

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL N. 898653

- Procedência:** Assessoria para Coordenação de Fiscalização Integrada – SURICATO
- Referência:** Aquisição de medicamentos, pelo Município de Congonhas, no período de 01/01/2012 a 31/12/2012
- Responsáveis:** Adelson Miro da Silva, Anderson Costa Cabido, Betânia Cherulli Dias, Claudiane Marques Nicolau, José de Freitas Cordeiro, Wellington José de Oliveira
- Procuradores:** Camilla Santos Torrecillas de Almeida, OAB/MG 122.582; Christiane Linhares Vale, OAB/MG 83.412; Frederico Macedo Garcia, OAB/MG 104.527; Mayram Azevedo Batista da Rocha, OAB/MG 79.941; Viviane Macedo Garcia, OAB/MG 80.902
- MPTC:** Procuradora Sara Meinberg
- RELATOR:** CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

EMENTA

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. EXCLUSÃO DA RELAÇÃO JURÍDICO PROCESSUAL DA EMPRESA FORNECEDORA E DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. REJEITADAS. MÉRITO. NÃO REALIZAÇÃO DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS E FALTA DE ADOÇÃO DA TABELA DE PREÇOS CMED/ANVISA. DANO AO ERÁRIO NÃO CONFIGURADO. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. IRREGULARIDADES NO EDITAL. FALTA DE ESPECIFICAÇÃO DETALHADA DOS MEDICAMENTOS E QUANTITATIVOS A SEREM ADQUIRIDOS, FALTA DE COMPROVAÇÃO DE PESQUISA DE PREÇOS E NÃO OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS DE REGÊNCIA DO ÓRGÃO REGULADOR CMED/ANVISA. RECOMENDAÇÕES À ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL.

1. O particular que tenha dado causa a irregularidade da qual resultou dano pode ser responsabilizado e condenado a ressarcir o prejuízo ao erário, conforme assentado por este Tribunal de Contas no Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 969.520.
2. Não provimento à solicitação de exclusão da relação jurídico-processual do Prefeito Municipal à época, tendo em vista a sua participação na homologação e na adjudicação da licitação destinada à compra dos medicamentos.
3. A aquisição de medicamentos a preços acima dos valores máximos referenciais fixados pelo órgão regulador e não precedida por ampla pesquisa de preços praticados pelo mercado e dos valores constantes do Banco de Preços em Saúde - BPS pode caracterizar dano ao erário, impondo-se, na sua ocorrência, o ressarcimento do montante apurado como superior ao devido pelos agentes públicos e pelos particulares fornecedores do objeto licitado, uma vez que ambos podem igualmente serem responsabilizados pelo evento danoso.
4. Desconsiderado o apontamento referente à ocorrência de sobrepreço nas aquisições de medicamentos, uma vez que não foram identificados nos autos quaisquer documentos comprobatórios da realização de ampla pesquisa de preços de mercado, que corroborasse a exatidão dos valores máximos admitidos como único parâmetro para a apuração de sobrepreço,

entende-se como inapropriada a utilização apenas da tabela da CMED como referencial para a alegação de compras antieconômicas dadas as graves distorções nela contidas.

Primeira Câmara
39ª Sessão Ordinária – 10/12/2019

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Tomada de Contas Especial decorrente de fiscalização iniciada pela Assessoria para Coordenação de Fiscalização Integrada – SURICATO, após notificação autônoma proveniente da malha eletrônica de compras públicas. Teria sido objeto da irregularidade a aquisição de medicamentos, no valor de R\$ 67.507,58, por parte da Prefeitura Municipal de Congonhas, no período entre 01/01/2012 e 31/12/2012, sob a responsabilidade do Sr. Anderson Costa Cabido, Chefe do Poder Executivo Municipal à época.

Devidamente citado (fls. 18/19), submeteu o gestor municipal sua defesa (fls. 35/42) pugnando pela sua ilegitimidade passiva, porquanto teria sido ordenadora das despesas a Secretária de Saúde à época.

A unidade técnica, em análise (fls. 54/61) concluiu pela imputação de responsabilidade solidária da Sra. Claudiane Marques Nicolau, Secretária Municipal de Saúde à época, bem como do representante legal da empresa fornecedora, TOTALMED Distribuidora Farmacêutica Ltda., recomendando a citação de ambos. Opinou, também, pela manutenção da responsabilidade do Prefeito Municipal.

Em resposta, argumentou a ex-Secretária Municipal de Saúde (fls. 81/268) pela responsabilização da sociedade empresária contratada em relação à suposta aquisição antieconômica, porquanto não teria observado os limites de preços impostos pela ANVISA. Citado como representante da TOTALMED, informou o Sr. Wellington José de Oliveira (fl. 70) não ser o representante legal da empresa, atribuindo, conforme a documentação encaminhada (fls. 71/79), a representação à Sra. Betânia Cherulli Dias.

Conforme recomendação do órgão técnico (fl. 271/272), procedeu esta relatoria, às fls. 274/274v, à citação da responsável legal da distribuidora farmacêutica em questão. Defendeu-se a TOTALMED (fls. 294/314) sob o argumento de que uma das autorizações de compra, usadas a título de faturamento dos medicamentos, veio a apresentar erro material quando de sua confecção, o que gerou, então, o descompasso de valores.

