolução CMED nº 04 de 15/06/2005, ponderada pelo Rendimento Nacional Bruto – RNB.

O referido 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, além dos medicamentos adquiridos em decorrência de decisão judicial. Os produtos em cujos preços será aplicado o CAP foram divulgados por meio do Comunicado nº 10 de 30 de novembro de 2009.

Por fim, a aplicação do CAP sobre o Preço de Fábrica ou Preço Fabricante resulta no Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, que é o maior preço permitido para venda dos medicamentos aos entes públicos. E, para o período de 19/03/2012 a 09/09/2013 o referido índice ficou definido em 21,87%, e a partir de 10/09/2013 passou a ser de 21,92%, conforme Comunicado nº 3/2012 e nº 5/2013, fl. 02v.

Oportuno transcrever a análise técnica, em seu reexame dos autos, após a apresentação das defesas, à fl. 391:

[...] o que se tem são atos normativos expedidos pela CMED capazes de servir como parâmetro estável e confiável o suficiente para orientar os gestores públicos em suas políticas de compras e subsidiar os órgãos de controle externo na apuração de eventuais

⁵ <http://antigo.anvisa.gov.br/orientacao-interpretativa-n-02-de-13-de-novembro-de-2006>

malversações de recursos públicos no âmbito da fiscalização, isto porque a lista publicada pela CMED representa o preço máximo a ser praticado pela indústria farmacêutica. Todavia, no caso de descumprimento dos regulamentos da CMED pelos fornecedores de medicamentos nas compras efetuadas pelo setor público, os gestores públicos deverão comunicar o fato à CMED e ao Ministério Público, sob pena de responsabilização pela aquisição antieconômica e pela devolução dos recursos pagos acima do teto estabelecido pelos normativos da CMED [...]

Portanto, conforme as regras mencionadas, as aquisições de medicamentos devem ser efetuadas com a observância ao teto fixado pela CMED, assim, a extrapolação deste teto é suficiente para a caracterização da irregularidade, já que afronta à legislação aplicável à espécie.

É de se reconhecer, conforme apontado pelo Órgão Técnico, que a utilização da tabela da ABCFARMA não é o parâmetro mais adequado para servir como referência de preços para aquisições públicas de medicamentos, uma vez que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) da Anvisa, estabelece referenciais a serem observados na compra de medicamentos, definindo o “Preço de Fábrica” (PF); “Preço Máximo ao Consumidor” (PMC); e o “Preço Máximo de Venda ao Governo” (PMVG).

Ressalta-se o entendimento exarado no Acórdão TCU nº 95/2007 – Plenário, referente à adoção da tabela da ABCFARMA, utilizado, conforme argumentos defensivos, 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).

Nos termos apontados nestes autos, foi caracterizado o ato antieconômico, diante da desconsideração das tabelas da SAMMED, CMED, e da constatação de que as compras foram realizadas baseadas tão somente em pesquisa de mercado. Ocorre que as mencionadas tabelas são, em última análise, uma garantia para o gestor público e um freio para os fornecedores. Esse equilíbrio não pode ser quebrado, a ele não se renuncia, por se tratar de um *munus* público. Portanto, as aquisições oneraram indevidamente o erário, não atenderam ao interesse público.

Além disso, como bem pontuou o Órgão Técnico *as resoluções expedidas pela CMED possuem força normativa de lei, devendo suas normas serem cumpridas pela sociedade independentemente da concordância ou não com as disposições da mesma, nos termos do art. 3º, do Decreto-Lei n. 4.657/42.*

Não merece acolhida, de igual sorte, a argumentação relativa à dúvida quanto à tabela utilizada pela equipe técnica na apuração do superfaturamento, sendo certo que a Tabela da CMED era a indicada para aquisição de medicamentos pela Administração Pública o que é de inteiro conhecimento dos responsáveis.

Oportuno lembrar que o TCU reconhece o dever do gestor público de comunicar a CMED e o Ministério Público, tanto Federal quanto Estadual, sobre eventual desrespeito às normas da CMED, sob pena de responsabilização por aquisição antieconômica e devolução dos valores pagos acima do teto, nos termos do Acórdão n.º 1437/2007, publicada no DOU de 27/07/2007, da relatoria do Ministro Valmir Campelo.

Acrescento que as empresas Drogaria Nascimento e Medway Log Comércio e Serviços Ltda. alegam que apenas cumpriram o Edital e, portanto, esse valor a maior deveria ser cobrado do Município de Santos Dumont. No seu entendimento pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que as representadas apenas seguiram o edital e suas regras, a culpa seria exclusivamente da Prefeitura, que abriu o edital em desacordo com os valores máximos referenciados fixados pelo órgão regulador.

Efetivamente, não se pode afastar a responsabilidade da Administração. Contudo, as empresas, ao aderirem ao ato irregular tornam-se solidárias ao agente causador do dano, assumindo o risco pelas consequências daí decorrentes. Isso porque não podem alegar o desconhecimento da legislação regulatória da compra e venda de medicamentos aos entes públicos, por ser este o seu negócio e do qual obtêm seus rendimentos.

