



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR DO PROCESSO TC N. 1469/2012

Interessado: Ministério Público de Contas
Jurisdicionado: Prefeitura de São José do Calçado
Assunto: Representação

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, inciso II, da Lei Complementar n. 451/08, manifesta-se nos seguintes termos.

Trata-se de Representação aviada por esta 2ª Procuradoria de Contas, noticiando a existência de irregularidades no Pregão Presencial nº. 004/2011, e por consequência, da Ata de Registro de Preço nº. 001/2011 e respectivas adesões, levado a efeito pela Prefeitura e do Fundo Municipal de Saúde de São José do Calçado.

Em síntese, a aludida representação tem por causa de pedir remota: **(i)** a restrição indevida à competição entre os licitantes em razão da utilização do tipo de licitação menor preço por lote; **(ii)** a amplitude da cláusula que faculta a adesão de outros órgãos e entes federativos à ata de registro de preços possibilitando o aumento em grandes proporções do quantitativo dos medicamentos, ocasionando perda da economia de escala, com inegáveis prejuízos para a administração; **(iii)** inobservância do limite máximo do preço de venda ao governo, violando a Resolução nº. 03/2011 – CEMED; **(iv)** as adesões à Ata nº 001/2011 não foram precedidas de cabal demonstração de sua vantajosidade para a Administração, havendo indícios de que a contratação se deu com preços superfaturados; e por causa de pedir próxima que se abstenha de autorizar novas adesões à Ata de Registro de Preços n. 001/2011.

Notificado (Decisão TC-1259/2012, fls. 376/378) o responsável - **JOSÉ CARLOS DE ALMEIDA**, Prefeito Municipal, apresentou esclarecimentos às fls. 379/381, municiados dos documentos de fls. 387/2842.

Ato contínuo, a 4ª Secretaria de Controle Externo, por meio da **Instrução Técnica Inicial n. 534/2012**¹, sugeriu a citação dos Srs. JOSÉ CARLOS DE ALMEIDA – Prefeito Municipal de São José do Calçado e LÉO MILER RODRIGUES – Pregoeiro, com relação às seguintes irregularidades: **(i)** restrição à competitividade; **(ii)** ofensa ao princípio da economicidade; e, **(iii)** ausência de especificação de preço máximo.

Suscitado conflito de relatoria², haja vista que os indícios de irregularidades foram observados nos exercícios de 2011 e 2012, bem como, por ter sido a Representação

¹ Fls. 2848/2853.

² Fls. 2857/2859.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

2ª Procuradoria de Contas

formulada em face de diversos jurisdicionados³, os autos foram redistribuídos, após sorteio, ao Conselheiro em Substituição, João Luiz Cota Lovatti, conforme registro às fls. 2861/2862.

Em razão do despacho do Conselheiro-Relator à fl. 2864, foi elaborada nova **Instrução Técnica Inicial, n. 649/2012**⁴, que incluiu no polo passivo o Secretário Municipal de Saúde de São José do Calçado, ANTÔNIO COIMBRA DE ALMEIDA, bem como, a empresa HOSPIDROGAS COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. Nesta manifestação, verifica-se também que a Chefia da 4ª Secretaria do Controle Externo sugere que os demais municípios sejam notificados, determinando-se o envio de cópias dos processos administrativos referentes às Adesões à Ata de Registro de Preços n. 01/2011, bem como do processo de pagamento oriundos dessas Adesões.

Não obstante, com o término da substituição do Conselheiro João Luiz Cota Lovatti, os autos foram remetidos ao sucessor, Marco Antônio da Silva, que proferiu a **Decisão Monocrática Preliminar – DECM 131/2013**⁵, determinando a citação dos Srs. JOSÉ CARLOS DE ALMEIDA – Prefeito Municipal de São José do Calçado, LÉO MILER RODRIGUES – Pregoeiro, ANTÔNIO COIMBRA DE ALMEIDA – Secretário Municipal de Saúde e EMPRESA HOSPIDROGAS COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA, omitindo-se, quanto à notificação dos demais jurisdicionados.

Encerrando a instrução processual, o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC, na **Instrução Técnica Conclusiva – ITC 3434/2013**⁶, examinou e refutou as justificativas apresentadas pelos responsáveis⁷, mantendo-se a totalidade dos indicativos de irregularidades apontados na **Instrução Técnica Inicial – ITI 649/2012**, a saber:

1. Restrição à Competitividade

Infringência ao art. 23, §1º da Lei 8666/93

Responsáveis:

José Carlos de Almeida (Prefeito), por homologar o certame e ordenar a despesa em desacordo com a legislação vigente.

Léo Miler Rodrigues (Pregoeiro), por ser o responsável pela elaboração do edital.