O órgão técnico, em seu parecer conclusivo (fls. 316/324), entendeu pela irregularidade das contas e posicionou-se favoravelmente à restituição do valor apurado. Atribuiu, ainda, responsabilidade solidária pelo dano a TOTALMED e aos agentes públicos envolvidos, quais sejam, o ex-Prefeito e a ex-Secretária de Saúde.

A representante do Órgão Ministerial, em seu parecer, às fls. 326/328, ratificou o parecer da unidade técnica.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 Preliminar de ilegitimidade passiva - TOTALMED Distribuidora Farmacêutica Ltda.

Instado nos autos na qualidade de representante legal da TOTALMED Distribuidora Farmacêutica Ltda., procedeu o Sr. Wellington José de Oliveira à apresentação de sua defesa a fl. 70.

Cumpra ressaltar, de plano, que restou frustrada a citação da sociedade empresária, porquanto não seria o Sr. Wellington José de Oliveira seu representante legal – mas mero preposto em dadas ocasiões de licitação. Na ocasião, foi apontada como efetiva representante legal da sociedade (71/79) a Sra. Betânia Cherulli Dias – que fora posteriormente citada e apresentou defesa.

Ex positis, entende esta relatoria por afastar o Sr. Wellington José de Oliveira da relação processual porquanto nesta não deveria figurar.

Por meio de sua representante legal a empresa TOTALMED, alega em síntese que os faturamentos dos medicamentos, eram realizados de acordo com as Autorizações de Compras, emitidas pela Prefeitura Municipal de Congonhas, conforme quantitativos necessários para o atendimento, observados os valores indicados no termo contratual.

Assinalou-se que só poderiam ser faturados os produtos e emitidas as notas fiscais, mediante as indicações constantes das autorizações de compra, inclusive quanto aos preços indicados, de modo a não destoar das notas de empenho emitidas pelo ente público.

A mencionada empresa informa inexistir divergência entre os valores recebidos por ela e as notas fiscais apresentadas nos autos, o que evidenciaria que não teria praticado qualquer irregularidade.

A Unidade Técnica no reexame assinalou:

Assim sendo, nos termos da mencionada legislação, o TCU, em reiteradas decisões, já deliberou que na hipótese de ocorrência de superfaturamento de preços, a empresa contratada deve ser condenada solidariamente com os agentes públicos responsáveis pela contratação:

Acórdão n. 1.656/2006

[...]

112. Ademais, as circunstâncias mencionadas, sopesadas, conduzem à compreensão de que a conduta dos responsáveis não se respaldam pelos princípios da boa-fé e da prevalência do interesse público, sobretudo da empresa contratada, tendo em vista a atitude dolosa de alterar a planilha de quantitativos, em dissonância com o interesse público e com as reais necessidades da obra, com vistas à maximização do seu lucro. Destaca-se, por oportuno, que neste Tribunal não há necessidade de caracterização de má-fé para penalização dos responsáveis, bastando a ausência de boa-fé ou o dano ao Erário, ambos aspectos presentes no caso ora em análise.

113. Não obstante os responsáveis, com ênfase em relação à empresa J. Malucelli Construtora de Obras Ltda., tenham negado a existência de “jogo de planilha” e consequente “superfaturamento”, a empreiteira, ao fim de sua defesa, dá indícios de que reconhece a procedência das impugnações a ela imputadas, pois, alternativamente, propõe:

[...]

121. No que permeia à responsabilidade pelo débito apurado, a LOTCU estabelece que devem responder pelo débito, não só aquele que agiu positivamente (culposa ou dolosamente) para desfalcocar o Erário, mas também a pessoa (física ou jurídica) que tenha se beneficiado indevidamente destes valores. Neste diapasão tem-se o seguinte contexto.

122. A empresa J. Malucelli Construtora de Obras Ltda., na qualidade de empresa responsável pela execução das obras, em decorrência de sua inegável responsabilidade pela manipulação da planilha de quantitativos/preços, seja no momento inicial da licitação, seja quando da revisão do projeto em fase de obras, cotando preços baixos para serviços que depois descartou e cotando preços altos para os serviços que, posteriormente, “dominaram” os serviços de terraplanagem. Assim, além de responder pelo débito em comento, com espeque no princípio da dosimetria que norteia a aplicação de penalidades, ante a gravidade das irregularidades, deve ser-lhe aplicada a multa prevista no art. 57 da Lei n 8443/1992. (TCU, Plenário, Acórdão n. 1.656, Rel. Ministro Valmir Campelo)

Acórdão n. 683/2005

Ementa: Tomada de Contas Especial. Convênio. Ministério da Integração Nacional. Prefeitura Municipal de Carnaúba dos Dantas RN. Superfaturamento de preços. Responsabilidade solidária com a empresa contratada. Rejeição das alegações de defesa apresentadas pelo ex-prefeito e por uma das empresas. Contas irregulares. Débito solidário. Inabilitação do responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública. Declaração da inidoneidade da empresa. Rejeição parcial das razões de justificativa apresentadas por uns responsáveis. Multa. Acolhimento das alegações de defesa relativas a um subitem do acórdão, face a desconfiguração do débito correspondente. Exclusão de um responsável do processo. Remessa de cópia ao Ministério Público da União. Determinação.

