

Voto Vista 00004/2017-4**Processo:** 01469/2012-6**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação**Criação:** 09/03/2017 11:23**Origem:** GAC - Rodrigo Chamoun - Gabinete do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun**Processo:** TC 1469/2012 (volumes I ao XVIII)**Jurisdicionado:** Prefeitura Municipal de São José do Calçado**Assunto:** Representação**Exercício:** 2011**Representante:** Ministério Público de Contas**VOTO-VISTA**

Exmo. Senhor Presidente,
Senhores Conselheiros,
Exmo. Senhor Representante do Ministério Público Especial de Contas:

I – RELATÓRIO

Com o propósito de me aprofundar nos temas discutidos neste feito, pedi vista dos presentes autos o que me permitiu elaborar o voto que nesta oportunidade submeto a este Plenário.

Trata-se de Representação com pedido de concessão de medida cautelar, *inaudita altera parte* protocolizado perante esta Corte de Contas, na data de 05/03/2012 pelo Ministério Público de Contas, onde são relatadas irregularidades no Pregão Presencial para Registro de Preços nº 004/2011 realizado pela Prefeitura de São José do Calçado, visando à aquisição de medicamentos, no valor de R\$2.529.988,04.

Nos autos, verificou-se também a adesão da ata pelos municípios de Guarapari, Nova Venécia, Pedro Canário, e Apiacá sem que houvesse justificativa e estudo comprovando a vantajosidade e a economia de escala nas adesões.

Após exposição dos fatos e fundamentação jurídica, o autor da Representação requereu a concessão liminar de medida cautelar para determinar ao Município de São José do Calçado que se abstenha de autorizar novas adesões à Ata de Registro de Preços, Contrato nº 001/2011, até a decisão final desta Corte de Contas.

Quando da apreciação do feito, o Conselheiro Relator proferiu o Voto de fls. 370/375, recebendo a Representação, nos termos do artigo 91 da Resolução TC 182/2000 e indeferindo a medida cautelar *inaudita altera parte* pleiteada pelo Representante, nos termos da Decisão TC 1259/2012 (fls. 376/378), bem como pela notificação do senhor José Carlos de Almeida (Prefeito Municipal) para que no prazo de cinco dias, viesse a se manifestar sobre os fatos imputados nessa Representação.

Em atendimento ao Termo de Notificação nº 288/2012, fls. 379 e 381, o Sr. José Carlos de Almeida veio aos autos apresentando esclarecimentos, acompanhada de vasta documentação, conforme se vê as fls. 387/2842, (volumes II a XVI).

Com a manifestação do notificado o processo foi encaminhado para a 4ª Controladoria Técnica, que elaborou a **Instrução Técnica Inicial ITI 534/2012** (fls. 2848/2853 – vol. XVI), onde pugna pela possível procedência da denúncia, sugerindo a citação dos responsáveis com relação aos seguintes pontos:

- a) Restrição à competitividade;
- b) Ofensa ao princípio da economicidade;
- c) Ausência de especificação de preço máximo.

Posteriormente a redistribuição do feito, com vistas à unicidade de relatoria, fls. 2857/2858, seguiram os autos para a então 4ª. Controladoria Técnica, onde foi

elaborada a **Instrução Técnica Inicial ITI 649/2012**, fls. 2865/2873, juntamente com o Ofício de fls. 2874, sugerindo a notificação dos responsáveis dos demais municípios e o envio de documentos.

Neste contexto, o Conselheiro Relator não acatou as proposições apresentadas no ofício de fls. 2874, afastando a notificação proposta aos demais municípios que aderiram a ARP nº 01/2011, mantendo a abrangência do indício de irregularidade adstrita ao exercício de 2011 e ao Município de São José do Calçado, e pela inclusão no polo passivo do senhor Antônio Coimbra de Almeida, Secretário Municipal e gestor do Fundo Municipal de Saúde e da empresa contratada Hospidrogas Comércio de Produtos e Serviços Ltda., nos termos insertos na **Instrução Técnica Inicial ITI 649/2012** e na Decisão Monocrática Preliminar - **DECM 131/2013** (fls. 2877/2878).