Antônio Coimbra de Almeida (Secretário Municipal de Saúde), por homologar o certame em desacordo com a legislação vigente e por sugerir, conforme se depreende do Ofício nº 110/11SMS/GAB (FL 02 do proc. PMSJC nº 638), que o Pregão fosse do tipo Menor Preço por Lote.

2. Ofensa ao Princípio da Economicidade

Responsáveis:

José Carlos de Almeida (Prefeito), por homologar o certame e ordenar a despesa em desacordo com a legislação vigente.

³ Prefeitura de São José do Calçado e Fundo Municipal de Saúde, Prefeitura de Guarapari, Prefeitura de Nova Venécia e Fundo Municipal de Saúde, Prefeitura de Pedro Canário e Fundo Municipal de Saúde, e, Prefeitura de Apiacá e Fundo Municipal de Saúde.

⁴ Fls. 2865/2873

⁵ Fls. 2877/2878.

⁶ Fls. 3277/3309.

⁷ **Antônio Coimbra de Almeida** (fls. 2926/2943); **José Carlos de Almeida** (fls. 3236/3253); **Empresa Hospidrogas Comércio de Produtos Hospitalares Ltda** (fls. 2904/2910) e **Léo Miler Rodrigues** (fls. 3263/3275)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

2ª Procuradoria de Contas

Leo Miler Rodrigues (Pregoeiro), por ser o responsável pela elaboração do edital.

Antônio Coimbra de Almeida (Secretário Municipal de Saúde), por homologar o certame em desacordo com a legislação vigente.

Ressarcimento: passível de devolução, de R\$ 68.401,00 (sessenta e oito mil, quatrocentos e um reais), equivalente a 32.391,4381 VRTE's.

3 Descumprimento da Resolução nº 03/2011 e Orientação Interpretativa nº 2 de 13 de novembro de 2006, ambas da CEMED

Responsáveis:

José Carlos de Almeida (Prefeito), por homologar o certame e ordenar a despesa em desacordo com a legislação vigente.

Antônio Coimbra de Almeida (Secretário Municipal de Saúde), por homologar o certame em desacordo com a legislação vigente.

Empresa Hospidrogas Comércio de Produtos Hospitalares Ltda, por vender medicamentos em desacordo com a Resolução nº 03/2011 e Orientação Interpretativa nº 2 de 13 de novembro de 2006, ambas da CEMED.

Pois bem.

Denota-se dos autos que relatórios de auditoria são uníssonos em corroborar as irregularidades apresentadas na peça exordial. Deveras, a cuidadosa e detalhada análise técnica detectou a ocorrência de **dano injustificado ao erário no montante de R\$ 68.401,00, equivalente a 32.391,43 VRTE** (item 2.2 da Instrução Técnica Conclusiva), o que resulta da comparação entre os valores dos medicamentos adquiridos pela municipalidade, por meio da Ata de Registro de Preços n. 004/2011, e os constantes da Ata de Registro de Preços elaborada pela Secretaria Estadual de Registro de Preços – SERP, conforme tabela às fls. 3296/3297.

Ressalte-se que o Município de São José do Calçado aderiu ao Sistema Estadual de Registro de Preços de medicamentos da Atenção Primária à Saúde – SERP, tendo inclusive encaminhado sua demanda anual de medicamentos durante os exercícios de 2009, 2010 e 2011. Entretanto, optou-se por realizar procedimento licitatório de baixa competitividade, e por consequência, antieconômico e lesivo ao erário, sem que tenha comprovado, documentalmente, a ausência de interessados em fornecer os referidos medicamentos por meio da Ata de Registro de Preços da Secretaria Estadual de Registro de Preços – SERP.

Assim, agindo os gestores concorreram para a prática de ato de gestão que causou dano injustificado ao erário, precedido de graves infrações às normas da lei de licitações e contratos.

A CEMED - Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos publicou a Resolução nº 03/2011 e a Orientação Interpretativa nº 02, de 13 de novembro de 2006, estabelecendo que nos fornecimentos para órgãos públicos o distribuidor **é obrigado a vender os produtos, tendo como teto o preço de fábrica.**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

2ª Procuradoria de Contas

Trata-se de imposição decorrente da Lei n. 10.742/03⁸, cujo art. 2º preceitua que “o disposto nesta Lei às empresas produtoras de medicamentos, às farmácias e drogarias, aos representantes, às distribuidoras de medicamentos, e, de igual modo, a quaisquer pessoas jurídicas de direito público ou privado, inclusive associações de entidades ou pessoas, **constituídas de fato ou de direito**, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que, de alguma maneira, atuem no setor farmacêutico.”