[...]

33. Neste aspecto, conclui a Secex, não restou descaracterizado o superfaturamento do montante de R\$ 144.484,90, com infração ao art. 3º da Lei n. 8.666/93 e art. 10, inciso V e caput do art. 11 da Lei n. 8.429/92, configurando ato de improbidade administrativa, devendo ser dado conhecimento ao Ministério Público Federal para a adoção das medidas cabíveis. Quanto ao superfaturamento no valor de R\$ 144.484,90, **pelo qual são responsabilizados solidariamente o Sr. Pantaleão Estevam de Medeiros e a firma Base-Construções, Serviços e Projetos Ltda.**, anuímos in totum à análise efetuada pela Unidade Técnica nos itens 61/84 e 100/103 (fls. 327/333 e 335/336 - Vol. 1). Vale acrescentar, apenas, que raras são as ocasiões em que se consegue demonstrar um superfaturamento com tamanha clareza, de forma tão inquestionável, como a que ora se apresenta nos autos. **Nesse sentido, endossamos as propostas de condenação solidária com fundamento no art. 16, III, ‘c’ da Lei na 8.443/92**, e de aplicação da multa prevista no art. 57 da mesma Lei, sugeridas pela SECEX- RN no subitem 5.a (fl. 341 – Vol. 1). (TCU, Plenário, Acórdão n. 683/2005, Rel. Ministro Valmir Campelo)

Acórdão n. ° 3155/2010:

Compra de medicamentos: 2 - Responsabilidade solidária das empresas contratadas, em razão de superfaturamento Quanto às empresas citadas, a unidade técnica sugeriu o acolhimento das alegações de defesa oferecidas pelos seus representantes, partindo da premissa de que elas teriam revendido produtos à Secretaria de Saúde do Estado do Amapá “na qualidade de meras empresas capitalistas, não se dispondo de parâmetros para aceitar ou rejeitar a margem de lucros por elas praticados perante a Administração Pública”. O relator divergiu do entendimento da unidade técnica, porquanto as compras realizadas com recursos federais transferidos mediante convênio, “não podem ser tratadas como meras transações comerciais, que teriam o objetivo de auferir lucros, pois, como se sabe, instrumentos da espécie são assinados visando à execução de programas de trabalho, projetos, atividades ou eventos de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação”. O relator fez alusão, ainda, ao art. 16, § 2º, da Lei n.º 8.443/92, segundo o qual, **no caso de o Tribunal julgar as contas irregulares, fixará a responsabilidade solidária dos agentes públicos que praticaram o ato irregular e do terceiro, como parte interessada**

na prática do mesmo ato. Além disso, a Lei n.º 8.666/93, ao dispor sobre os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, determina que, se comprovada a ocorrência de superfaturamento, “**respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis**”. Ao final, o relator concluiu que deveria ser “**mantida a responsabilidade solidária das empresas**”, pelo recolhimento dos débitos respectivos à Fundação Nacional de Saúde, entidade concedente dos valores federais em causa. A Primeira Câmara anuiu à proposta do relator. (TCU, 1ª Câmara, Acórdão n.º 3155/2010, TC-013.853/2001-3, Rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, j. 01.06.2010) (grifos constam do original)

(...)

No caso concreto, restou comprovado pela ACFI/SURICATO que as empresas contratadas forneceram medicamentos ao município a preços superiores aos valores constantes da tabela de preços máximos da CMED/ANVISA, em inobservância à referida legislação, razão pela qual devem ser solidariamente responsabilizadas pelo dano ao erário.

A Procuradora do Ministério Público de Contas em seu parecer destacou:

(...)

Sabe-se que nos termos do art. 25, § 2º, da Lei n. 8.666, de 1993, comprovada a ocorrência de superfaturamento, “respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis”.

(...)

Assevere-se que, em sua defesa, a empresa TOTALMED Distribuidora Farmacêutica Ltda confirmou que vendeu medicamentos por preços superiores aos estabelecidos nas tabelas da CMED, alegando que essa irregularidade teria decorrido de falhas cometidas pelos servidores municipais na emissão das autorizações de compras (fl. 294/314). 18.

Trata-se, pois, de fato, ato de gestão antijurídico e antieconômico que enseja responsabilização e ressarcimento dos prejuízos causados ao erário.

A confissão da empresa TOTALMED Distribuidora Farmacêutica Ltda justifica a sua responsabilização de forma solidária com os agentes públicos responsáveis pela aquisição antieconômica.