Após as devidas citações (fls. 2879/2884), bem como a apresentação de justificativas (fls. 3236/3253 e fls. 3263/32750), os autos foram encaminhados ao NEC que analisou o feito e elaborou a **Instrução Técnica Conclusiva – ITC 3434/2013** (fls. 3277/3309), conforme termos da proposta que abaixo reproduzo:

3 – CONCLUSÃO/RESPONSABILIDADES

3.1 Trata-se de Representação apresentada pelo Ministério Público de Contas em face da Prefeitura Municipal de São José do Calçado, onde se relata a presença de irregularidades na formação dos preços dispostos na Ata de Registro de Preços nº 001/2011 decorrente do Pregão Presencial nº 004/2011.

3.2 Procedidas as análises técnicas em cotejo com as manifestações de defesa apresentadas aos autos, conclui-se opinando, nos termos do art. 319, IV, da Res. TC 261/2013, por:

3.2.1 acolher as razões de justificativa da empresa Hospidrogas Comércio de Produtos Hospitalares Ltda, excluindo sua responsabilidade;

3.2.2. Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelos senhores José Carlos de Almeida, Leo Miler Rodrigues e Antônio Coimbra de Almeida, em razão da irregularidade disposta nesta Instrução Técnica Conclusiva.

3.3 Assim, sendo, levando em conta as questões de fato e de direito examinadas e relatadas nestes autos, conclui-se pela **PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO** nos termos dos artigos 95, inciso II, e 99, § 2º, ambos da Lei Complementar nº 621/2012, mantendo as **irregularidades apontadas na Instrução Técnica Inicial ITI 649/2012** (itens 2.2, 2.3. e 2.4 desta ITC), as quais encontram-se dispostas adiante:

3.3.1 Restrição à Competitividade: (item 1, da ITI)

Base legal: art. 23, §1º da Lei 8.666/93.

Responsáveis:

José Carlos de Almeida - Prefeito Municipal

Leo Miler Rodrigues - Pregoeiro

Antônio Coimbra de Almeida - Secretário Municipal de Saúde

3.3.2 Ofensa ao Princípio da Economicidade; (item 2, da ITI)

Base Legal: art. 70, da CRF/88.

Responsáveis:

José Carlos de Almeida - Prefeito Municipal

Leo Miler Rodrigues - Pregoeiro

Antônio Coimbra de Almeida - Secretário Municipal de Saúde

Ressarcimento: sendo passível de ressarcimento ao erário municipal o valor de **R\$68.401,00, equivalentes a 32.391,43 VRTE.**

3.3.3 Descumprimento da Resolução nº 03/2011 e Orientação Interpretativa nº 2 de 13 de novembro de 2006, ambas da CEMED (item 3, da ITI).

Base legal: Resolução nº 03/2011 e Orientação Interpretativa nº 2 de 13 de novembro de 2006, ambas da CEMED

Responsáveis:

José Carlos de Almeida - Prefeito Municipal

Antônio Coimbra de Almeida - Secretário Municipal de Saúde

3.4 Tendo em vista a existência de **DANO** presentificado no **item 3.3.2.** acima disposto (item 2.2 desta Instrução Técnica Conclusiva), no valor de **R\$68.401,00**, equivalente a **32.391,43 VRTE** sugere-se a **conversão dos autos em tomada de contas especial** na forma do artigo 57, inciso IV, da Lei Complementar nº 621/2012.