No caso, em momento algum a Administração **fez constar** do procedimento que originou o Pregão Presencial nº 04/2011 a obrigatoriedade de que a licitante apresentasse a proposta de preços pelo Preço de Fábrica ou Preço Máximo de Venda ao Governo.

Não obstante, mesmo diante de omissão editalícia, subexiste a necessidade da aplicação do arcabouço jurídico aplicável à comercialização de medicamentos (TCU, AC-2451-35/13-P), seja quanto às normas das CEMED, quer quanto à desoneração do ICMS.

Assim, para inibir a aquisição mais onerosa, mesmo diante da ausência de tal ressalva no Edital, **o pregoeiro** deveria ter solicitado às concorrentes novo lance para reduzir os preços inicialmente ofertados ou ter desclassificado a proposta da empresa por não ter apresentado os valores dentro do limite previsto na legislação, o que não foi feito, sendo acolhidas propostas menos vantajosas, em infringência ao artigo 3º da Lei n. 8.666/93.

É cediço que o pregoeiro não responde por irregularidades constantes do edital, cuja elaboração não é de sua responsabilidade⁹. Entretanto, responde pelas infrações perpetradas durante o procedimento do pregão, visto que ele e a respectiva equipe de apoio têm, dentre outras, as atribuições de receber as propostas e lances, analisar sua aceitabilidade e sua classificação, bem como decidir sobre a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor, consoante art. 3º, IV, da Lei n. 10.520/02.

Desta forma, mesmo não havendo previsão editalícia, as normas relativas à comercialização de medicamentos devem ser respeitadas, pois emanam diretamente da Lei n. 10.742/03, a qual deve ser cumprida tanto pelos licitantes quanto pela administração, inclusive o pregoeiro, que deve zelar pela sua aplicação na fase externa do pregão e, não o fazendo responde pelo prejuízo causado, ainda que culposamente.

Na persecução de responsabilidades nestes autos, ressalta-se a conduta da **HOSPIDROGAS COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES**. Opina a unidade técnica para que não lhe seja imputado débito em razão de não se ter detectado indícios de conluio para lesar o erário.

Por sua vez, em sua defesa, aduz a empresa que por ser revendedora multimarca “adquire produtos através dos distribuidores especiais pelo preço de fábrica, ou seja, o mesmo fixado pela Resolução CEMED sobre o qual incidirão os custos fixos, tais como, impostos, custos sociais, despesas operacionais, etc., razão pela qual, humanamente impossível que atendesse pelo mesmo preço”.

⁸Define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED e altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências.

⁹ TCU - Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 28.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

2ª Procuradoria de Contas

Não obstante, ambas as argumentações não merecem acolhida. Como dito, qualquer fornecedor de medicamentos, ainda que não constituído juridicamente, deve praticar os preços fixados pela CEMED, consoante determinação da Lei n. 10.742/03. Desse modo, o dano ao erário advém do próprio fornecimento acima do preço pré-estabelecido, não se impondo a verificação de nenhum outro elemento de ordem dolosa ou culposa.

Lado outro, é inverídica a alegação da empresa de que não há possibilidade de se comercializar medicamentos ao preço de fábrica.

Primeiro, porque a própria ANVISA, órgão responsável pela regulação do setor farmacêutico, não publicaria algo impossível de ser cumprido cabendo, inclusive, registrar que nas aquisições públicas de medicamentos há isenção de imposto, de acordo com o Convênio ICMS n.º 87/2002¹⁰.

Aliás, isso se denota da recém-editada Portaria Conjunta SECONT/SEGER/SEFAZ /SESA Nº 002-R/2013 (cópia em anexo), publicada no Diário Oficial do dia 18/07/2013, que orienta, **inclusive os municípios**, quanto aos procedimentos relativos à aquisição pública de medicamentos com incidência dos descontos do CAP e desoneração do ICMS, o que infirma a alegação da empresa.

Lado outro, denota-se de diversas Atas de Registro de Preços SESA/ES que a **HOSPIDROGAS COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.** apresenta-se como vencedora de lotes de medicamentos para os quais foram ofertados preços muito abaixo do estabelecido pela CEMED como sendo “de fábrica”, o que comprova a viabilidade fática de jurídica de se cumprir às normas fixadoras de preços emanadas desta câmara, conforme se ilustra na tabela abaixo:

PRODUTO	VALOR UNITÁRIO REGISTRADO EM ATA DE REGISTRO DE PREÇOS DA SERP	PREÇO DE FÁBRICA CEMED
DEXAMETASONA ELIXIR 0,1 MG/ML, FRASCO COM 120 ML	R\$ 1,1556 Ata de Registro de Preços N.º 0302/2013	R\$ 8,55
NISTATINA SUSPENSÃO ORAL 100000 UI/ML, FRASCO COM 50 ML	R\$ 1,4527 Ata de Registro de Preços N.º 0273/2013	R\$ 12,20
DOMPERIDONA SUSPENSÃO ORAL 1MG/ML, FRACO COM 100 ML	R\$ 4,9500 Ata de Registro de Preços N.º 0264/2013	R\$ 21,04
FOLINATO DE CÁLCIO COMPRIMIDO 15 MG	R\$ 1,0952 Ata de Registro de Preços N.º 0423/2014	R\$ 19,15 (10)
FENITOÍNA SÓDICA SOL. INJ. 50 MG/ML	R\$ 0,62 Ata de Registro de Preços N.º 0215/2013	R\$ 8,35 (5)

No entanto, observa-se que a empresa somente foi chamada aos autos para se defender quanto à irregularidade descrita no item 3 da INSTRUÇÃO TÉCNICA INICIAL - ITI 649/2012, pertinente ao descumprimento da Resolução n.º 03/2011 e Orientação Interpretativa n.º 2 de 13 de novembro de 2006, ambas da CEMED, não havendo a auditoria efetuado o levantamento de todos os medicamentos fornecidos acima

¹⁰ Concede isenção do ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

do preço de fábrica, é dizer, não apontou o dano ao erário decorrente dessa infração.

Faz-se, assim, mister a determinação ao Executivo Municipal para que proceda à instauração de tomada de contas especial, nos termos do art. 83 da LC n. 612/12 e Acórdão 1437/2007 — P do egrégio Tribunal de Contas da União.

Assinala-se, ainda, embora tenha sido apurada a transgressão às normas da Resolução nº 03/2011 e Orientação Interpretativa nº 2 de 13 de novembro de 2006, ambas da CEMED, não é cabível a aplicação de multa pecuniária à empresa por esta irregularidade, haja vista que não pratica ato de gestão, devendo tal cominação recair sobre os agentes públicos.

Desse modo, são **responsáveis solidários** pelas irregularidades praticadas e pelo ressarcimento do dano ao erário apurado nestes autos, segundo evidenciado nas ITI's n. 534/2012 e 649/2012, o Prefeito Municipal, o Secretário de Saúde e o pregoeiro oficial, devendo ser incursos nas penalidades legais.

Registre-se, por fim, que as irregularidades em questão transcendem à esfera administrativa, encontrando-se tipificadas em lei como **ato de improbidade administrativa** que causa prejuízo ao erário e atenta contra os princípios da administração pública (art. 10, inciso XI, e 11 da Lei n. 8.429/92).

Posto isso, pugna o **Ministério Público de Contas**:

1 - pela conversão do feito em tomada de contas especial, nos termos dos artigos 57, IV, e 115 da LC n. 621/12, julgando-a **IRREGULAR**, com fulcro no art. 84, inciso III, alíneas "c", "d" e "e", do indigitado estatuto legal;

2 - sejam condenados, solidariamente, **JOSÉ CARLOS DE ALMEIDA, ANTÔNIO COIMBRA DE ALMEIDA, LÉO MILER RODRIGUES** a ressarcir ao erário municipal a importância de **R\$ 68.401,00** (sessenta e oito mil, quatrocentos e um reais), equivalentes a **32.391,43 VRTE**, aplicando-lhes multa proporcional ao dano;

3 - sejam cominadas multas pecuniárias aos responsáveis, na forma dos arts. 87, inciso IV, e 135, incisos II e III, da LC n. 621/12 c/c art. 382 e seguintes da Res. TC n. 261/13;

4 - nos termos do art. 87, inciso VI, da LC n. 621/12, seja expedida a determinação sugerida pelo NEC às fls. 3308/3309 (item 3.7);

5 - seja determinado ao Executivo Municipal que instaure tomada de contas especial com a finalidade de apurar o dano causado em decorrência do descumprimento da Resolução nº 03/2011 e Orientação Interpretativa nº 2 de 13 de novembro de 2006, pela empresa **HOSPIDROGAS COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.**, nos efetivos fornecimentos realizados através da Ata de Registro de Preço nº. 001/2011;

6 - seja dada ciência dos fatos ora apurados à CMED e ao Ministério Público Federal e Estadual para os fins do art. 56 da Lei nº. 8.078/90;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

7 – sejam **formados autos apartados**, nos termos dos arts. 38, inciso II e parágrafo único, 134, incisos I a III e §§ 1º e 2º, e 281 da Resolução TC 261/2013, mediante a juntada de cópias da peça exordial, ITI, ITC e acórdão de julgamento, visando apurar eventuais danos causados aos erários municipais de Guarapari, Nova Venécia, Pedro Canário e Apiacá.

Vitória, 14 de julho de 2014.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS