

ACÓRDÃO TC-446/2017 – SEGUNDA CÂMARA

- PROCESSO** - TC-6542/2011
- JURISDICIONADO** - PREFEITURA MUNICIPAL DE IBITIRAMA
- ASSUNTO** - FISCALIZAÇÃO - REPRESENTAÇÃO
- REPRESENTANTE** - MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
- TERCEIROS INTERESSADOS**- DROGARIA SÃO JOSÉ LTDA. E ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DO ESPÍRITO SANTO
- RESPONSÁVEIS** - JAVAN DE OLIVEIRA SILVA, JOSIMAR XAVIER DA COSTA E VICTOR NASSER FONSECA
- ADVOGADOS** - VICTOR NASSER FONSECA (OAB/ES 14.438) E TÁBATA ENGELHARDT HAIDU (OAB/ES 25.880)

EMENTA

REPRESENTAÇÃO – PREGÃO ELETRÔNICO 053/2011 – PROCEDÊNCIA PARCIAL – DEIXAR DE APLICAR MULTA EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO – DETERMINAÇÕES – ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I RELATÓRIO

Tratam os autos de representação, com pedido de concessão de medida cautelar, protocolada nesta Corte de Contas pelo Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, na data de 29 de setembro de 2011, sob o nº 010963, fls. 01/58, relatando possíveis irregularidades cometidas na Prefeitura Municipal de Ibitirama,

acerca do Pregão Eletrônico nº 053/2011, cujo objeto era o registro de preço para aquisição de medicamentos e correlatos.

Relata a área técnica que, em síntese, o ilustre Representante do Ministério Público de Contas aponta irregularidades relativas à ausência de caracterização do objeto e à falta de clareza na sua descrição, ausência de definição das unidades e quantidades a serem adquiridas, ausência de pesquisa de mercado, ilegalidade na adoção do critério menor preço por lote.

Elaborada a Instrução Técnica Inicial - ITI 878/2011, às fls. 62/71, a unidade técnica competente sugeriu o indeferimento do pedido de concessão de medida cautelar e pela citação dos responsáveis, Javan de Oliveira Silva, Prefeito Municipal e Josimar Xavier da Costa, Pregoeira Oficial.

Corroborando o entendimento da área técnica, foi prolatada a Decisão TC 5828/2011 (fls. 81/82), determinando-se a citação dos responsáveis para apresentação de justificativas, no prazo improrrogável de 30 dias, bem como a notificação do Sr. Javan de Oliveira Silva, Prefeito Municipal, para que no prazo de 10 dias apresente cópia integral do procedimento administrativo de licitação.

Devidamente citados, os responsáveis apresentaram tempestivamente suas justificativas às fls. 233/243, 720/733 e 735/737, e, em atendimento ao Termo de Notificação nº 1150/2011, à fl. 83, o Sr. Javan de Oliveira Silva acostou aos autos a documentação de fls. 94/133.

Em seguida, os autos foram encaminhados à 5ª Controladoria Técnica que elaborou a Instrução Técnica Complementar ITI 1078/2011, às fls. 246/53, na qual sugere:

- *"a notificação do Prefeito Municipal para que apresentasse cópia da Revista ABC Farma, bem como cópia do Contrato firmado com a empresa Drogaria São José, vencedora do Pregão 053/2011 e respectivos pagamentos; e*
- *pela citação do Advogado Público Municipal Victor Nasser Fonseca e; citação da Drogaria São José, na qualidade de terceira interessada".*

Devidamente notificados e citados, conforme Decisão Preliminar TC 044/2012, à fl. 263, os responsáveis encaminharam as justificativas, bem como as cópias solicitadas (fls. 271/305 e 309/368). A empresa Drogaria São José, por seu turno, apresentou justificativas às fls. 375/377.

Na forma regimental, foram, então, os autos encaminhados ao Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC para análise e elaboração de Instrução Técnica Conclusiva.

Em sede de ITC, o NEC analisou as irregularidades constantes tanto da ITI 878/2011 como da ITI Complementar 1079/2011, a saber:

- *Ausência de especificação do objeto e do quantitativo estimado para contratação (Referência: item I da ITI 878/2011 e item 2, letra "a" da ITI 1078/2011);*
- *Do risco de se privilegiar determinados fornecedores e da burla à vedação legal de indicação de marca (Referência: item II da ITI 878/2011 e item 2, letra "b" da ITI 1078/2011); e*
- *Da ilegalidade de adoção do critério menor preço por lote por meio do maior percentual de desconto sobre a Revista ABC Farma – Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (Referência: item III da ITI 878/2011 e item 2, letra "c" da ITI 1078/2011).*

Após a análise conclusiva restou mantida, pelo NEC somente a irregularidade referente à *ilegalidade de adoção do critério menor preço por lote por meio do maior percentual de desconto sobre a Revista ABC Farma – Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (Referência: item III da ITI 878/2011 e item 2, letra "c" da ITI 1078/2011)*, opinando, portanto, pela parcial procedência da Representação.

Encaminhados os autos ao Ministério Público Especial de Contas, o mesmo pugnou pela manutenção de todas as irregularidades relatadas e responsabilização de todos os responsáveis, recomendando, em síntese:

1 – que seja determinado ao Executivo Municipal de Ibitirama que proceda à anulação do Edital de Pregão Eletrônico nº. 53/2011, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, abstendo-se o município de efetuar novas aquisições de medicamentos registrados na respectiva Ata;

2 – constatado o descumprimento da determinação no prazo fixado, seja sustado o ato, sem prejuízo de comunicar o fato à Câmara Legislativa Municipal e aplicar multa aos responsáveis;

3 – que seja cominada multa pecuniária aos srs. Javan de Oliveira Silva – prefeito municipal; Josimar Xavier Costa – pregoeiro oficial; e, Vitor Nasser Fonseca – Advogado Público Municipal;

4 – que sejam expedidas as seguintes determinações ao Executivo Municipal de Ibitirama:

4.1 – que promova a devida caracterização dos objetos licitatórios, definindo-os de forma precisa, suficiente e clara;

4.2 – que se abstenha de licitar ou registrar preços de todos os medicamentos constantes de revistas especializadas ou listas publicadas por órgãos oficiais, sem a comprovada necessidade de demanda e especificação de quantitativos;

4.3 – que utilize nos procedimentos de aquisição de medicação os parâmetros adotados pela CMED¹, atendidas, especialmente, as normas relativas ao preço máximo de venda para o setor público;

4.4 – que, em caso de não observância das resoluções da CMED pelos fornecedores de medicamentos, quando de compras efetuadas pelo

¹ Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos.

setor público, comunique o gestor o fato àquela Câmara e ao Ministério Público Federal e Estadual, sob pena de responsabilização por aquisição antieconômica e pela devolução dos recursos pagos acima do teto estabelecido pelos normativos da CMED;

4.5 – que adote as medidas previstas em lei em face de Drogaria São José visando ressarcir ao erário eventuais valores pagos em desacordo com as normas da CMED.

5 – que as determinações expedidas nos autos sejam objeto de monitoramento pela Controladoria Técnica competente;

Pautados os autos na 36ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara desta Corte de Contas, foi realizada sustentação oral por parte do sr. Vitor Nasser Fonseca. Juntados documentos e notas taquigráficas, foram os autos novamente encaminhados à área técnica e ao Ministério Público Especial de Contas. Posteriormente, vieram os autos a este Gabinete.

II - FUNDAMENTAÇÃO

No que se refere à **ausência de especificação do objeto e do quantitativo estimado para contratação - (Referência: item I da ITI 878/2011 e item 2, letra "a" da ITI 1078/2011)**, restaram infringidos os artigos 3º, 7º, §2º, inciso II, 15 inciso V e §1º, 23, caput, 40, incisos II e X e §2º, 43, inciso IV, todos da Lei 8.666/93, bem como os princípios da economicidade e transparência.

Refere a área técnica que:

"(...) o objeto da licitação não conteria a especificação suficiente dos medicamentos a serem contratados, bem como o quantitativo estimado necessário para atender a demanda da Administração Pública, o que contrariaria o disposto nos artigos 14, 15, inciso II e §7º, inciso II, e 40, inciso I, da Lei 8666/93 (...);

(...) o edital descumpra o art. 3º da Lei nº 10.520/02, que exige da autoridade administrativa justificativa na necessidade da contratação, bem assim que defina, de forma clara e precisa, o objeto da licitação (...);

(...) no tocante à aquisição de medicamentos, a Lei nº 10.191/01 determina que os medicamentos a serem adquiridos estejam objetivamente definidos no edital, do qual deve constar os quantitativos totais estimados.

(...) Como o referido edital se limitou a informar que a licitação se destinaria à "Aquisição de Medicamentos e correlatos descritos na revista ABC", limitando o total de aquisições a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), mas não especificou quais medicamentos a municipalidade pretende adquirir, bem como uma quantidade estimada, tem-se por afrontados os dispositivos legais mencionados.

Acerca da mesma irregularidade entende o Ministério Público Especial de Contas que:

"Não é demasiado reforçar: o ato convocatório do registro de preços deve respeitar as regras gerais das licitações. Deverá determinar os padrões de qualidade, as condições de oferta, as condições de aquisições e a periodicidade das aquisições. Logo, a adoção de registro e preços não significa afastar a previsão de que os editais devem descrever, de modo claro e suficiente, o objeto da licitação".

Os Defendentes alegam que o objeto está devidamente descrito através da Revista ABC FARMA. Afirmam que todos os medicamentos que teriam seus preços registrados estão descritos clara e sucintamente na Revista ABC FARMA.

Quanto à ausência das unidades e quantidades a serem adquiridas, os Defendentes aduzem, em suma, que por se tratarem de medicamentos intermediários, ou seja, que não seguem padrões de uniformidade e que não são padronizados como primário, nem como de alto custo é impossível pontuar, mesmo que de forma provável ou estimada, a quantidade que será/seria necessária para atender a necessidade da população.

A Lei Federal nº 8.666/93 em seus artigos 14, 15, inciso V e § 7º e 40 inciso I, é bem explícita no que concerne ao objeto da licitação, sempre exigindo que sua descrição seja sucinta e clara, devendo a sua caracterização ser a mais minuciosa possível, para que não haja possibilidade de dubiedade. Senão vejamos:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.(grifamos)

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

(...)

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

(...)

§ 7º - Nas compras deverão ser observados, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

*I – objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;(grifamos)
§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:
I – [...]
II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.*

No presente caso, o objeto licitado era a “aquisição de Medicamentos e correlatos descritos na revista ABCFARMA”.

A revista ABCFARMA é editada mensalmente com distribuição em todo o território nacional e oferece, entre outras matérias, as informações mais atualizadas do setor, constituindo-se na mais confiável e segura fonte de consultas, tanto da imprensa em geral, autoridades como de todos os envolvidos com o segmento farmacêutico. Constitui-se também em fonte completa de informação sobre preços de medicamento e reportagens sobre saúde².

Ao se analisar a revista ABCFARMA, fl. 305, verifica-se que se encontram relacionados diversos medicamentos, bem como o preço fábrica – PF e o preço máximo ao consumidor – PMC.

Assim, considerando que o objeto licitado são os medicamentos constates da referida revista, entende-se que houve a sucinta e clara definição do objeto.

O objeto que a Administração deseja adquirir é claro: adquirir os medicamentos constantes da revista ABCFARMA. Contudo existe a incerteza quanto ao momento em que irá ocorrer a demanda, bem como quanto à imprecisão da quantidade suficiente para suprir suas necessidades.

A incerteza não é uma característica que decorre do objeto (bem ou serviço), mas da demanda que informa a necessidade, fundamentalmente. Portanto, é a demanda que pode ser incerta, e não o objeto, sob o ponto de vista da sua definição, descrição ou especificação (configuração qualitativa). Se o objeto fosse incerto em relação à sua definição, ele nem poderia ser licitado, pois as pessoas que atuam no mercado não saberiam o que está sendo posto em disputa. Mas o objeto pode ser, por exemplo, impreciso, não exato no seu aspecto quantitativo.

Ressalta-se que a questão da estimativa da quantidade de objetos nas contratações que dependem de demanda incerta é muito delicada. Diante da incerteza, tanto é complicado fixar uma quantidade estimada quanto não estimá-la.

Conforme informado pelos Defendentes, a aquisição dos medicamentos pelo município de Ibitirama é feita separando-se os medicamentos em três grupos: medicamentos de uso primário (essenciais), medicamentos de alto custo e medicamentos intermediários.

Os medicamentos primários são àqueles essenciais para tratar as doenças mais comuns da população. Estes medicamentos fazem parte da Remune – Relação

²Em <http://www.abcfarma.org.br/sobre.asp>

Municipal de Medicamentos, que, por sua vez, é elaborada de acordo com o perfil epidemiológico da população do local.

Os medicamentos constantes da Remune são adquiridos por licitação, relacionando-se todos os medicamentos, bem como os quantitativos estimados. Na aquisição destes tipos de medicamentos é possível falar-se em "ganho em escala"³, uma vez que, conforme dito, são medicamentos essenciais para tratar as doenças mais comuns da população. O estabelecimento do quantitativo é feito a partir de dados de consumo histórico, perfil epidemiológico da população local. Tendo em vista que são medicamentos de uso constante é interessante para o município adquirir uma maior quantidade destes medicamentos e desta forma conseguir preços melhores. Os medicamentos de alto custo são considerados excepcionais e são custeados pelo Estado.

Já os medicamentos intermediários, objeto do Pregão em análise, são adquiridos conforme prescrição médica. Aqueles pacientes que comprovem carência de recursos podem apresentar a receita médica em uma unidade de assistência farmacêutica para obter o medicamento.

Assim, percebe-se que, de fato, para as aquisições de medicamentos intermediários, o estabelecimento de unidades e quantitativos torna-se inviável, haja vista que dependerá da prescrição do médico. O medicamento será adquirido na quantidade estabelecida especificamente para determinado paciente.

Desta forma, especificamente para as aquisições destes medicamentos intermediários não há que se falar em "ganho em escala", pois não é interesse do município adquirir grande quantidade de certo medicamento, mais apenas a quantidade estabelecida pelo médico para tratar determinado paciente.

Cumprido destacar que, muito embora não tenham sido estabelecidos os quantitativos estimados, foi determinado o valor máximo das aquisições, que seria de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Desta forma, embora o licitante não soubesse o quantitativo de cada produto, tinha o conhecimento de que as compras poderiam montar em até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)

O inciso II do § 7º do artigo 15 da Lei nº 8.666/93, exige "a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação".

³ Os preços dos medicamentos tendem a reduzir-se conforme o volume da compra efetuada. Dessa forma, a opção por realizar contratos de compra com volume maior, com prazo determinado e entregas parceladas costumam apresentar vantagens como regularidade no abastecimento, redução dos estoques e nos custos de armazenamento, garantia de medicamentos com prazos de validade favoráveis e execução financeira planejada e gradual.

Vê-se que o legislador não diz, em nenhum momento, que se não for viável estimar é para dar palpite. Ao contrário, o legislador diz que a estimativa deve ser feita "sempre que possível", ou seja, se impossível, é para não fazer. Não há nenhuma norma na ordem jurídica que obrigue a Administração a definir a quantidade do objeto de forma precisa ou estimada quando não for possível ou quando não houver critérios objetivos para tanto. Ressalta-se que a impossibilidade de não se conseguir estimar é exceção e como tal deve ser tratada.

Acrescenta-se que o registro de preços destina-se atender, de forma eficiente, às demandas da Administração caracterizadas pela marca da incerteza no tocante ao momento da sua efetiva ocorrência e/ou quantidade. Nesse sentido, o registro de preços é o instrumento legal que permite a melhor eficiência na gestão contratual, em razão de certas peculiaridades que caracterizam a demanda da Administração.

Relativamente à previsão constante no artigo 2-A da Lei 10.191/01, *in verbis*, cumpre enfatizar que o mesmo foi acrescido pela Lei 10.520/02, que instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a modalidade de licitação denominada pregão.

"Art. 2-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar, nas licitações de registro de preços destinadas à aquisição de bens e serviços comuns da área da saúde, a modalidade do pregão, inclusive por meio eletrônico, observando-se o seguinte:

I - são considerados bens e serviços comuns da área da saúde, aqueles necessários ao atendimento dos órgãos que integram o Sistema Único de Saúde, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais do mercado.

II - quando o quantitativo total estimado para a contratação ou fornecimento não puder ser atendido pelo licitante vencedor, admitir-se-á a convocação de tantos licitantes quantos forem necessários para o atingimento da totalidade do quantitativo, respeitada a ordem de classificação, desde que os referidos licitantes aceitem praticar o mesmo preço da proposta vencedora.

III - na impossibilidade do atendimento ao disposto no inciso II, excepcionalmente, poderão ser registrados outros preços diferentes da proposta vencedora, desde que se trate de objetos de qualidade ou desempenho superior, devidamente justificada e comprovada a vantagem, e que as ofertas sejam em valor inferior ao limite máximo admitido."

Desta forma, cumpre tecermos alguns esclarecimentos quanto à aplicação subsidiária da Lei 8.666/93 para os procedimentos regidos pela Lei 10.520/02.

O artigo 9º da Lei 10.520/02 assinala que se aplicam subsidiariamente, para a modalidade pregão as normas da Lei nº 8.666/93. Portanto, no que tange ao pregão, em princípio, deve-se obedecer a Lei nº 10.520/2002. Nas situações em que ela for omissa, deve-se recorrer às normas e às soluções da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho esclarece que:

"a edição da lei especial produz o efeito de subtrair o setor específico disciplinado da lei geral. Esse efeito não significa, no entanto, a impossibilidade de aplicação da lei geral naquilo que não for incompatível com a lei especial. Já a disciplina do pregão envolve legislação especial, cujo campo de incidência é delimitado e restrito. De regra, aplicam-se ao campo do pregão as normas da legislação específica. No entanto, a interpretação dos institutos do pregão deve se dar à luz dos princípios e soluções consagradas na Lei nº 8.666. Em muitos casos, as disposições da Lei nº 8.666 deverão ser aplicadas diretamente. É o caso dos dispositivos acerca da habilitação, análise das propostas e outros. Na omissão da legislação acerca do pregão, o aplicador deverá recorrer à Lei de Licitações, fazendo incidir as normas correspondentes, desde que compatíveis com a sistemática e o espírito do pregão". (JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão – Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 267-268.) (grifo nosso)
exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

Considerando que o inciso II do § 7º do artigo 15 da Lei nº 8.666/93, exige "a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, **sempre que possível**, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação", entende-se que a interpretação do inciso II do artigo 2-A da Lei 10.191/01 deve se dar à luz das soluções consagradas na Lei nº 8.666/93. Ou seja, **sempre que possível** será estabelecido o quantitativo estimado.

Por fim, insta frisar que o artigo 196 da Constituição Federal estabelece que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Desta forma, verifica-se que o direito à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todas as pessoas pela Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Nesse sentido cita-se a seguinte decisão do STF:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo. (AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012.)

Diante do exposto, considerando que o objeto foi definido de forma clara e sucinta e que a determinação do quantitativo, especificamente para o presente caso, não era possível/viável de ser mensurado, entende-se pelo **afastamento da irregularidade**.

No que tange ao **risco de se privilegiar determinados fornecedores e da burla à vedação legal de indicação de marca** (Referência: item II da ITI 878/2011 e item 2, letra "b" da ITI 1078/2011), foram infringidos os artigos 3º, 7º, §2º, inciso II, 14, 15 inciso V e §§1º e 7º, inciso I, todos da Lei 8.666/93, 3º inciso II da Lei 10.520/02 e 2ªA da Lei 10.191/01.

Segundo a área técnica:

"A Prefeitura Municipal de Ibitirama ao deixar de especificar no Edital os medicamentos que serão adquiridos durante a vigência da ata de preço, abriu temerária possibilidade de que determinados fornecedores sejam privilegiados, vez que o encarte da revista ABC Farma traz o elenco de vários medicamentos com o mesmo princípio ativo e com a mesma indicação terapêutica, possibilitando-se que a administração escolha qualquer um deles, não necessariamente o de menor preço."

No que se refere a esta mesma irregularidade, manifestou-se o Ministério Público de Contas no sentido de que

"De acordo com os autos, verifica-se que o registro de preços de todos os medicamentos publicados na revista citada facilita a burla aos princípios da vedação à escolha de marca, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa. Se a caracterização do objeto que se pretende registrar não for completa, renderão omissões, equívocos entre os licitantes na elaboração das propostas e prejuízos para a Administração. Deste modo, ao cotar todos os medicamentos da Revista ABC Farma, a Administração transfere irregularmente toda a responsabilidade para o médico na hora de receitar, correndo-se o risco de ser adquirido o medicamento mais caro entre os eficazes para curar uma mesma patologia. Corre-se o risco até mesmo de privilegiar determinada marca".

Ressalta ainda que, em respeito ao o § 7º do artigo 15 da Lei nº. 8.666/93, o instrumento convocatório do Pregão Eletrônico nº. 53/2011 em exame deveria conter:

"(i) Especificação completa do bem a ser adquirido, sem indicação de marca: O encarte da revista ABC Farma traz o elenco de vários medicamentos com o mesmo princípio ativo e com a mesma indicação terapêutica, possibilitando que a Administração escolha qualquer um deles, não necessariamente o de menor preço. Esta exigência inclui

ainda a previsão de unidade de medida utilizada para aquisição dos itens, ou seja, a forma como o fornecedor os disponibiliza para venda. Ex: caixas, KG, ML, frasco etc;

(ii) Definição de unidades e quantidades de acordo com o consumo e utilização prováveis: de acordo com Jessé Torres Pereira Junior, tais dados seriam apurados segundo técnicas de controle de estoque, sobejamente conhecidas da Cadeira da Administração de Materiais, que integra o currículo obrigatório dos cursos superiores de Administração, infelizmente negligenciadas na Administração Pública Municipal”.

A presente questão refere-se à possibilidade do poder público privilegiar determinados fornecedores, haja vista que o encarte da revista ABCFARMA traz o elenco de vários medicamentos com o mesmo princípio ativo e com a mesma indicação terapêutica, possibilitando-se que a administração escolha qualquer um deles, não necessariamente o de menor preço.

Conforme abordado no item anterior os medicamentos a serem adquiridos por meio do Pregão 053/2011 são medicamentos intermediários que serão **prescritos pelo médico**. Desta forma, a municipalidade irá adquirir o medicamento descrito no receituário médico. Não há qualquer interveniência da administração na definição do medicamento. O médico é que define qual medicamento seu paciente irá utilizar e a administração, de posse do receituário, irá adquiri-lo.

Assim, entende-se pelo **afastamento da irregularidade**.

Acerca da **ilegalidade de adoção do critério menor preço por lote por meio do maior percentual de desconto sobre a Revista ABC Farma – Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico** (Referência: item III da ITI 878/2011 e item 2, letra “c” da ITI 1078/2011), foram violados os artigos 3º, 7º, §2º, inciso II, 15 inciso V e §1º, 23, caput, 40, incisos II e X e §2º, 43, inciso IV, todos da Lei 8.666/93 bem como os princípios da economicidade e transparência.

Menciona a área técnica que:

“(…) a Prefeitura Municipal de Ibitirama não poderia utilizar a Revista ABC Farma – Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico como parâmetro para as contratações públicas, haja vista que se dirige ao mercado varejista.

Apontou-se, ainda, que para um órgão público realizar uma licitação por lotes, ao invés de por itens (regra geral à luz do art. 15, IV da Lei 8.666/93), deve haver a devida fundamentação, que demonstre a vantajosidade, amparado em estudo que evidencie a viabilidade técnica e/ou econômica”.

Com referência à mesma irregularidade, entende o Ministério Público Especial de Contas que:

"Consoante manifestação da área técnica, deveria ter sido adotado o procedimento previsto pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, disposto na Resolução nº. 03/2011, publicada pela CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, em que dispõe acerca da necessidade de que o Preço Máximo de Venda ao Governo seja o Preço de Fábrica e não o Preço Final ao Consumidor, devendo ser aplicado o Coeficiente de Adequação de Preço – CAP. No mesmo sentido, a Orientação Interpretativa nº 2, de 13 de novembro de 2006, da CMED, estabelece que em qualquer operação de venda efetivada pelas empresas produtoras de medicamentos ou pelas distribuidoras, destinada tanto ao setor público como ao setor privado, deverá ser respeitado, para venda, o limite do Preço Fabricante. Assim, todo fornecimento de medicamentos para entes da Administração Pública, mesmo que efetuado por farmácias e drogarias, deve respeitar o limite do Preço Fabricante ou o Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, nos casos de obrigatoriedade de aplicação do Coeficiente de Adequação de Preço – CAP".

Aduz, ainda, o representante do o Ministério Público Especial de Contas que:

o "dano, embora não liquidado neste autos, ele é potencial, haja vista que é incontroverso que a medicação objeto do registro de preço vem sendo adquirida pelo município mediante desconto sobre o preço fixado para o consumidor final.

Neste caso, torna-se imperioso que o município adote as providências necessárias em face da Drogaria São José visando ressarcir ao erário eventuais valores pagos em desacordo com as normas da CMED".

Na presente questão o ente licitante utilizou, como critério de seleção da proposta mais vantajosa, o maior percentual de desconto sobre a tabela de preços ao consumidor da revista ABC FARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico), tendo o Representante entendido que tal parametrização reveste-se insuficiente.

A adoção da tabela da ABCFARMA não se perfaz como a melhor solução para o gestor público eis que traz parâmetros de fixação de preços aplicados para vendas ao consumidor (compras no varejo) e não aos órgãos e entes da Administração Pública (compras no atacado).

A necessidade de se criar parâmetros mais adequados para a seleção de preços nas compras de medicamentos, realizadas pelo Poder Público, sempre esteve presente e é de curial importância para os órgãos de controle. Atualmente, existem no país, duas grandes bases de dados referentes a preços de remédios, quais sejam: o

Banco de Preços em Saúde (BPS) e a base de dados da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED).

Segundo informação disponível na rede mundial de computadores⁴, o Banco de Preços em Saúde (BPS), administrado pelo Ministério da Saúde, é um "(...) *sistema informatizado que registra, armazena e disponibiliza por meio da internet os preços de medicamentos e produtos para a saúde, que são adquiridos por instituições públicas e privadas cadastradas no sistema. Os preços são inseridos pelas próprias instituições e representam os valores pagos no momento da compra daqueles bens. Além de tornar públicas as informações sobre os preços, o sistema proporciona a visualização de relatórios gerenciais, visando auxiliar as instituições na gestão de seus recursos financeiros*".

Ocorre que, nas várias discussões geradas pela busca da melhor parametrização de preços para compra de medicamentos, o E. Tribunal de Contas da União reconheceu – no Acórdão 1146/2011 – Plenário - que haveria limitações quanto à utilização do Banco de Preços em Saúde (BPS), do Ministério da Saúde, dentre outras razões, pelo fato daquele não representar "(...) *o valor de mercado, mas sim, o preço de uma venda ao mercado, que pode ser baixo ou alto. O preço ali inserido pode ser muito bom ou muito ruim, podendo representar uma parcela infinitamente pequena do mercado. Por esse motivo, adotar os valores inseridos no Banco de Preços em Saúde como parâmetro para as compras governamentais pode vir a se tornar um risco, na medida em que esses valores possam também representar o valor de aquisição mais elevado*"⁵.

No mesmo Acórdão o C. Plenário do TCU deixou consignado 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 o 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*" (grifamos).

A Lei Federal nº 10.742/2003, criou⁶ a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, dando-lhe competência para "*estabelecer critérios para a fixação e ajuste de preços de medicamentos*"⁷.

⁴ Disponível no sítio http://portal.saude.gov.br/portal/saude/Gestor/area.cfm?id_area=939

⁵ Fonte: Acórdão nº 1146/2011 TCU – Plenário que pode ser visto em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110512/AC_1146_15_11_P.doc

⁶ Lei nº 10.742/2003 - Art. 5º Fica criada a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, do Conselho de Governo, que tem por objetivos a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor.

Dessa forma, ante a necessidade da criação de parâmetros de aceitabilidade de preços na aquisição de medicamentos pelo Poder Público foram editadas, pela CMED, as Resoluções nsº 2/2004 e 4/2006⁸.

O artigo 1º da Resolução nº 4/2006 da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, estabelece que, *in verbis*:

Art. 1º As distribuidoras, as empresas produtoras de medicamentos, os representantes, os postos de medicamentos, as unidades volantes, as farmácias e drogarias deverão **aplicar o Coeficiente de Adequação de Preço - CAP ao preço dos produtos** definidos no art. 2º desta Resolução, sempre que realizarem **vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.**

§1º **O CAP**, previsto na Resolução nº. 2, de 5 de março de 2004, **é um desconto mínimo obrigatório a ser aplicado sempre que forem realizadas vendas de medicamentos destinadas aos entes descritos no caput.**

§2º **A aplicação do CAP sobre o Preço Fábrica – PF resultará no Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG.**

§3º O CAP será aplicado sobre o PF.

Da exegese do dispositivo acima reproduzido tem-se que:

- O “Coeficiente de Adequação de Preço – CAP” funciona como um índice redutor – um desconto mínimo obrigatório – aplicado sobre o “Preço Fábrica” do medicamento.
- O “Coeficiente de Adequação de Preço – CAP” é um percentual incidente sobre o “Preço Fábrica” do medicamento (art. 1º, § 3º da Res. CMED 04/2006), e é definido anualmente.
- O “Coeficiente de Adequação de Preço – CAP” deve ser aplicado, a determinados produtos e medicamentos, nas vendas destinadas ao setor público, mesmo quando a venda seja realizada por farmácias e drogarias.
- Com a aplicação do “CAP” sobre o “Preço Fábrica” do medicamento tem-se o denominado “Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG)”.

Ocorre, que **o “Coeficiente de Adequação de Preço – CAP” não é aplicado a todos os medicamentos, mas sim aqueles referenciados no artigo 2º da Resolução CMED 03/2011⁹**, que assim dispõe:

⁷ Lei nº 10.742/2003 - Art. 6º, inciso II.

⁸ Disponível em:

http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/3596820047458d4b967bd63fbc4c6735/RE_n_4_18_de_dezembro_de_2006.pdf?MOD=AJPERES

Art. 2º O CAP poderá ser aplicado ao preço de produtos, de acordo com decisão do Comitê Técnico-Executivo, nos seguintes casos:

I- Produtos que estejam ou venham a ser incluídos no "Programa de Componente Especializado da Assistência Farmacêutica", conforme definido na Portaria nº. 2.981, de 26 de novembro de 2009;

II- Produtos que estejam ou venham a ser incluídos no Programa Nacional de DST/AIDS.

III- Produtos que estejam ou venham a ser incluídos no Programa de Sangue e Hemoderivados.

IV- Medicamentos antineoplásicos ou medicamentos utilizados como adjuvantes no tratamento do câncer.

V- Produtos comprados por força de ação judicial, independente de constarem da relação de que trata o § 1º deste artigo.

VI- Produtos classificados nas categorias I, II e V, de acordo com o disposto na Resolução nº 2, de 5 de março de 2004, desde que constem da relação de que trata o § 1º deste artigo.

A tabela contendo o "Preço Máximo de Venda ao Governo", (ou seja, referente aos medicamentos nos quais incide o desconto do "CAP") e o "Preço Fábrica" é editada pela CMED e publicada através do sítio eletrônico da Anvisa. No mesmo site é publicada a tabela contendo o "Preço Máximo ao Consumidor".

Portanto, temos três critérios de preços aplicáveis a medicamentos: o "Preço Fábrica¹⁰ (PF)" (também denominado "Preço Fabricante"); o "Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG)" e o "Preço Máximo ao Consumidor¹¹".

O que nos interessa aqui é definir qual critério de preço será aplicado às compras do setor público.

Nesse passo, vale asseverar que a Resolução CMED 03/2011, em seu artigo 1º, estabelece a obrigatoriedade de aplicação do "CAP" (coeficiente de adequação de preço) aos produtos constantes no já citado artigo 2º da mesma Resolução, senão vejamos:

Art. 1º As distribuidoras, as empresas produtoras de medicamentos, os representantes, os postos de medicamentos, as unidades volantes, as farmácias e drogarias, deverão aplicar o Coeficiente de Adequação de Preço - CAP ao preço dos produtos definidos no art. 2º desta Resolução, sempre que realizarem vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁹Disponível em:

http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/7c115100474592f69b1cdf3fbc4c6735/resolucao_03-2011.pdf?MOD=AJPERES

¹⁰ O Preço Fábrica ou Preço Fabricante 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. Fonte: http://cvirtual-economia.saude.bvs.br/tiki-view_faq.php?faqId=7#q28

¹¹ O Preço Máximo ao Consumidor é aquele praticado pelas farmácias e Drogarias. O PMC é o preço máximo permitido para venda ao consumidor e inclui os impostos incidentes. Fonte: idem.

Como já vimos, o fator de desconto ("CAP") incide sobre o "Preço Fábrica" do produto gerando o "Preço Máximo de Venda ao Governo". Entretanto, conforme já deixamos consignado, nem todos os medicamentos ou produtos voltados para a área médica são abrangidos pelo "CAP", **ou seja, nem todos os medicamentos se enquadram no critério do "Preço Máximo de Venda ao Governo"**.

Dito isto, qual seria então o critério a ser adotado no caso de medicamento ou produto voltado para uso médico não abrangido pelo fator de desconto "CAP"? Para respondermos a esta indagação devemos trazer ao lume a elucidativa Orientação Interpretativa nº 02/2006 da CMED, que assim dispõe:

Orientação Interpretativa nº 02, de 13 de novembro de 2006

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.**

Preço Fabricante é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz (...) (grifamos).

Dessa forma, no que tange à adoção de parâmetros para a compra de medicamentos e produtos congêneres, por entes e órgãos públicos, chegamos às seguintes conclusões:

- Quando os produtos se enquadrarem dentre aqueles encartados no artigo 2º da Resolução CMED 03/2011 – ou seja, quando abrangidos pela aplicação do coeficiente de adequação de preço (CAP) - o teto máximo de preços será o "Preço Máximo de Venda ao Governo", constante na tabela¹² publicada pela ANVISA;
- Quando os produtos não sofrerem a incidência do coeficiente de adequação de preço (CAP) o teto máximo de preços será o "Preço Fábrica", também denominado "Preço Fabricante", constante nas tabelas publicadas no sítio eletrônico¹³ da ANVISA;

12

http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/9e11b48048696d5594a59d2bd5b3ccf0/Lista_conformidade_gov_140312.pdf?MOD=AJPERES

13

http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/home!ut/p/c5/hY_bUoMwGISfxQfo5BcITC_ThBlx5aBtOdwwpCnIkBKUjmZ4enG8tu5efrOzu6hEi4f6s2vra2eGWqMclbiiAeGPngAAvKHwFLgRdtMYIL5felEr-EME_kmHqGy1kUtPxx69ZYa0zGcv07wBzaUTxibo_JDKdFckwt0ID32j1nbveYaSAqxMyqmdWWpXxzHdfuiBNnjshiz2t-KyZ3164ErdBRfEKk9XFdi8qNnorkQJ5tgWb3xwx3Kfj7fWOn88hsfl24uZzRe8vncN-QbsV67IA!!/?1dmy&urile=wcm%3apath%3a/anvisa+portal/anvisa/pos+-+comercializacao+-+pos+-+uso/regulacao+de+mercado/publicacao+regulacao+economica/listas+de+precos+de+medicamentos+03

- Não se aplica o parâmetro “Preço Máximo ao Consumidor” nas compras de produtos realizadas por entes e órgãos da Administração Pública Direta e Indireta.

Aliás, a sistemática acima referida consta do próprio portal eletrônico da ANVISA que assim enuncia:

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.** Esta Lista, que será atualizada todo mês, abrange, inicialmente, apenas os preços de monodrogas. Os Preços Fábrica (PF) das apresentações que contém dois ou mais princípios ativos em associação poderão ser consultados no item 1) Preços de Medicamentos (Preço Fábrica e Preço Máximo ao Consumidor) (grifamos).

Voltando ao fato relatado pelo Representante, relativo ao parâmetro utilizado para a seleção da proposta mais vantajosa, tendo em vista que na revista ABCFARMA existem os critérios do “Preço Fábrica” e do “Preço Máximo ao Consumidor” – entende-se que somente seria possível a utilização da tabela de preços de medicamentos ABCFARMA como parâmetro para as compras realizadas pela Administração Pública quando o critério estabelecido fosse o **“Preço Fábrica”**.

Insta destacar que ao compararmos os valores dos medicamentos adquiridos (fl. 294) com o constante na revista ABCFARMA (fl. 305), verifica-se que o preço utilizado com base para a aplicação do desconto de 29% **foi o Preço Máximo ao Consumidor – PMC¹⁴**, o que, conforme acima exposto, não é aplicável às compras de medicamentos realizadas pela Administração Pública.

Relativamente à responsabilização do parecerista, considerando que se trata de parecer obrigatório decorrente de expressa previsão legal, conforme parágrafo único do artigo 38 da lei 8.666/93, entende-se que o parecerista é solidariamente responsável com os gestores pelo que foi praticado, não se podendo falar em parecer apenas opinativo.

Nesse sentido, citamos o seguinte entendimento do TCU:

¹⁴ Com base na revista ABC Farma constante dos autos, não foi possível calcular os valores exatos dos medicamentos adquiridos. Desta forma, fizemos um cálculo aproximado.

(...)

"da leitura do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993 (examinar e aprovar), combinada com a do art. 11 da Lei Complementar 73/1993 (examinar prévia e conclusivamente), depreende-se que, para prática dos atos nele especificados, o gestor depende de pronunciamento favorável da consultoria jurídica, revelando-se a aprovação verdadeiro ato administrativo. Sem ela, o ato ao qual adere é imperfeito". Dessa forma, "ao examinar e aprovar (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93), ou de outra forma, ao examinar prévia e conclusivamente (art. 11 da LC 73/93) os atos de licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade PESSOAL E SOLIDÁRIA pelo que foi praticado, não se podendo falar em parecer apenas opinativo". Precedentes citados: Acórdãos nos 462/2003 e 147/2006, ambos do Plenário. Acórdão n.º 1337/2011-Plenário, TC-018.887/2008-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.05.2011.

Pelo exposto, entende-se pela **manutenção da irregularidade**.

Todavia, em análise aos autos observa-se que os fatos apontados remetem-se ao exercício de 2011, cabendo-nos perquirir, portanto, a respeito da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal.

A Lei Complementar nº 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo) dispõe, em seu art. 71, sobre os prazos em que se verificará a ocorrência de prescrição:

Art. 71. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

§ 1º A prescrição poderá ser decretada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

§ 2º Considera-se a data inicial para a contagem do prazo prescricional:

I - da autuação do feito no Tribunal de Contas, nos casos de processos de prestação e tomada de contas, e nos casos em que houver obrigação formal de envio pelo jurisdicionado, prevista em lei ou ato normativo, incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;

II - da ocorrência do fato, nos demais casos.

§ 3º Suspende a prescrição a determinação de diligência no processo, até o seu total cumprimento.

§ 4º Interrompem a prescrição:

I - a citação válida do responsável;

II - a interposição de recurso.

§ 5º A prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas para a verificação da ocorrência de prejuízo ao erário, nem obsta a adoção de medidas corretivas (grifou-se).

Com efeito, verifica-se que a LC 621/2012, ao tratar da prescrição, refere-se expressamente à pretensão punitiva, não alcançando as demais funções do Tribunal de Contas, quais sejam, a fiscalizadora, a consultiva, a informativa, a judicante, a sancionadora, a corretiva, a normativa e a de ouvidoria¹⁵.

¹⁵ Nesse sentido, a lição do TCU: "As funções básicas do Tribunal de Contas da União podem ser agrupadas da seguinte forma: fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria". Disponível em

Tal dispositivo foi regulamentado no Regimento Interno da Corte, a Res. TC 261/2013, que prevê que:

Art. 374. Quando a prescrição alcançar a pretensão sancionatória, mas subsistir o dever de ressarcimento ao erário ou a necessidade de expedir determinação ao responsável para o exato cumprimento da lei, o processo deverá ser julgado ou apreciado pelo colegiado.

Assim, diante de fatos ocorridos protocolada há mais de cinco anos, o Tribunal fica tolhido apenas de impor medidas sancionatórias, mas não de corretivas, como a imposição de ressarcimento e a expedição de recomendações e determinações.

Em exame aos autos, verifica-se que os indícios de irregularidade apontados na **Instrução Técnica Inicial ITI 878/2011 e Instrução Técnica Inicial Complementar ITI 1078/2011**, não impõem ressarcimento.

Tendo a citação como causa de interrupção, observa-se as seguintes datas de juntada dos termos das citações dos responsáveis indicados nas mencionadas Instruções Técnicas Iniciais:

- Sr. Javan de Oliveira Silva, Termo de Citação n.º 1174/2011, juntado aos autos em 16/11/2011(fl 230);
- Sr. Josimar Xavier da Costa, Termo de Citação n.º 1174/2011, juntado aos autos em 16/11/2011(fl. 230);
- Sr. Vitor Nasser Fonseca, Termo de Citação n.º 0162/2012, juntado aos autos em 13/02/2012 (fls.268).

Neste processo a citação da empresa Drogaria São José foi proposta por considerá-la terceira interessada, visto a possível decisão pela nulidade do certame licitatório em questão e do contrato, mas não lhe sendo imputada responsabilidade, de sorte que não seria alcançada pelo poder punitivo desta Corte de Contas.

Desta foram, considerando as datas de juntada dos termos de citação dos responsáveis, observa-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas em 13 de fevereiro de 2017.

Assim, estando a aplicação de pena de multa extinta pelo advento da prescrição, e não se vislumbrando necessidade de expedição de determinações, torna-se infrutífero o cotejo das teses de defesa apresentadas, acerca das supostas irregularidades.

III – DECISÃO

Face ao exposto concordando com o entendimento da área técnica e com o opinamento do Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** nos seguintes termos:

1 – Pela procedência parcial da Representação, mantendo-se a irregularidade apontada no item 2.3 da ITC 5398/2012-7:

3.1 Da ilegalidade de adoção do critério menor preço por lote por meio do maior percentual de desconto sobre a Revista ABCFarma – Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico

Infringência: artigos 3º, 7º, §2º, inciso II, 15 inciso V e §1º, 23, caput, 40, incisos II e X e §2º, 43, inciso IV, todos da Lei 8.666/93, princípios da economicidade e transparência.

Responsáveis:

Javan de Oliveira Silva – Prefeito Municipal

Josimar Xavier Costa – Pregoeiro Oficial

Vitor Nasser Fonseca- Advogado Público Municipal

2 – Por deixar de aplicar, com fulcro no art. 135 da LC nº. 621/12 c/c art. 166, I, da Res. TC nº. 182/02, vigentes à época dos fatos, **multa pecuniária individual** aos srs. JAVAN DE OLIVEIRA SILVA – Prefeito Municipal; JOSIMAR XAVIER COSTA – Pregoeiro Oficial; e, VITOR NASSER FONSECA – Advogado Público Municipal em razão da decretação da prescrição da pretensão punitiva;

3 – determinar ao Executivo Municipal de Ibitirama:

3.1 – que promova a devida caracterização dos objetos licitatórios, definindo-os de forma precisa, suficiente e clara, tal como dispõe o artigo 3º, II, da Lei nº. 10.520/2002 e artigo 14 e 15 da Lei nº. 8.666/93;

3.2 – que se abstenha de licitar ou registrar preços de todos os medicamentos constantes de revistas especializadas ou listas publicadas por órgãos oficiais, sem a comprovada necessidade de demanda e especificação de quantitativos;

3.3 – que utilize nos procedimentos de aquisição de medicação os parâmetros adotados pela CMED, atendidas, especialmente, as normas **relativas ao preço máximo de venda para o setor público;**

3.4 – que, em caso de não observância das resoluções da CMED pelos fornecedores de medicamentos, quando de compras efetuadas

pelo setor público, comunique o gestor o fato à Câmara Legislativa Municipal e ao Ministério Público Federal e Estadual, sob pena de responsabilização por aquisição antieconômica e pela devolução dos recursos pagos acima do teto estabelecido pelos normativos da CMED;

4 – que as determinações expedidas nestes autos sejam objeto de monitoramento pela Unidade Técnica competente;

6 - Cientifique-se o representante do teor do acórdão a ser proferido nos termos do art. 307, §7º da Resolução nº261/2013.

7 - Após a confecção do acórdão deste julgamento, **remetam-se os autos ao ilustre representante do Ministério Público de Contas** nos termos do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012.

8 - Após certificado o trânsito em julgado administrativo, arquivem-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-6542/2011, **ACORDAM** os Srs. conselheiros da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia dezenove de abril de dois mil e dezessete, à unanimidade, nos termos do voto do relator, conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges:

1. Considerar parcialmente procedente a presente Representação, **mantendo-se a irregularidade** apontada no item 2.3 da ITC 5398/2012-7: 3.1 Da ilegalidade de adoção do critério menor preço por lote por meio do maior percentual de desconto sobre a Revista ABCFarma – Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico. Infringência: artigos 3º, 7º, §2º, inciso II, 15 inciso V e §1º, 23, caput, 40, incisos II e X e §2º, 43, inciso IV, todos da Lei 8.666/93, princípios da economicidade e transparência. Responsáveis: Javan de Oliveira Silva, Josimar Xavier Costa e Vitor Nasser Fonseca;

2. Deixar de aplicar multa pecuniária individual aos Srs. Javan de Oliveira, Josimar Xavier Costa e Vitor Nasser Fonseca em razão da decretação da prescrição da pretensão punitiva, com fulcro no art. 135 da Lei Complementar 621/12 c/c art. 166, I, da Res. TC 182/02, vigentes à época dos fatos;

3. Determinar ao Executivo Municipal de Ibitirama, que deverá ser objeto de monitoramento pela Unidade Técnica competente que:

3.1 promova a devida caracterização dos objetos licitatórios, definindo-os de forma precisa, suficiente e clara, tal como dispõe o artigo 3º, II, da Lei nº. 10.520/2002 e artigo 14 e 15 da Lei nº. 8.666/93;

3.2 se abstenha de licitar ou registrar preços de todos os medicamentos constantes de revistas especializadas ou listas publicadas por órgãos oficiais, sem a comprovada necessidade de demanda e especificação de quantitativos;

3.3 utilize nos procedimentos de aquisição de medicação os parâmetros adotados pela CMED, atendidas, especialmente, as normas relativas ao preço máximo de venda para o setor público;

3.4 em caso de não observância das resoluções da CMED pelos fornecedores de medicamentos, quando de compras efetuadas pelo setor público, comunique o gestor o fato à Câmara Legislativa Municipal e ao Ministério Público Federal e Estadual, sob pena de responsabilização por aquisição antieconômica e pela devolução dos recursos pagos acima do teto estabelecido pelos normativos da CMED;

4. Dar ciência ao representante;

5. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

Composição

Reuniram-se na Segunda Câmara para deliberação os senhores conselheiros Sérgio Manoel Nader Borges, presidente, Domingos Augusto Taufner e José Antônio Almeida Pimentel. Presente, ainda, o senhor procurador especial de contas Luis

Henrique Anastácio da Silva, em substituição ao procurador-geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 19 de abril de 2017.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

Fui presente:

PROCURADOR ESPECIAL DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Em substituição ao procurador-geral

EDUARDO GIVAGO COELHO MACHADO

Secretário-adjunto das sessões