3.5 Isto posto e com amparo no artigo 84, caput, da Lei Complementar nº 621/2012, opina-se por:

3.5.1. Julgar irregulares as contas do senhor **José Carlos de Almeida** - Prefeito Municipal de São José do Calçado no exercício de 2011 e dos senhores **Antônio Coimbra de Almeida** e **Leo Miller Rodrigues**, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e” da Lei Complementar 621/2012, pela prática de ato ilegal presentificado nos itens 2.1, 2.2 e 2.3 e pelo cometimento de infração que causou dano injustificado ao erário disposto no item 2.2. condenando-os, **solidariamente** ao ressarcimento no valor de **R\$68.401,00, equivalente a 32.391,43 VRTE**, ressaltando que os responsáveis já foram devidamente citados quanto à possibilidade de ressarcimento, nos moldes do artigo 162 da Resolução TCE182/2002 vigente à época dos fatos e Termos de Citação inserto nestes autos;

3.6 Outrossim, **sugere-se**, que seja cominada aos senhores José Carlos de Almeida (Prefeito Municipal de São José do Calçado), Antônio Coimbra de Almeida (Secretário Municipal de Saúde e Gestor do fundo Municipal de Saúde) e Leo Miller Rodrigues (Pregoeiro Municipal de São José do Calçado) **multa individual**, a ser dosada na forma do art. 96, inciso II, da LC 32/1993;

3.7 Sugere-se, ainda, na forma do art. 87, inciso IV, da Lei Complementar nº 621/2012, seja **determinado** à Prefeitura Municipal de São José do Calçado, na pessoa de seu atual Prefeito Municipal que:

3.7.1 observe, nas próximas licitações para aquisição de medicamentos, o disposto na Resolução nº 03/2011 e Orientação Interpretativa nº 2 de 13 de novembro de 2006, ambas da CEMED, abstendo-se de adquirir valores acima do Preço Máximo de Venda ao Governo, em respeito aos princípios da legalidade, economicidade, vantajosidade, eficiência, moralidade e interesse público;

3.7.2 adote as atas de registro de preços elaboradas pelo Sistema Estadual de Registro de Preços – SERP/SESA sempre que esta se apresente mais vantajosa ao Município;

3.7.3 promova, nas licitações e contratações municipais, a adequada formalização dos procedimentos, os quais deverão, obrigatoriamente, ser precedidas de motivação suficiente e razoável e estudo econômico de viabilidade, a fim de justificar a conduta praticada.

3.8. Finalmente, cabe alertar que os Municípios de Guarapari, Nova Venécia, Pedro Canário e Apiacá também aderiram a Ata de Registro de Preços nº 01/2011 elaborada pelo Município de São José do Calçado em sua totalidade (fls.108-113), razão pela qual entende-se oportuna e necessária a abertura de processo de Tomada de Contas Especial, a fim de estender o objeto da presente Representação a estes municípios, em face da constatação de graves irregularidades na aquisição de medicamentos, fato que culminou em dano material ao erário.

Ato contínuo, o Ministério Público se manifestou, adotando em parte a proposta da área técnica, por intermédio do parecer - **PPJC 300/2016** (fls. 486/488), mas manteve a responsabilidade de todos os citados e a aplicação de multa e ressarcimento, tal como foi apontada pela auditoria, afastando, entretanto, a responsabilidade da empresa contratada quanto ao item 3 da ITI, que se constitui uma infração que não enseja dano.

Nesse passo, o Relator proferiu o voto nº 1180/2015, conforme parte dispositiva que segue transcrita:

Por todo o exposto, acompanhando em parte a área técnica e o Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado da 1ª Câmara desta Corte de Contas assim delibere:

a) Acolha as razões de justificativas, **afastando** as irregularidades relativas aos **itens 1, 2 e 3, desta decisão**, em face das razões antes expendidas.

b) Pela IMPROCEDÊNCIA da presente representação, considerando-se regulares os atos de gestão então analisados, de responsabilidade dos Senhores: **Leo Miler Rodrigues**, da Pessoa Jurídica **Hospidrogas Comércio de Produtos Hospitalares Ltda**, **José Carlos de Almeida** e **Antonio Coimbra de Almeida**, em face das razões antes expendidas.

c) Expeça DETERMINAÇÃO ao atual Prefeito de São José do Calçado no sentido de que:

1) Observe quando da realização das próximas licitações, para quaisquer fins, o disposto no artigo 40, inciso X, e § 2º, inciso II, da Lei 8666/93, e no artigo 3º, III, da Lei 10.520/2002, com relação **ao preço máximo a ser proposto pelos licitantes;**

2) Utilize nas próximas aquisições de medicamentos o Sistema Estadual de Registro de Preços ou, então, adote os preços ali registrados **como preço máximo a ser demandado nas suas próprias licitações.**

VOTO, por fim, no sentido de que, promovidas comunicações devidas, em não havendo expediente recursal, **sejam arquivados os presentes autos.**

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

Trata-se de Representação apresentada pelo Ministério Público de Contas em face da Prefeitura Municipal de São José do Calçado, onde se relata a presença de irregularidades na formação dos preços dispostos na Ata de Registro de Preços nº 001/2011 decorrente do Pregão Presencial nº 004/2011 realizado pelo município, quais sejam:

a) Restrição à competitividade

Base legal: art. 23, §1º da Lei 8.666/93.

Responsáveis:

José Carlos de Almeida - Prefeito Municipal

Leo Miler Rodrigues - Pregoeiro

Antônio Coimbra de Almeida - Secretário Municipal de Saúde

b) Ofensa ao princípio da economicidade

Base Legal: art. 70, da CRF/88.

Responsáveis:

José Carlos de Almeida - Prefeito Municipal

Leo Miler Rodrigues - Pregoeiro

Antônio Coimbra de Almeida - Secretário Municipal de Saúde

Ressarcimento: R\$68.401,00, equivalentes a 32.391,43 VRTE.

c) Ausência de especificação de preço máximo

Base legal: Resolução nº 03/2011 e Orientação Interpretativa nº 2 de 13 de novembro de 2006, ambas da CEMED

Responsáveis:

José Carlos de Almeida - Prefeito Municipal

Antônio Coimbra de Almeida - Secretário Municipal de Saúde

Verifico que o cerne da questão posta se encerra na possível afronta aos princípios da competitividade e economicidade do certame realizado pela Prefeitura Municipal de São José do Calçado, cujo objeto consiste na aquisição de medicamentos (Pregão Presencial nº 004/2011), tendo em vista o critério de julgamento previsto em Edital “por lotes” e não “por itens” (item 10.3 do Edital de fls. 14/29), bem como pela ausência no referido edital do preço máximo a ser cotado em cada item, considerando o que dispõem a Resolução nº 03/2011 e Orientação Interpretativa nº 2 de 13 de novembro de 2006, ambas da CEMED.

Nesse cenário, a área técnica opinou pela **procedência** da presente representação, em razão das irregularidades acima descritas e apurou um dano de **R\$68.401,00**, equivalentes a **32.391,43 VRTE**, comparando a aquisição em questão com os preços previstos no Sistema Estadual de Registro de Preços de Medicamentos da Atenção Primária à Saúde — SERP.

O Ministério Público Especial de Contas acatou em parte a proposta da área técnica, divergindo primeiramente no que diz respeito à manutenção da responsabilidade do pregoeiro, que foi considerada não pela elaboração do edital, mas sim pela fase externa do certame, que inclui o julgamento das propostas em desobediência ao arcabouço jurídico aplicável à comercialização de medicamentos (normas das CEMED e de desoneração do ICMS).

Quanto à responsabilidade da empresa Hospidrogas Comércio de Produtos Hospitalares LTDA, apesar de concordar com o seu afastamento em relação ao item que trata da **Ausência de especificação de preço máximo**, pugnou o *parquet* de contas pela **instauração de tomada de contas especial** com a finalidade de apurar o dano causado em decorrência de irregularidade diversa da constante no item 3 da ITI, ou melhor dizendo, pelo dano decorrente do fornecimento de medicamentos acima do preço de fábrica, em descumprimento da Resolução nº 03/2011 e Orientação Interpretativa nº 2 de 13 de novembro de 2006.