Portanto, as empresas são incumbidas de aplicar as referidas normas da CMED ao passo que cabe ao órgão da Administração Pública, que faz as aquisições de medicamentos, fiscalizar a aplicação daqueles regramentos, comunicando, em caso de descumprimento, o fato ao CMED e ao Ministério Público respectivo.

A este fato acrescentado o de que ninguém pode deixar de cumprir a lei alegando que não a conhece, conforme o art. 3º, do Decreto-Lei nº 4.657/42. Conclui-se, pois, pela total improcedência das alegações das representadas.

Constato que embora regularmente citado, nos termos da certidão de fls. 387, o ex-Prefeito do Município de Santos Dumont, Carlos Alberto Ramos de Faria, não se manifestou.

Constitui obrigação para o Chefe do Poder Executivo Municipal pautar sua conduta pelos melhores preceitos da Administração Pública, instrumentalizados pelos atos administrativos que visam resguardar a Coisa Pública. Somente quando emitidos dentro dos ditames legais, são estes atos revestidos de legalidade. Contudo, neste caso, como visto, houve a delegação de competência para a Sra. Thais Gomes Moreira Bittar, secretária municipal, razão pela qual, deixo de penalizar o então prefeito municipal.

A Sra. Thais Gomes Moreira Bittar, conforme anteriormente citado, estando à frente da Secretaria de Saúde Municipal atraiu para si a competência para ordenar as despesas bem como a responsabilidade pela execução e repercussão das ações dela decorrentes. Importa salientar que existem limites impostos ao poder discricionário da Administração Pública que devem ser observados pelo administrador em benefício da coletividade geral. Os princípios administrativos da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência são os limites básicos do ato discricionário. Forçoso é concluir, portanto, pela irregularidade da conduta da representada que deve ser responsabilizada pela contratação antieconômica e danosa aos cofres públicos.

É possível verificar que como gestora das contratações em comento não se pautou no dever de exigir a aplicação do CAP dos fornecedores de medicamentos nas contratações em que se faz imperiosa a realização do procedimento licitatório. Isto porque, caso não aplicado o CAP pelo fornecedor o gestor tem a obrigação de comunicar esse fato ao CMED e ao Ministério Público. Verifica-se, que a gestora apesar de ter realizado como referência a pesquisa de mercado, alegou que as referidas tabelas da SAMMED, CIMED serviriam apenas de referência uma vez que levariam em conta apenas o panorama nacional, desconsiderando as peculiaridades regionais. Portanto, essas alegações deixam claro que a representada tinha conhecimento de todos os normativos que deveriam ser observados para a aquisição dos medicamentos e mesmo assim não demonstrou de maneira clara os motivos pelos quais não foi possível a compra dos medicamentos com base no preço máximo de venda ao ente público.

Diante do exposto, considero irregulares e de responsabilidade da Sra. Thais Gomes Moreira Bittar as despesas relativas à compra de medicamentos, a quem determino a aplicação de multa no valor de R\$3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 85, II, da Lei Complementar nº 102/2008.

O estudo técnico reforça o entendimento de que ninguém pode se furtar a cumprir atos normativos sob a escusa de desconhecê-los. Afirmou ainda, ser improvável que as empresas, todos do ramo farmacêutico, e, portanto, com amplo conhecimento acerca da legislação em foco, não tivessem conhecimento de que os valores previstos nos editais publicados pela Prefeitura de Santos Dumont estavam superiores aos estabelecidos pela Tabela CMED.

Ressaltou aquela Unidade Técnica que ao deixar de responsabilizar as empresas farmacêuticas que venderam medicamentos com valores acima do permitido pela Tabela CMED, estar-se-ia habilitando, por meio da prática de um ato antieconômico⁶, que corresponde a enriquecimento indevido, assim considerado todo aquele aumento patrimonial que ocorre sem causa jurídica, mas também tudo o que se deixa de perder sem causa legítima. Ademais, a responsabilidade das empresas subsiste em razão de terem auferido valores a maior.

Entendo que, no caso concreto houve a ocorrência de enriquecimento ilícito, portanto, as representadas devem devolver aos cofres públicos os recursos recebidos a maior da Prefeitura de Santos Dumont, nos termos apurados pelo Órgão Técnico (fls.137/139).

Corroboro o estudo técnico, ratificado pelo Ministério Público de Contas, no sentido de que as empresas fornecedoras, devidamente citadas, não foram capazes de justificar as vendas antieconômicas. Assim, ao oferecerem propostas contendo preços acima do Preço Máximo de Venda para a administração, as empresas privadas sujeitam-se à responsabilização por dano ao erário.