Por fim, a Procuradora do MPC concluiu pela responsabilização da empresa TOTALMED pelo suposto prejuízo de R\$67.507,58, devidamente atualizado, com fulcro nos artigos 85 e 86 da Lei Complementar n. 102, de 2008, e art. 51 da Lei Orgânica do TCEMG, bem como do Sr. Anderson Costa Cabido (Prefeito Municipal à época) e da Sra. Claudiane Marques Nicolau (Secretária Municipal de Saúde e Ordenadora de Despesas à época) em face da aquisição antieconômica de medicamentos e pelo ressarcimento ao erário municipal do valor apurado pela unidade técnica.

Entende-se que a responsabilização pelo suposto dano também deve alcançar os particulares em face do prescrito no inciso II do art. 71 da Constituição da República, no qual se insere a hipótese de superfaturamento. Isso porque o aludido dispositivo constitucional evidencia a responsabilidade de todos os que, com suas condutas, causem dano ao patrimônio público, não importando se agentes públicos ou particulares. Nesse sentido a existência de responsabilidade do gestor público pela ocorrência do dano não exime a da empresa contratada, quando haja concorrido para o resultado, situação em que responderá solidariamente pelo ressarcimento aos cofres municipais.

Oportuno transcrever o voto do Ministro Benjamin Zymler, relator do Acórdão n.º 9.296/2017-Primeira Câmara do TCU, *in verbis*:

“a responsabilidade da empresa contratante subsiste pelo simples fato de ter auferido valores a maior, mesmo que tenha havido falha por parte dos gestores públicos ao estimar os preços a serem praticados”.

Cumpre esclarecer que, no âmbito desta Casa existiam posicionamentos distintos acerca da propriedade de se submeter à jurisdição deste Tribunal de Contas o particular que tivesse concorrido para a ocorrência de evento danoso ao patrimônio público.

Esse dissenso, contudo, foi pacificado no Incidente de Uniformização de Jurisprudência n.º 969.520, relatado pelo eminente Conselheiro Gilberto Diniz, apreciado na Sessão do Tribunal Pleno do dia 08/03/2017, quando se afirmou a competência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais para responsabilizar, em processos de controle externo, particular que tiver dado causa a irregularidade da qual tenha resultado dano ao erário. Nesse sentido transcrevo a ementa desse julgado:

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

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

2. Jurisprudência uniformizada.

Em razão do exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo representante legal da TOTALMED Distribuidora Farmacêutica Ltda. e mantenho a condição de responsável, e, portanto, de jurisdicionada desta Corte de Contas a aludida empresa.

II.2 Preliminar de ilegitimidade passiva - Vício de competência no contrato decorrente da Ata de Registro de Preços n. PMC/086/2011 – Sr. Anderson Costa Cabido

O Prefeito Municipal de Congonhas à época, em sede preliminar, alega a sua ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo do processo sob exame e, no mérito arguiu que seja desconsiderada a sua responsabilidade.

No exame dos autos observa-se a participação direta do Prefeito Municipal nos atos concernentes às aquisições dos medicamentos, dada a atuação do Prefeito Municipal em atos relativos aos processos de licitação em foco uma vez que ao mesmo coube a homologação e adjudicação da licitação destinada à compra dos medicamentos, conforme destaca a Unidade Técnica à fl. 59.

A respeito, registra-se que, consoante precedentes jurisprudenciais, esta Corte de Contas possui o entendimento de que a homologação de procedimento licitatório não é ato meramente formal, mas sim a aprovação das decisões tomadas pelos membros da comissão de licitação. A autoridade administrativa, ao apor a sua assinatura para homologar o certame, ratifica todos os atos da referida comissão, tornando-se por eles igualmente responsável.

Assim entende-se que a ele deve ser atribuída responsabilidade solidária pelos atos cometidos pelos agentes públicos a quem tenha delegado competências, em virtude da escolha não cuidadosa de tais agentes e da falta de fiscalização dos atos realizados por eles.

Em sede de delegação de competência, é pessoal a responsabilidade do agente delegado que pratica o ato administrativo em nome da autoridade máxima do órgão ou da entidade pública, caso em que a autoridade delegante apenas responde em situações excepcionais. É o que decidiu esta Corte ao apreciar voto-vista do Conselheiro Antônio Carlos Andrada na sessão da Primeira Câmara do dia 04/08/2009, no bojo do Processo Administrativo n. 703604, cuja conclusão transcrevo a seguir:

Em conclusão a todo o exposto, pode-se extrair que via de regra a responsabilidade recairá somente sobre aquele que cometeu erro ou ilegalidade na execução de um determinado ato, ficando isenta a autoridade que delegou sua prática. Porém, excepcionalmente, a autoridade delegante poderá vir a ser responsabilizada por atos irregulares praticados pelo agente delegado, nos casos em que for constatada a ocorrência de *culpa in eligendo*, *culpa in vigilando*, necessidade de prévia aprovação do ato executado e, por fim, a avocação, sendo que, nesse último caso, nem há que se falar em responsabilização da autoridade delegante por atos praticados pelo agente delegado, já que quem praticou o ato foi o próprio delegante, após retomar sua competência. Portanto, antes de se definir se a autoridade delegante responderá pelos atos irregulares praticados pelo agente delegado, o caso concreto deverá ser analisado.