Pois bem.

Primeiramente, destaco meu posicionamento convergente ao entendimento do Órgão Ministerial, no que se refere ao afastamento da responsabilidade da empresa contratada pela irregularidade disposta no item 3 da ITI, tal como foi apontada pela área técnica, já que uma empresa licitante não pode ser responsabilizada como se gestor fosse, pela não inclusão do preço máximo de fábrica em um Edital.

Nesse contexto, em divergência ao entendimento vertido pelo corpo técnico, acompanho a proposta do MPEC quanto à determinação de instauração de tomada de contas especial com a finalidade de apurar o dano causado e o envolvimento da empresa Hospidrogas Comércio de Produtos Hospitalares LTDA, em decorrência do fornecimento de medicamentos acima do preço de fábrica, em descumprimento da Resolução nº 03/2011 e Orientação Interpretativa nº 2 de 13 de novembro de 2006.

Feita essa ressalva, estou acompanhando as manifestações técnica e ministerial neste caso específico e passo, então, às razões de minha divergência ao voto do ilustre Relator, no tocante aos demais pontos consignados.

Quanto ao julgamento por lotes e não por item, em suposta infração ao princípio da competitividade (item 1 da ITI), foi assim a conclusão vertida no voto do Relator:

“Desta feita, entendo que, em parte, assiste razão à área técnica, vez que a licitação deveria ter sido realizada por itens, todavia, não foram narrados maiores prejuízos ao certame, além do que a minuta do edital foi aprovada pela Procuradoria Municipal, motivo pelo qual **afasto a presente irregularidade.**”

Os responsáveis argumentam que a licitação por lote é mais atrativa para os licitantes interessados, uma vez que permitiria propostas com a somatória dos itens de menor preço aos de preço expressivo.

Também foi alegado pelos defendentes a impossibilidade de um fornecedor arrematar um único item, no universo de 581 itens, ante a inviabilidade de entrega do produto no município interiorano, o que reduziria o interesse de participação na licitação.

Com efeito, defendem que o município de pequeno porte somente consegue adquirir itens de pouca expressividade (medicamentos de pequeno valor e/ou em quantidades menores), quando licitados por meio de lotes, que impõe ao licitante o arremate de todos os itens nele descritos.

A Lei nº 8.666/93, ao disciplinar as regras para compras públicas, buscou priorizar os meios para garantir a ampliação da participação e, por conseguinte, a competitividade do certame:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

IV – **ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias** para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade; (g.n.)

Neste quesito, como bem ponderou a área técnica, verifico que a formação de lotes impede a apresentação de propostas para um determinado item isoladamente, restringindo, assim, a participação de licitantes, que porventura não possam cotar todos os itens insertos naquele lote específico.

Assim, ao contrário do que pretende a defesa demonstrar, somente os fornecedores que detivessem condições de cotar todos os medicamentos/itens insertos num determinado lote seriam habilitados para o mesmo.

Compartilha deste entendimento o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, que se deparando com Representação formulada por indústria farmacêutica (TC 1965/2011), manifestou-se contra a aquisição de medicamentos por meio de lotes, em detrimento da aquisição por itens:

**REPRESENTANTE: UCI FARMA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA LTDA –
 REPRESENTADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARAPARI –
 RESPONSÁVEL: EDSON FIGUEIREDO MAGALHÃES (PREFEITO) –
 CONHECER – PROCEDÊNCIA – SUSTAR O PREGÃO PRESENCIAL –
 ABSTER-SE DE LICITAR MEDICAMENTOS POR LOTE – RECOMENDAR.**

[...]

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia cinco de julho de dois mil e onze, à unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, conhecer da presente Representação para, no mérito, **julgá-la procedente, determinando-se à Prefeitura Municipal de Guarapari**, sob pena das sanções previstas no Capítulo VII da Lei Complementar nº 32/93:

2. Que se abstenha de licitar medicamentos por lotes, limitando a participação de laboratórios fabricantes e distribuidores, frustrando o caráter competitivo do certame e o princípio da isonomia, previstos no art. 37, inciso XXI, da CF/88 e art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, exceto quando demonstrado o preenchimento dos requisitos estabelecidos na Súmula nº 247 do TCU, devidamente evidenciados nos autos do procedimento administrativo.

ACORDAM, ainda, os Srs. Conselheiros deste Tribunal de Contas, na mesma sessão, **recomendar** à Prefeitura Municipal de Guarapari:

[...]

2. Que na licitação de medicamentos por itens seja facultado aos participantes oferecer propostas individuais para cada item, julgando-a como se fosse uma licitação em separado, de forma independente, com vistas a se obter a proposta mais vantajosa para a Administração. (g.n.)

Portanto, verifico que a regra geral para aquisição de medicamentos por itens é clara, razão pela qual não se exime a responsabilidade dos defendentes, nem mesmo do pregoeiro municipal - responsável pela elaboração do edital, em face do manifesto prejuízo gerado, decorrente das regras impostas no certame.

Em relação ao princípio da economicidade (item 2 da ITI), alegou o Relator que:

“o Sistema Estadual de Registro de Preços ainda não estava devidamente implantado na época da realização da licitação analisada, e este fato não foi colocado de maneira diversa na instrução técnica conclusiva”.

Sobre este tema, respaldou o Relator no comando legal contido no § 3º, art. 15 da Lei 8.666/93, que estabelece que **o sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais.**

Deste modo, também quanto ao item 2 da ITI o Relator acatou as razões de defesa,

divergiu do posicionamento técnico e afastou a responsabilidade do Pregoeiro, sobre essa irregularidade e o respectivo ressarcimento então proposto, sob o argumento de que *“as peculiaridades regionais podem ser mais bem atendidas se o sistema de registro de preços for instituído por normativo da municipalidade, de maneira a se preservar a ação estatal relativa à continuidade do serviço público essencial, in casu saúde”*.

Esclarecem os defendentes que o SERP, embora tenha sido criado em 2010, somente entrou em atuação em 2011 e que na data da realização do certame, a lista do SERP ainda não havia sido efetivamente implantada.

Como pode ser observado no *e-mail* acostado às fls. 3312, a programação/demanda de medicamentos do município de São José do Calçado foi encaminhada à SESA para compor o Sistema de Registro de Preços formalizada pelo Estado, o que garante que o Município de São José do Calçado detinha todas as condições para adquirir os medicamentos por meio da SERP, porque não somente aderiu ao projeto da SESA, como também enviou sua demanda anual de medicamentos à SERP, durante os exercícios de 2009, 2010 e, inclusive, a de 2011, exercício que era contemplado pelo PP 04/2011.

Importa ainda frisar que as Prefeituras tiveram que elaborar um Decreto Municipal regulamentando o artigo 15 da Lei nº 8.666/93 e assinar o termo de adesão junto à SERP. Em seguida, cada município elaborou sua programação de medicamentos, com a estimativa de suas necessidades por itens padronizados, para 12 meses de consumo.

Nesse passo, esclarecedor os argumentos colacionados pela área técnica, conforme trechos que reproduzo:

Realizaram-se os vários pregões eletrônicos, por meio da Comissão Permanente de Licitação da SESA, agrupando-se todos os medicamentos em 16 diferentes processos. Após a tramitação e cumprimento de todas as etapas previstas na legislação, disponibilizaram-se as Atas de Registro de Preços para serem utilizadas pelos gestores municipais.

[...]

Devido à escala maior, obtivemos preços bem menores na compra de 139 medicamentos, com economia de R\$14,3 milhões em relação aos preços praticados pelos municípios, isoladamente. Como resultado principal, além do

econômico, essa estratégia está promovendo a melhoria do acesso da população aos medicamentos básicos.

Portanto, no caso concreto, o gestor que tinha a discricionariedade de realizar um certame para a compra de medicamentos no município, tinha que justificar esta escolha, perante a existência do Registro Estadual de Preços disponível, cujos preços já estavam reduzidos, ou seja, tinha que motivar uma licitação isolada em detrimento à economia de escala que estaria abdicando ao não aderir a ata realizada pelo Estado.

Em relação ao item 3 da ITI, que trata da ausência no Edital sob exame, de fixação do preço máximo de fábrica para a formulação das propostas, em decorrência do que dispõe a Resolução nº 03/2011 e Orientação Interpretativa nº 2 de 13 de novembro de 2006, ambas da CEMED, o Relator infere que *“se as aquisições devessem se dar pelo preço de fábrica, dever-se-ia proceder à licitação entre os fabricantes dos medicamentos e não entre os distribuidores que têm seus próprios custos fixos e variáveis”*.

Ademais, entendeu o Relator que a fundamentação legal decorrente *“da ausência de fixação do preço máximo a ser licitado, seja com base nas fontes alegadas ou em outra, seria a disposta no inciso III, do artigo 3º, da Lei 10.520/2002, ou o artigo 40, inciso X, e § 2º, inciso II, da Lei 8666/93”*, e nesse sentido diverge da fundamentação legal utilizada pelo corpo técnico.

Em assim sendo, concluiu o Relator sobre esse assunto em divergência do posicionamento técnico e **afastou a presente irregularidade em relação a todos os agentes responsáveis**, cominando com a **expedida de determinação** no sentido de que *“o município observe o dispositivo legal que fundamenta a fixação de preços máximos, utilizando-se daqueles praticados no SERP, se não fixados, relativamente às aquisições promovidas em licitações próprias”*.

Alega a empresa contrata que é revendedora multimarca e que *“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.”

O procedimento consolidado e amplamente divulgado no site da ANVISA, bem como disposto na Resolução nº 03/2011, publicada pela CEMED - Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, é de que o Preço Máximo de Venda ao Governo seja o Preço de Fábrica, e não o Preço Final ao Consumidor, conforme informação constante na peça conclusiva:

“1) Preços de Medicamentos (Preço Fábrica e Preço Máximo ao Consumidor)

A lista de Preços de Medicamentos contempla o Preço Fábrica ou Preço Fabricante que é o preço praticado pelas empresas produtoras ou importadoras do produto e pelas empresas distribuidoras. **O PF é o preço máximo permitido para venda a farmácias, drogarias e para entes da Administração Pública.** Apresenta, também, o Preço Máximo ao Consumidor, o qual é praticado pelas farmácias e Drogarias. O PMC é o preço máximo permitido para venda ao consumidor e inclui os impostos incidentes por estado. (g.n.)

2) Preços de Medicamentos para Compras Públicas

A Lista de Preços de Medicamentos para compras públicas contém o teto de preço pelo qual entes da Administração Pública podem adquirir medicamentos dos laboratórios, distribuidores, farmácias e drogarias. **Constam desta lista o PMVG – Preço Máximo de Venda ao Governo que é o teto de preço para compra dos medicamentos inseridos na lista de produtos sujeitos ao CAP (Coeficiente de Adequação de Preço) ou ainda de qualquer medicamento adquirido por força de decisão judicial e o Preço Fábrica – PF, que é o teto de preço para compra de qualquer medicamento por entes da Administração Pública, quando não aplicável o CAP.[...] (g.n.)**

Do mesmo modo, reproduzo o que foi levantado pela área técnica quanto a essa matéria, atinente à Representação do Ministério da Saúde (Acórdão do TCU nº 1437/2007):

31. [...] a CMED expediu a Orientação Interpretativa nº 02, de 13 de novembro de 2006, estabelecendo que **nos fornecimentos para órgãos públicos por meio de licitações ou não, o distribuidor é obrigado a vender os produtos, tendo como referencial máximo o preço fábrica. Isso significa que o preço fábrica é o teto de preços pelo qual um laboratório ou distribuidor pode vender um medicamento no atacado no mercado brasileiro e que o preço máximo ao consumidor só poderá ser praticado pelo setor varejista, ou seja, pelas farmácias e drogarias.** Assim, considerando que a Lei n. 10.742/2003 instituiu competências para a CMED fixar preços de medicamentos, torna-se razoável reconhecer que a Câmara já estabeleceu os critérios de aceitabilidade para preços máximos de medicamentos a serem adquiridos pelo setor público. (g.n.)

Deste modo, considerando que o fornecimento de medicamentos envolvia Órgão Público, os valores de cada item licitado pelo município deveriam estar adstritos aos definidos pela CEMED, devendo constar como limite no Edital o preço de fábrica, como bem salientou o representante do Ministério Público:

*“(...) 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 órgão públicos o distribuidor é **obrigado a vender os produtos, tendo como teto o preço de fábrica**. Trata-se de imposição decorrente da Lei n. 10.742/03, 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.”*

Desta forma, a medida adotada pelos gestores (ex-prefeito, ex Secretário M. de Saúde e pregoeiro), se mostrou contrária às normas que balizam a matéria e, portanto, ultrapassam os limites da discricionariedade, tendo provocado o aumento dos procedimentos burocráticos, em detrimento da agilidade do abastecimento, do atendimento eficaz dos usuários e da obtenção de valores mais econômicos para o município.

Por derradeiro, não posso deixar de destacar que o PP nº 004/2011 sob análise, nos moldes realizados, **atraiu a participação de somente duas licitantes e a adjudicação de 37 lotes dos 41 discriminados no edital para uma única empresa**, a Hospidrogas Comércio de Produtos Hospitalares Ltda, ou seja, a escolha do julgamento por lotes e não por itens não ampliou o universo de licitantes, restando adjudicado todo o objeto licitado a uma única vencedora, o que comprova por si só, não somente a ausência de competitividade e economicidade do certame analisado mas, sobretudo, a ausência de consistência nas argumentações da defesa.

III – CONCLUSÃO

Na forma do exposto, divergindo, respeitosamente, do E. Relator, **VOTO** acompanhando a área técnica e Órgão Ministerial, para que este Colegiado profira decisão nos seguintes termos:

- 1) Converter o feito em tomada de contas especial, nos termos dos artigos 57, IV, e 115 da LC nº 621/12, julgando-a **IRREGULAR**, com fulcro no art. 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e”, da citada Lei Orgânica deste Tribunal;
- 2) Condenar, solidariamente, José Carlos de Almeida, Antônio Coimbra de Almeida e Léo Miler Rodrigues, a ressarcir ao erário municipal a importância de **R\$68.401,00**, equivalentes a **32.391,43 VRTE**;
- 3) Imputar multa individual aos responsáveis acima indicados, no valor de R\$6.000,00, 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 Resolução TC n. 261/13;
- 4) Determinar ao Executivo Municipal de São José do Calçado que instaure Tomada de Contas Especial com a finalidade de apurar o dano causado pela empresa Hospidrogas Comércio de Produtos Hospitalares LTDA, em decorrência dos efetivos fornecimentos realizados através da Ata de Registro de Preço nº. 001/2011, em descumprimento da Resolução nº 03/2011 e Orientação Interpretativa nº 2 de 13 de novembro de 2006;
- 5) Dê ciência aos Relatores dos municípios de Guarapari, Nova Venécia, Pedro Canário e Apiacá, da irregularidade atinente à aquisição de medicamentos por parte desses municípios, através da adesão da Ata de Registro de Preços da Prefeitura de São José do Calçado - Contrato nº 001/2011, para que se avaliem a necessidade de uma eventual instauração de Tomada de Contas Especial, em obediência aos ditames da IN – TC 32/2014;
- 6) Cientifique-se as partes.

Em 24 de fevereiro de 2017.

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun
Conselheiro Relator