Portanto, caracterizada a compra acima dos limites estabelecidos na tabela que deveria ser utilizada, entendo que o dano ao erário correspondente deverá ser restituído ao Município, recompondo o dano identificado, solidariamente entre aos gestores e as empresas fornecedoras, nos valores indicados na planilha de fl.139 dos autos, devidamente corrigidos nos termos do que dispõe a legislação vigente.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, julgo procedente a Representação, e, corroboro o entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, voto pela irregularidade das aquisições de medicamentos pelo Município de Santos Dumont, no exercício de 2013, realizadas acima dos preços definidos nas tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos (SAMMED) da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), em inobservância às Resoluções CMED nº 02/2004, 04/2006 e 03/2011, Lei nº 10.742/2003 e inciso V do art. 15 da Lei nº 8.666/93, uma vez que ilegais e antieconômicas, caracterizando, dano injustificado ao erário, no valor de R\$ 38.104,05 (trinta e oito mil, cento e quatro reais e cinco centavos).

Determino a aplicação de multa, nos termos do que preceitua o art. 85, II, da Lei Complementar nº 102/2008, à gestora Thais Gomes Moreira Bittar, no valor de R\$3.000,00

⁶Ato que onera, indevidamente, o erário, mesmo que praticado com a observância das formalidades legais, não atendendo ao interesse público ou afrontando os princípios constitucionais da eficiência, eficácia e efetividade.

(três mil reais), considerando a aquisição antieconômica de medicamento à época de sua gestão.

Determino o ressarcimento dos valores indicados devidamente atualizados, pelas empresas seguintes, à vista da flagrante prática de superfaturamento de preços na contratação com a Administração Municipal, de forma solidária pela gestora Thais Gomes Moreira Bittar:

- Drogaria Bazzarela Ltda., R\$ 93,34 (noventa e três reais e trinta e quatro centavos);
- Lamim e Filhos Ltda., R\$ 831,35 (oitocentos e trinta e um reais e trinta e cinco centavos);
- Drogaria Nascimento e Silva, R\$ 1.393,75 (um mil trezentos e noventa e três reais e setenta e cinco centavos);
- Lumar Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda., R\$ 2.843,48 (dois mil oitocentos e quarenta e três reais e quarenta e oito centavos);
- Medway Log Comércio e Serviços Ltda., R\$ 29.907,03 (vinte e nove mil novecentos e sete reais e três centavos);
- MSR Express Medicamentos Especiais Ltda., R\$ 3.035,10 (três mil trinta e cinco reais e dez centavos).

Recomendo, ainda, ao atual gestor, que observe nas compras de medicamentos pelo Município, os preços definidos nas tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos (SAMME) da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), bem como os atos normativos que regulam a matéria, e, ainda, ante a inobservância dos referidos normativos pelos fornecedores de medicamentos, quando de compras efetuadas pelo setor público, que se comunique o fato à CMED e ao Ministério Público de Contas para adoção das medidas cabíveis.

Intimem-se as partes desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do Regimento Interno desta Corte.

Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos nos termos do art. 176, III, do RITCMG.

É como voto.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A SUBPROCURADORA-GERAL CRISTINA ANDRADE MELO).

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS SEGUNDA CÂMARA – 1º/7/2021

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação ofertada pelo Centro de Integração da Fiscalização e de Gestão de Informações Estratégicas (Suricato) à vista de indícios de aquisição antieconômica de medicamentos pelo Município de Santos Dumont, apurados por meio da Malha Eletrônica de Fiscalização de Compras Públicas nº 1.

Segundo a representação, no exercício de 2013, o Município de Santos Dumont adquiriu medicamentos por preços superiores aos definidos nas tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos (SAMMED) da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), constantes no site da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), em diferença correspondente ao montante de R\$42.958,68 (quarenta e dois mil novecentos e cinquenta e oito reais e sessenta e oito centavos), valor que posteriormente foi retificado pela Unidade Técnica para R\$38.104,05 (trinta e oito mil cento e quatro reais e cinco centavos).

Na sessão da Segunda Câmara do dia 20/05/21, o relator, conselheiro Wanderley Ávila, julgou procedente a representação, aplicando multa ao gestor e determinando o ressarcimento do dano, solidariamente, pelo gestor e pelas empresas fornecedoras, nos seguintes termos:

Por todo o exposto, julgo procedente a Representação, e, corroboro o entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, voto pela irregularidade das aquisições de medicamentos pelo Município de Santos Dumont, no exercício de 2013, realizadas acima dos preços definidos nas tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos (SAMMED) da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), em inobservância às Resoluções CMED nº 02/2004, 04/2006 e 03/2011, Lei nº 10.742/2003 e inciso V do art. 15 da Lei nº 8.666/93, uma vez que ilegais e antieconômicas, caracterizando, dano injustificado ao erário, no valor de R\$ 38.104,05 (trinta e oito mil, cento e quatro reais e cinco centavos).

Determino a aplicação de multa, nos termos do que preceitua o art. 85, II, da Lei Complementar nº 102/2008, à gestora Thais Gomes Moreira Bittar, no valor de R\$3.000,00 (três mil reais), considerando a aquisição antieconômica de medicamento à época de sua gestão.