Por isso, entendo que descabe excluir, em sede de mérito, a responsabilidade do Sr. Anderson Costa Cabido, Prefeito Municipal de Congonhas, à época, motivo pelo qual não acolho a preliminar para excluí-lo do feito.

A Sra. Claudiane Marques Nicolau, Secretária Municipal de Saúde à época apresentou sua defesa às fls. 81/268.

De acordo com a mencionada gestora os medicamentos foram adquiridos por meio de Registro de Preços, utilizando-se como critério de julgamento o maior percentual de desconto sobre a tabela da ANVISA, em observância ao art. 15 da Lei n. 8.666/93.

Alegou a defendente que a Prefeitura Municipal de Congonhas exigiu que os contratantes observassem os regulamentos impostos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED –, especialmente, as tabelas de preços de medicamentos divulgadas mensalmente no site da ANVISA, com a fixação dos preços máximos a serem praticados, nos termos do edital de licitação e da ata de registro de preços, anexados, respectivamente, às fls. 107/139 e 218/225.

Em sua defesa aduziu que a atuação da CMED se direciona, fundamentalmente, ao setor farmacêutico que contratar com o órgão público, de forma que caso este setor por ventura esteja repassando medicamentos acima dos valores tabelados, devem ser penalizados.

A defendente esclareceu que as aquisições de medicamentos foram praticadas dentro das especificações contidas no contrato firmado, observados os valores de referência estabelecidos pela tabela da ANVISA.

Requeru a defendente a declaração da inexistência de conduta irregular como ordenadora de despesas e, caso seja mantido o entendimento firmado pela ACFI/SURICATO, que a fornecedora TOTALMED Distribuidora Farmacêutica Ltda. seja penalizada, pela inobservância da legislação de regência.

Por fim concluiu a então Secretária Municipal de Saúde que configurada a prática irregular na aquisição de medicamentos com valores superiores à tabela da CMED/ANVISA, a responsabilidade deve ser atribuída aos fornecedores, uma vez que deixaram de observar a referida legislação.

Devidamente analisados os esclarecimentos prestados pela gestora municipal da saúde, à época, registre-se que a realização de procedimento licitatório para a aquisição de medicamentos, em observância à legislação licitatória, não afasta a necessidade de atendimento da legislação do órgão regulador do mercado de medicamentos (ANVISA), em relação à observância do preço máximo de venda ao governo (PMVG) bem como da realização de ampla pesquisa de preços de mercado e aos dados registrados no BPS, como forma de se adequar eventuais distorções dos valores dos medicamentos e de se assegurar aquisições por preços compatíveis àqueles ofertados pelos licitantes.

Quanto a saber se os responsáveis devem suportar ou não o ônus advindo da compra supostamente antieconômica de medicamentos é questão de mérito, cujo exame faço a seguir.

II.3 – Dano apontado pelo SURICATO

De início na análise de mérito, porém, faz-se necessário ressaltar a importância das análises feitas pela unidade técnica neste caso.

A malha eletrônica de preços é produto de análise computacional de dados, cujos parâmetros foram previamente estabelecidos pelo Controle Externo e aprovados por meio da Portaria n. 058/2013/PRES.

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

Essa política encontra-se disciplinada na Resolução n. 10/2011 e suas ações desenvolvem-se com o acompanhamento da execução dos orçamentos públicos a partir do cruzamento de dados e informações disponibilizados em sistema informatizado próprio, por meio da elaboração de “Malhas Eletrônicas de Fiscalização”.

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

Art. 6º

[...]

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

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

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

No presente caso, a unidade técnica apontou a ocorrência de aquisições acima do teto de preços da tabela CMED/ANVISA, utilizando-se de ferramentas tecnológicas para a leitura das bases de dados e informações deste Tribunal de Contas.

De acordo com a unidade técnica tais aquisições além de não observarem as citadas normas do órgão regulador também teriam sido realizadas em inobservância ao inciso V do art. 15 da Lei Federal n. 8.666/93; aos dispositivos da Lei Federal n. 10.742/2003; às Resoluções da CMED n. 02/2004; 04/2006 e 03/2011.

A CMED, por meio da Orientação Interpretativa n. 02, de 13 de novembro de 2006, determinou que, em caso de fornecimento para órgãos públicos, seja por via licitatória ou não, o Distribuidor é obrigado a vender os produtos, tendo como referencial máximo o Preço Fabricante (PF). Este conceito veio a ser definido pela Resolução n. 03/2009 como o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz. A mesma resolução prevê, ainda, a observância do Preço Fabricante por farmácias e drogarias quando realizarem vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Não é prolixo repisar que o uso de ferramentas tecnológicas de inteligência é ferramenta útil e poderosa para o Controle Externo. Vale notar, a título ilustrativo, que a ferramenta de *Business Intelligence (BI)* da malha eletrônica considera, em suas análises, as regras tributárias vigentes e a tabela referencial de preços do órgão regulador federal, independentemente daquelas declaradas pelo fornecedor nas Notas Fiscais.