Determino o ressarcimento dos valores indicados devidamente atualizados, pelas empresas seguintes, à vista da flagrante prática de superfaturamento de preços na contratação com a Administração Municipal, de forma solidária pela gestora Thais Gomes Moreira Bittar:

- Drogaria Bazzarela Ltda., R\$ 93,34 (noventa e três reais e trinta e quatro centavos);
- Lamim e Filhos Ltda., R\$ 831,35 (oitocentos e trinta e um reais e trinta e cinco centavos);
- Drogaria Nascimento e Silva, R\$ 1.393,75 (um mil trezentos e noventa e três reais e setenta e cinco centavos);

- Lumar Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda., R\$ 2.843,48 (dois mil oitocentos e quarenta e três reais e quarenta e oito centavos);
- Medway Log Comércio e Serviços Ltda., R\$ 29.907,03 (vinte e nove mil novecentos e sete reais e três centavos);
- MSR Express Medicamentos Especiais Ltda., R\$ 3.035,10 (três mil trinta e cinco reais e dez centavos).

Recomendo, ainda, ao atual gestor, que observe nas compras de medicamentos pelo Município, os preços definidos nas tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos (SAMME) da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), bem como os atos normativos que regulam a matéria, e, ainda, ante a inobservância dos referidos normativos pelos fornecedores de medicamentos, quando de compras efetuadas pelo setor público, que se comunique o fato à CMED e ao Ministério Público de Contas para adoção das medidas cabíveis.

O conselheiro Sebastião Helvecio acompanhou o voto do relator. Em seguida, pedi vista dos autos para melhor análise do processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme relatado, o conselheiro relator julgou irregulares as aquisições de medicamentos realizadas acima dos preços definidos nas tabelas de referência da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), vinculada à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), pelo Município de Santos Dumont, no exercício de 2013.

Por essa razão, reconheceu a ocorrência de prejuízo ao erário, no valor de R\$38.104,05 (trinta e oito mil cento e quatro reais e cinco centavos), estabelecendo a responsabilidade solidária pelo ressarcimento entre as empresas fornecedoras, pelo montante fornecido, e a então secretária municipal de Saúde, pela totalidade do dano. Na ocasião, votou também pela aplicação de multa à secretária, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei Complementar estadual nº 102/08.

Ocorre que tenho refletido melhor sobre os processos dessa natureza, oriundos da Malha Eletrônica de Fiscalização de Compras Públicas nº 1 confeccionada pelo Suricato, sobretudo após a deliberação dos Recursos Ordinários nºs 1.013.170, 1.015.446 e 1.015.452, em que o Tribunal Pleno, na sessão de 22/07/20, aplicou à Tomada de Contas Especial nº 898.667 decisão terminativa de arquivamento, ante a incerteza sobre as responsabilidades por suposto dano ao erário decorrente da aquisição de medicamentos.

Também a decisão proferida pela Segunda Câmara desta Corte, nos autos da Tomada de Contas Especial nº 898.665, de relatoria do conselheiro Gilberto Diniz, que, ante a inexistência de devida quantificação do dano e adequada qualificação dos responsáveis, arquivou o processo por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular, levantou alguns pontos que, a meu ver, merecem ser cautelosamente examinados, especialmente após a edição da Lei nº 13.655/18, que incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), maior diploma de orientação hermenêutica do ordenamento jurídico pátrio, os artigos 20 a 30, contendo disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Referido processo, assim como este, era oriundo da Malha Eletrônica de Fiscalização de Compras Públicas nº 1, que busca evidenciar a aquisição antieconômica de medicamentos pelos municípios mineiros. Naquela assentada, o voto condutor teceu algumas ponderações relevantes sobre a questão aqui debatida, senão vejamos:

Em 2003, foi editada a Medida Provisória nº 123, que veio a, naquele mesmo ano, ser convertida na Lei Federal nº 10.742. Definiram-se, assim, normas de regulação para o setor farmacêutico e criou-se a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, à qual foram atribuídas competências, entre as quais a de “estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos” (inciso II do art. 6º).

Nos anos que se seguiram, a CMED passou a divulgar orientações e regras – nem sempre muito claras – com impacto sobre a aquisição de medicamentos por entidades e entes públicos. Convém conhecer algumas dessas orientações e regras, até mesmo para avaliar as condições de sua observância pelos gestores públicos estaduais e municipais.

[...]

Neste ponto, convém ressaltar o potencial para gerar confusão dessa alternância de regimes a que, na venda de medicamentos para entidades e entes públicos, vêm sendo submetidas as farmácias e drogarias: até 2006, não lhes era aplicável o Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG; no período compreendido entre 2006 e 2009, tiveram de respeitar o Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG; entre 2009 e 2011, tiveram de respeitar não o Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, mas sim o Preço Fabricante – PF, isto é, “o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz” (art. 1º da Resolução CMED nº 3, de 2009); a partir de 2011, voltaram a ter de respeitar o Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG.

[...]

E o potencial para gerar confusão cresce, se se considera a questão do percentual que expressa o Coeficiente de Adequação de Preço – CAP.