Contudo, em que pese a robustez da análise técnica realizada pelo SURICATO e os pareceres emanados da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, a relatoria desconsidera a responsabilidade apontada, atingindo fulcralmente a efetividade do sistema. Para tanto, baseia-se (1) na possível confusão, por parte do gestor, dos regimes a serem adotados e (2) na alíquota de ICMS declarada pelo fornecedor.

Com o intuito de formação do meu juízo e como forma de complementar a instrução processual e propiciar maiores subsídios para o convencimento acerca da ocorrência dos supostos indícios de dano ao erário em face da aquisição antieconômica de medicamentos determinei que fosse intimado o representante do Município de Congonhas para que enviasse todas as tabelas ANVISA apresentadas por todas as licitantes destacando-se em cada uma delas os medicamentos adquiridos no processo licitatório em questão constantes das fls. 233/268.

As mencionadas tabelas foram juntadas aos autos e constam das fls. 334/933.

No exame dos presentes autos e especialmente da documentação juntada, constato que a análise de suposto sobrepreço nas aquisições dos medicamentos, considerando-se apenas como referencial os valores constantes das tabelas ANVISA restou prejudicada. Ressalto que tal entendimento se funda na inadequação da adoção como único parâmetro para a apuração de aquisição antieconômica de medicamentos e fármacos a comparação dos valores pagos com aqueles constantes da tabela CMED/ANVISA, conforme já manifestado no voto vista proferido no exame da Tomada de Contas Especial n.º 986.861, em Sessão da Primeira Câmara em 01/10/2019 e conforme explicitarei a seguir.

Verifica-se que a tomada de contas especial em comento tem por base relatório do SURICATO, obtido por meio da Malha Eletrônica de Fiscalização de Compra Pública n. 01/2013, o qual detectou indícios de aquisição, antieconômica, de medicamentos, pela Administração do Município de Congonhas, no exercício de 2012, por preços supostamente superiores aos determinados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, no montante de R\$ 67.507,58, no período entre 01/01/2012 e 31/12/2012, sob a responsabilidade do Sr. Anderson Costa Cabido, Chefe do Poder Executivo Municipal à época, contrariando o disposto no art. 15, inciso V, da Lei Federal n.º 8.666/1993, na Lei Federal n.º 10.742/2003, Decreto n.º

4.766/2003 e nas Resoluções n.º 02/2004, 04/2006 e 03/2011 CMED, Comunicado CMED n.º 3/2012, 10/2009, Orientação Interpretativa n.º 2/2006 CMED/ANVISA e Acórdão TCU n.º 1437/2007.

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

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

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

A aplicação do CAP sobre o Preço de Fábrica (PF) ou Preço Fabricante¹ resulta no Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), que é o maior preço permitido para venda desses medicamentos aos entes públicos. Em síntese, são definições referentes aos preços citados nos normativos:

- Preço Fábrica (PF) e Preço Máximo ao Consumidor (PMC): o PF é praticado pelas empresas produtoras ou importadoras do produto e pelas empresas distribuidoras, constituindo o preço máximo permitido para venda a farmácias, drogarias e aos entes da Administração Pública. Já o PMC é praticado pelas farmácias e Drogarias para venda ao consumidor;
- Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG): teto de preço para compra dos medicamentos inseridos na lista de produtos sujeitos ao CAP (Coeficiente de Adequação de Preço) ou ainda de qualquer medicamento adquirido por força de decisão judicial;
- O Coeficiente de Adequação de Preços (CAP), desconto mínimo obrigatório, incidente sobre o Preço de Fábrica (PF) de alguns medicamentos nas compras realizadas pela administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, resultando no Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), que é o maior preço permitido para venda do medicamento a esses entes públicos.

Metodologia de apuração

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

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

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

Conclusão

Constataram-se, por meio da malha eletrônica de compras públicas n. 1, evidências de aquisição antieconômica de medicamentos pela Prefeitura Municipal de Congonhas no exercício de 2012, sob a responsabilidade do Sr. Anderson Costa Cabido valor de R\$67.507,58 (sessenta e sete mil quinhentos e sete reais e cinquenta e oito centavos) acima dos preços definidos nas tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos (SAMMED) da CMED, disponibilizadas no site da ANVISA, em inobservância ao inciso V do art. 15 da Lei nº 8.666/93; aos dispositivos da Lei 10.742/2003; às Resoluções CMED nºs 02/2004; 04/2006 e 03/2011.

No caso em comento constata-se que a Prefeitura Municipal de Congonhas realizou em 2011 licitação na modalidade de Pregão Presencial destinado à formalização de registro de preços para futura aquisição de medicamentos para atendimento à Secretaria Municipal de Saúde e mandatos judiciais, fls. 45.

Entende-se que a utilização dessa modalidade de pregão não se mostra a mais adequada em razão de restringir a participação de eventuais interessados e por consequência reduzir a competitividade no certame.

Esse também é o entendimento do TCU quando prolatou o Acórdão n. ° 247/2017.