Transcreve-se, novamente, o dispositivo da Resolução CMED nº 3, de 2011, no qual foi fixado um percentual para o Coeficiente de Adequação de Preço – CAP:

Art. 4º O CAP fica definido em 24,38% (vinte e quatro vírgula trinta e oito por cento), conforme metodologia descrita nos anexos I e II a esta Resolução.

Parágrafo único – O CAP será atualizado anualmente a partir de dezembro de 2011.

O Coeficiente de Adequação de Preço – CAP somente veio a ser atualizado por meio do Comunicado CMED nº 3, de 16/3/2012, publicado no Diário Oficial da União de 19/3/2012, nestes termos:

A Secretaria-Executiva da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, com fulcro no disposto no inciso XIII do artigo 12 da Resolução CMED nº 3, de 29 de julho de 2003, e tendo em vista o parágrafo único do artigo 4º da Resolução CMED nº 3, de 2 de março de 2011, expede o presente Comunicado:

1 - O Coeficiente de Adequação de Preços – CAP para o ano de 2012 fica definido em 21,87% (vinte e um vírgula oitenta e sete por cento), conforme metodologia descrita nos anexos I e II da Resolução CMED nº 3, de 2 de março de 2011.

2 - Este comunicado entra em vigor na data de sua publicação.

E não se diga que o Comunicado CMED nº 3, de 2012, não é obscuro. Ele é, até porque a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA não vem cuidando de divulgar suas consequências. É o que se tem de concluir, porque, no respectivo portal na rede mundial de computadores, constam, sob título em si mesmo absurdo, “Perguntas e respostas sobre preço CAP” (<<http://portal.anvisa.gov.br/perguntas-e-respostas-preco-cap>>, acesso em 9/4/2018), dentre as quais se destacam:

1. Cálculo do Desconto
2. Qual é o valor do Coeficiente de Adequação de Preços – CAP?
3. Atualmente, conforme a Resolução nº 3, de 2 de março de 2011, (Colocar link) é de 24,38 %.

Triplamente incorreto: percentual errado, *link* não colocado, ato normativo desatualizado.
[...]

Do até aqui exposto, pode-se afirmar que, na aquisição de medicamentos por entidades e entes públicos, tem prevalecido um pano de fundo caracterizado por atecnias e deficiente divulgação dos atos normativos da CMED, além de, no caso de compras em farmácias e drogarias, alternância de regimes.

Na verdade, foram criadas para o agente público condições tão adversas para compreensão do sistema de controle de preços nas aquisições públicas de medicamentos, que não se deve descartar a hipótese de que ele possa ter atuado sem consciência da ilicitude, em invencível e escusável erro de proibição, que, no âmbito da jurisdição criminal, o isentaria de pena.

[...]

Com isso em mente, afirmo que devem ser escrupulosamente examinados os processos em que tenha sido apontada antieconomicidade em aquisições públicas de medicamentos. (grifo nosso)

Toda essa conjuntura, aliada às argumentações defensivas trazidas aos autos, tanto pelas empresas que forneceram os medicamentos à Administração Pública quanto pela secretária municipal de saúde, apontada como corresponsável pelo dano por ter sido a ordenadora das despesas tidas como irregulares, fizeram-me refletir mais detidamente sobre a questão.

No caso dos autos, de modo geral, as empresas fornecedoras alegam ter cumprido às disposições dos editais de licitação deflagrados pela Administração Municipal, enquanto a secretária municipal aduz que a cotação de preços foi realizada por setor próprio e que as tabelas da CMED levam em conta apenas o panorama nacional, sem considerar as peculiaridades regionais e a judicialização da saúde.

Nesse sentido, destaco a defesa formulada pela empresa Drogaria Nascimento, que informou ter participado de pregão eletrônico cujo critério era o menor preço de venda, acrescentando que caso o preço de referência fosse menor, não teria condições de participar do processo licitatório.

A Drogaria Lamin e Filhos Ltda. alegou não ser distribuidora, mas sim drogaria, motivo pelo qual pratica preços com base no Preço Máximo ao Consumidor (PMC). Assim, argumentou que foram fornecidos medicamentos considerados os valores constantes na tabela da época.

A empresa Medway Log Comércio e Serviços Ltda. informou ter participado do Pregão nº 162/13, deflagrado pelo Município de Santos Dumont, cujo objeto era a aquisição de medicamentos e o critério de julgamento adotado era o de maior desconto sobre a tabela ABCFARMA. Assim, valendo-se do princípio da vinculação ao instrumento convocatório alegou o que se segue:

Ocorre que, de fato, à época do certame, a tabela comumente utilizada pelos entes licitantes era a Tabela ABCFARMA, que é o caderno de preço utilizado para venda ao varejo cobrado nos balcões das farmácias, como parâmetro para compra em licitações.

A revista ABCFARMA é uma revista comercial que até a época da realização daqueles certames era amplamente utilizada para pregões de medicamentos por quase todos os municípios mineiros, sendo certo que tal prática era autorizada/de conhecimento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

O presente certame em discussão ocorreu nos anos de 2013/2014, e por óbvio, o Município utilizou-se do caderno ABCFARMA, vez que não havia qualquer irregularidade para tanto.

Vale ressaltar, também, que somente no final do ano de 2014, por meio de orientação do próprio Tribunal de Contas, os entes públicos passaram a utilizar como objeto o desconto sobre a Tabela CMED.

Assim, a Peticionante seguiu a Tabela ABCFARMA utilizada na época da licitação (2013) pela Administração Pública.

Ademais, ressalta-se que a Peticionante não teve qualquer participação quanto à escolha da Tabela a ser utilizada na licitação, apenas participou do certame e cumpriu como de fato ainda cumpre todos os requisitos previstos em edital para participar. (grifos no original)

Por sua vez, a Senhora Thais Gomes Moreira Bittar, secretária de saúde à época dos fatos e ordenadora das despesas questionadas, argumentou que todos os procedimentos licitatórios realizados pela prefeitura municipal seguiam um trâmite pré-estabelecido, no qual constava obrigatoriamente a “fase de cotação de preços”, em que era realizada pesquisa mercadológica com, no mínimo, três fornecedores, a fim de se apurar o preço médio, o qual balizaria a futura compra. Esclareceu, ainda, que a cotação de preços era realizada por setor próprio.

Notadamente sobre as tabelas da CMED, a gestora arguiu que:

Esses valores contidos nas tabelas (SAMMED, CMED, etc) são apenas fatores referenciais que levam em conta o panorama nacional. Não são editadas regionalmente e assim, não respeitam, por exemplo, variações de mercado próprios de cada região, como por exemplo, determinados remédios que vendem mais em função, por exemplo, de uma característica climática, etc.

Portanto, essas tabelas não são elementos estanques que devem pautar as compras de todos os entes. Pois se assim o fosse, não seria necessário cotar nenhuma compra, mas sim, simplesmente exigir de cada fornecedor que venda pelo valor das tabelas.

Ora, muitas vezes a característica até de localização de um Município, mais ou menos distante, estrada de acesso e até o prazo de pagamento interferem no preço. E as referidas tabelas não levam em conta esses fatores. Só haveria possibilidade de penalização do gestor se, por exemplo, tivesse sido efetuada uma compra sem cotação, o que não ocorreu.

De mais a mais, a diferença percentual no que diz respeito aos valores de aquisição dos produtos em comparação com as multireferidas tabelas é muito reduzida, o que iria ao encontro a essa questão de variação regional.

A gestora abordou também a realização de compras públicas para aquisição de medicamentos em cumprimento a determinações judiciais, questão sensível que foi tratada nos termos que ora reproduzo:

Também outro aspecto demonstra a legitimidade do procedimento, ligado a compra para atender a demandas judiciais. Ou seja: as aquisições constantes no procedimento foram efetuadas para atender a ordens judiciais, decorrentes de liminares, tutelas de urgência, etc, o que obrigou o Poder Público a comprar de forma célere.

Ou compraria a medicação ou suportaria multas diárias por descumprimento que seriam muito mais gravosas ao Poder Público.

Esse é um dado importante: quando o Poder Judiciário impõe uma compra de medicamentos, normalmente associado a um quadro de doença grave, impõe uma multa por eventual descumprimento. Existem casos em que essas multas são de R\$500,00 até R\$5.000,00. Assim para prevenir uma despesa muito maior ao erário público é preciso adquirir para evitar multas que podem chegar a valores exorbitantes.

Diante das alegações formuladas e após o exame dos documentos trazidos aos autos, peço vênua ao relator para dele divergir pelos motivos que passo a expor.

Embora seja inegável a competência da CMED para o controle dos preços dos fármacos comercializados no país, sobretudo em razão do papel de regulação do mercado de medicamentos exercido pela Anvisa, também é forçoso admitir que os atos normativos por ela expedidos eram confusos, sofreram sucessivas edições (nem sempre divulgadas adequadamente) e impuseram regimes distintos àqueles a quem os comandos eram dirigidos, como bem explanado pelo conselheiro Gilberto Diniz, em voto cujos excertos foram colacionados acima.

Tanto é assim, que o próprio Tribunal de Contas da União (TCU) tem posição firme acerca da impossibilidade de adoção das tabelas da CMED como parâmetro para a aquisição de medicamentos pela Administração Pública, em razão de sua precariedade. O TCU editou, em 2018, cartilha intitulada Orientações para Aquisições Públicas de Medicamentos⁷, onde se lê o seguinte:

Outro ponto importante é a **impossibilidade de utilização das tabelas da CMED como parâmetro para a elaboração do orçamento de referência**. A jurisprudência do TCU é categórica quanto à sua precariedade (Acórdãos 2.150/2015-TCU-Plenário, Ministro Relator Bruno Dantas, e 3.016/2012-TCU-Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues).

Os preços referenciais apresentados nas tabelas da CMED não são elaborados para refletir os valores de mercado, mas, sim, com o objetivo de regular os preços de medicamentos no Brasil. Vale destacar que a Auditoria Operacional realizada pelo TCU constatou, à época, preços da tabela CMED significativamente superiores aos praticados em compras públicas, havendo casos em que ultrapassavam 10.000% (Acórdão 3.016/2012-Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues). (grifo nosso)

Destaca-se que a jurisprudência do TCU é remansosa no sentido de responsabilizar as empresas contratadas, quando constatado que receberam valores superiores àqueles praticados no mercado. A questão é que, repita-se, aquela Corte considera que as tabelas da CMED não constituem um parâmetro adequado para apurar a existência de sobrepreço.

A decisão proferida pelo Plenário do TCU, consubstanciada no Acórdão nº 2.901/16, retrata bem o entendimento daquele Tribunal que, apesar de reconhecer a CMED como responsável pelo controle dos preços do mercado de medicamentos, não aprova a adoção de suas tabelas como referencial para aquisição desses produtos pelo poder público, *in verbis*:

60. No que tange ao uso dos preços da 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.

⁷https://portal.tcu.gov.br/data/files/8A/E0/DC/81/A5A1F6107AD96FE6F18818A8/Orientacoes_aquisicoes_publicas_medicamentos.pdf

62. Reconheço que foi consignado no Relatório que fundamentou o Acórdão 1.146/2011-TCU-Plenário, que 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.

O que se verifica em alguns julgados do TCU é que as tabelas da CMED não são consideradas balizadores confiáveis para comparativos de preços, pois elas não refletiriam os valores médios de mercado, contendo preços muitas vezes superiores aos usualmente praticados. Seriam, assim, referenciais máximos a serem aplicados nas compras públicas.

Poder-se-ia então defender que os preços da CMED seriam o mínimo que gestores e fornecedores deveriam cumprir ao comercializar medicamentos para a Administração Pública. Penso, no entanto, que o exame para quantificação de eventual dano e apuração da respectiva responsabilidade não pode ser tão simplista.

Para que seja possível apurar com segurança o *quantum* do dano decorrente da aquisição de medicamentos com sobrepreço, não bastaria uma análise comparativa entre o preço pago e aquele fixado pela Anvisa, mas verdadeiro exame do orçamento estimativo da contratação, do quantitativo a ser contratado, dos impostos incidentes e dos que são isentos, dos custos de deslocamentos, além da comparação com aquisições similares praticadas por outros entes da federação etc.

Somente assim seria crível apontar o valor do dano e os responsáveis pela compra onerosa para os cofres públicos. Aqui ressalto que o valor preciso do prejuízo ao erário e a demonstração do nexos entre a atuação de cada um dos partícipes e o consequente dano deve ser claramente demonstrado a fim de permitir aos responsáveis apresentarem suas defesas e justificavas para a compra.

Ora, se entre os órgãos de controle externo não há firmeza na adoção das tabelas da CMED como um referencial seguro para fixação do valor de compra de medicamentos pela Administração Pública; se o TCU expressamente desaconselha a utilização dessas tabelas para orientar os valores de compra pelo poder público; se nem mesmo dentro deste Tribunal de Contas há consenso acerca dessa adoção, haja vista os votos aprovados pelo Tribunal Pleno e pela Segunda Câmara, citados alhures; é o caso de se indagar sobre a razoabilidade de apontarmos um dano ao erário e impormos o dever de ressarcimento às empresas fornecedoras e aos gestores baseados em uma análise fria de cruzamento dos valores da tabela da CMED com as notas fiscais relativas à compra dos medicamentos.

Essa análise, além de não ser baseada efetivamente nos preços praticados no mercado, consoante já demonstrado, não considera as peculiaridades do caso concreto, a exemplo do porte do município e consequentemente do quantitativo a ser adquirido, da possível escassez

momentânea de determinado insumo, das naturais flutuações do mercado, da ocorrência de eventual situação emergencial ou da necessidade imediata de cumprir determinação judicial.

No caso específico dos autos, por exemplo, considerando os argumentos defensivos expostos, não há como considerar razoável a atribuição de responsabilidade pela compra acima do referencial máximo tabelado pela CMED às empresas fornecedoras que, obedecendo ao disposto em instrumentos convocatórios deflagrados pelo Município de Santos Dumont, utilizaram como parâmetro de valor a tabela ABCFARMA. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, corolário do princípio da legalidade e da objetividade, impõe à Administração e ao licitante a observância das normas estabelecidas no edital, de tal sorte que as empresas interessadas em contratar com a municipalidade não poderiam, quando da apresentação da proposta de preço, oferecer desconto sobre outra tabela que não a da ABCFARMA, sob risco, inclusive, de serem desclassificadas do certame.

Na mesma linha, também não seria razoável imputar à secretária de saúde, ordenadora das despesas, a responsabilidade pelo dano apurado nesse caso, tendo em vista que atuou dentro do que seria esperado, respaldada em contratos precedidos de procedimentos licitatórios e mediante documentos que atestaram a devida liquidação da despesa. Ressalta-se que conforme documentação relativa ao detalhamento dos procedimentos licitatórios dos quais decorreram as contratações questionadas, acostada pela Unidade Técnica às fls. 13/18, estão evidenciados os nomes dos responsáveis pela pesquisa de preços na fase interna dos certames, sendo que o nome da secretária de saúde não consta em nenhum dos procedimentos como responsável por essa função.

Seria o caso, então, de promover uma instrução mais acurada dos autos, a fim de se identificar o responsável pela elaboração do quadro normativo que regeu a licitação; em outras palavras, pela confecção do instrumento convocatório ou pela condução do procedimento que culminou na contratação direta. Contudo, até mesmo aqui, tenho minhas ressalvas e penso que, além da necessidade de ser melhor definido o valor a ser adotado como referencial para se entender que houve aquisição com sobrepreço, deve ser considerada, caso a caso, a realidade administrativa do ente contratante.

Essa questão sensível foi, inclusive, trazida em sua defesa pela secretária de saúde, que relatou o dilema vivenciado pela Administração que, diante da necessidade de fornecer o medicamento para a sociedade, por vezes, se vê obrigada a pagar o preço imposto pelo fornecedor. A secretária retratou ainda outro dilema, quando o gestor, por determinação judicial e sob pena de sanção, tem o dever de adquirir em curto espaço de tempo a medicação requerida.

Diante de determinação judicial e da necessidade de atender à demanda da sociedade por determinado medicamento, o valor exigido pelo fornecedor não pode ser um impeditivo à aquisição do produto, uma vez que o gestor está obrigatoriamente adstrito à observância do provimento jurisdicional, sob pena de incidir, inclusive, em crime.

Ao enfrentar esse argumento, em sede de reexame, a Unidade Técnica limitou-se a dizer que a gestora não apresentou provas do alegado, mas a judicialização da saúde e as suas consequências para a gestão pública é tema de conhecimento geral e que não pode ser afastado de plano.

Assim, é preciso ter em mente o disposto no art. 22 da LINDB, segundo o qual, “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Embora, a meu ver, a melhor interpretação desse dispositivo seja a de que os obstáculos e as dificuldades do gestor não podem ser suscitados como justificativa aleatória para eximir os gestores públicos do cumprimento de suas responsabilidades, o contexto geral que cerca essa matéria fragiliza os argumentos que conduzem à caracterização do dano ao erário.

Isso porque, entendo evidenciadas as dificuldades de compreensão do sistema de controle de preços estabelecido pela Anvisa à época das contratações aqui fiscalizadas. Além disso, conforme demonstra a documentação instrutória, as contratações foram precedidas de procedimentos licitatórios cujas regularidades não foram questionadas.

Em verdade, por tudo o que foi exposto, nem mesmo o dolo ou o erro grosseiro, exigências descritas no art. 28 da LINDB para responsabilizar o agente público, me parecem estar adequadamente caracterizados no caso concreto.

Destarte, embora considere válida e relevante a iniciativa do Suricato, que trouxe esse tema à discussão, propiciando aos municípios mineiros maior clareza quanto aos critérios a serem adotados na aquisição de medicamentos e, inclusive, conferindo maior publicidade, no âmbito do Estado de Minas Gerais, à regulamentação da Anvisa sobre a temática, entendo que a comparação dos valores de compra com aqueles constantes na tabela da CMED, por si só, não é suficiente para a apuração de lesão aos cofres públicos, quantificação de dano ao erário e imposição do dever de ressarcimento pelos responsáveis.

Em outras palavras, na análise do caso concreto, os preços de referência da tabela da CMED podem servir como critério balizador dos preços dos medicamentos, até porque os fornecedores farmacêuticos e os gestores públicos estão obrigados a observar os normativos editados pela Anvisa, mas a análise quanto à existência de sobrepreço e quantificação de eventual dano ao erário deve considerar também outros fatores, como a necessidade de ampla pesquisa de preços, com o intuito de garantir que a aquisição será a mais vantajosa para a Administração Pública, observadas as peculiaridades de cada contratação.

Por todo o exposto, voto pela improcedência da representação, com o consequente arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

Recomendo, entretanto, aos atuais gestores do Município de Santos Dumont que, nos procedimentos futuros que visem à compra de medicamentos, procedam à adequada pesquisa mercadológica de preços e observem, sempre que possível, os referenciais estabelecidos pela Anvisa, denunciando à CMED e ao Ministério Público Estadual aqueles fornecedores que se recusem a cumprir as determinações do órgão regulador.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto pela improcedência da representação, com consequente arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

Recomendo, entretanto, aos atuais gestores do Município de Santos Dumont que, nos procedimentos futuros que visem à compra de medicamentos, procedam à adequada pesquisa mercadológica de preços e atenham-se, sempre que possível, aos referenciais estabelecidos pela Anvisa, denunciando à CMED e ao Ministério Público Estadual aqueles fornecedores que se recusem a cumprir as determinações do órgão regulador.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Conselheiro Sebastião Helvecio, deseja se manifestar?

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Não, senhor Presidente. Eu mantenho o meu voto, que acompanhou o voto de Vossa Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

APROVADO O VOTO DO RELATOR, VENCIDO O CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA SARA MEINBERG.)

* * * * *

sb/kl/ms