Aliás o TCU em sua cartilha intitulada “Orientações para aquisições públicas de medicamentos” disponível na *internet* destaca às fls. 16:

“A realização de Pregões Presenciais deixa os municípios brasileiros, notadamente os pequenos, que são a maioria, refêns de preços praticados por distribuidoras locais. Quando se realiza Pregão Eletrônico, o alcance é maior, o que favorece a competitividade e, consequentemente, tende a diminuir os preços dos medicamentos adquiridos, havendo uma maior chance de selecionar uma proposta mais vantajosa. A transparência e celeridade são outros exemplos de vantagem do uso do Pregão Eletrônico”. (Grifamos)

Em relação à escolha da modalidade licitatória para a aquisição de medicamentos destaca-se o entendimento constante do Acórdão n. 2901/2016 – Plenário, conforme voto do relator Ministro Benjamin Zymler, transcrito a seguir:

(...)

17. O primeiro problema que observei no Pregão Presencial 10/2006 foi a escolha da modalidade de licitação presencial em detrimento da eletrônica.

18. O formato eletrônico do Pregão é preferível ao presencial por uma série de fatores, entre os quais o incentivo ao aumento da competitividade do torneio e a dificuldade imposta ao conluio de potenciais licitantes. O aumento de competitividade decorre, entre outros fatores, da redução dos custos para participação dos certames licitatórios, pois a participação em licitações presenciais impõe uma série de gastos e dificuldades para licitantes sediadas em outras localidades. Tais restrições não existem para empresas sediadas em outras unidades federativas quando utilizados os Pregões Eletrônicos. Assim, o uso do Pregão Eletrônico visa a prestigiar, em particular, o princípio constitucional da isonomia, assim como selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

19. A menor abrangência das licitações presenciais favorece a disputa apenas entre fornecedores regionais ou locais, o que traz um efeito maléfico para a Administração, uma vez que licitantes de outras regiões poderiam apresentar melhor qualidade do produto e menor preço. O Pregão Eletrônico, ao contrário, permite uma disputa com maior envergadura e alcance, notadamente em licitações de caráter nacional.

20. Outra desvantagem das licitações presenciais se refere à lentidão do certame. Dependendo do número de itens a serem comprados, a sessão pode demorar bastante. No caso em concreto, foram adquiridos diversos medicamentos distintos, fato que, mesmo agrupando-os em quatro diferentes lotes, desaconselharia o uso de licitação presencial. Também não é menos relevante o tempo necessário para o credenciamento de licitantes nos Pregões Presenciais, assim como o registro manual dos lances ofertados e a necessidade de lavratura de ata da sessão. Quando adotada a modalidade eletrônica, os procedimentos de credenciamento, elaboração da ata e registro dos lances são automatizados, trazendo significativas economias no prazo de processamento da licitação.

21. Exatamente por isso causa-me espécie a opção pelo Pregão Presencial no caso em concreto, pois tal escolha aparenta ser contraditória com as justificativas apresentadas pelos gestores para não submeter a minuta do edital previamente à Procuradoria Jurídica (...). Eles argumentaram que (...) enfrentava uma crise de abastecimento de medicamentos e, por isso, havia urgência em lançar e concluir o Pregão Presencial 10/2006. Não obstante tal

informação aduzida pelos responsáveis, eles optaram por realizar o procedimento presencial, que é notoriamente mais moroso do que o Pregão Eletrônico.

22. Por todos esses motivos, o TCU vem determinando aos jurisdicionados que só utilizem Pregões no formato presencial no caso de inviabilidade de realização do certame no formato eletrônico, a ser justificada pela autoridade competente. Os Acórdãos 1.700/2007-TCU-Plenário e 2.292/2012-TCU-Plenário corroboram essa informação.

23. Portanto, os responsáveis pelo Pregão Presencial 10/2006 infringiram o §1º do art. 4º do Decreto 5.450/2005, que exige, no âmbito da União, a utilização de Pregão, preferencialmente na forma eletrônica, nas contratações de bens e serviços comuns, pois deixaram de apresentar justificativas plausíveis no aludido processo licitatório de que a utilização da forma eletrônica era inviável. Não há espaço para opção discricionária entre o Pregão Eletrônico e Presencial, pois inviabilidade não se confunde com inconveniência.

24. Não cabe ao administrador público adotar postura contrária a dispositivos literais de decreto que está em vigor, salvo se, no caso concreto, a adoção de dispositivo legal afrontar claramente o interesse público, situação que demandará termo circunstanciado contendo as justificativas para o afastamento de norma ao caso concreto. (Grifamos)

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

[...]

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

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

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

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

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

[...]

Aliado a isso, deve-se, ainda, ter sempre em mente o princípio da mais ampla competitividade possível, que impõe ao administrador conferir, quando da gestão de seu

sistema de compras e da confecção de seus editais, a maior atratividade possível e, ainda, evitar cláusulas restritivas injustificadas ou inadequadas.

[...]

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

[...]

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

Ressalta-se a jurisprudência do TCU, no que concerne à pesquisa de preço constante do Acórdão n.º 710/2007, relatoria do Ministro Raimundo Carrero:

4. Segundo informou a unidade técnica, o valor estimado para a contratação foi de R\$ 111.150,00, sendo o item adjudicado por R\$ 31.161,00 à Distribuidora ABC de Papéis Ltda., vencedora do certame (item 10 do relatório precedente). No entanto, em consulta ao sítio www.comprasnet.gov.br, verifico que, no dia 29/12/2006, a citada empresa foi desclassificada, por ter deixado de entregar o objeto licitado dentro das especificações exigidas pelo edital, e adjudicada a proposta da empresa FW Brasil Comercial Ltda. no valor de R\$ 40.769,00.

5. Apesar de apresentar um valor mais elevado do que o menor lance observado no certame, a nova proposta vencedora foi adjudicada por um valor correspondente a apenas cerca de 36% do valor estimado para a contratação. Tal discrepância demonstra a fragilidade da pesquisa de preços efetuada pela unidade. A importância da realização de uma ampla pesquisa de preços no mercado e de uma correta estimativa de custos é incontestável, pois fornece os parâmetros para a Administração avaliar a compatibilidade das propostas ofertadas pelos licitantes com os preços praticados no mercado e verificar a razoabilidade do valor a ser desembolsado, afastando a prática de atos possivelmente antieconômicos.

6. O preço estimado é o parâmetro de que dispõe a Administração para julgar licitações e efetivar contratações, e deve refletir adequadamente o preço corrente no mercado e assegurar efetivo cumprimento, dentre outros, dos princípios da economicidade e da eficiência. Ademais, um orçamento superestimado sinaliza aos licitantes um determinado patamar de preços e pode fazer com que a Administração venha a celebrar um contrato antieconômico. Nesse sentido, entendo pertinente a determinação sugerida pela unidade técnica ao DEADI. (Grifamos)

No tocante a pesquisa de preços é importante destacar a jurisprudência do TCU no sentido de que a mesma destinada à elaboração do orçamento estimativo da licitação não deve se restringir a cotações realizadas com potenciais fornecedores, uma vez que, para atender o disposto na Lei Federal n.º 8.666/1993, as compras públicas devem balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e das entidades da Administração Pública (Acórdão 247/2017-TCU-Plenário, voto do Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues). Outro ponto importante é a

impossibilidade de utilização das tabelas da CMED como parâmetro para a elaboração do orçamento de referência.

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

Observa-se, contudo que a jurisprudência pacificada no TCU é a da não adoção da tabela da CMED/ANVISA como único parâmetro para a aquisição de medicamentos. Tal entendimento decorre da Auditoria Operacional realizada em 2012, na Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, cujo objeto foi avaliar se a atuação regulatória daquele órgão teria reduzido os efeitos das falhas de mercado e evitado a prática de preços abusivos.

O resultado dessa auditoria encontra-se consubstanciado no Relatório de Auditoria Operacional TC 034.197/2011-7, cujo Acórdão n.º 3016/2012 do TCU, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, transcreve-se, parcialmente, a seguir:

[...]

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

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

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

Por exemplo, o princípio ativo Captopril 25mg possui o menor preço do comprimido por R\$ 0,0115, enquanto o maior preço chega a R\$ 1,1869, ou seja, uma variação de mais de 10.221%. O reajuste para ambos os preços é o mesmo, não existindo nenhum mecanismo que diminua esta diferença, aproximando os maiores preços registrados daqueles praticados no mercado. O Gráfico 1 apresenta a comparação entre os preços praticados em compras governamentais e os preços-fábrica registrados na Tabela CMED para o princípio ativo Captopril 25mg. (g.n)

Captopril 25mg – Compras Públicas X Tabela CMED

As linhas tracejadas representam os menores preços-fábrica de cada laboratório com preço registrado. A linha amarela representa o menor preço-fábrica registrado dentre todos os fabricantes; a linha verde representa o maior deles; e a linha roxa representa a média dos preços registrados. Os triângulos amarelos representam os preços identificados em fiscalizações realizadas durante o Levantamento, os losangos azuis os preços registrados

no BPC e os losangos vermelhos os preços identificados em outras bases de dados, como o portal “www.comprasnet.gov.br”, os portais de compras e os diários oficiais de governos estaduais.

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

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

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

Metformina 850mg – Compras Públicas X Tabela CMED

Sinvastatina 20mg – Compras Públicas X Tabela CMED

Verapamil 80mg – Compras Públicas X Tabela CMED

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

Adalimumabe 40mg – Compras Públicas X Tabela CMED

Este medicamento possui isenção de ICMS nas vendas a entes governamentais. Em algumas das compras não foi possível identificar se o preço praticado contemplava tal isenção. Optou-se, assim, por demonstrar no gráfico tanto o preço-fábrica do medicamento isento (linha vermelha), quanto o preço total (linha laranja). Verifica-se que os montantes negociados se encontram próximos ao preço-fábrica. Situações semelhantes podem ser observadas nos gráficos abaixo:

Etanercepte 25mg – Compras Públicas X Tabela CMED

Infliximabe 10mg – Compras Públicas X Tabela CMED

Uma questão que se colocou é se os preços-fábricas dos medicamentos caracterizados como monopólio ou oligopólio são coerentes com o que seria praticado em uma economia com concorrência, ou se apresentam graves distorções, como verificado na maior parte das apresentações dos medicamentos em que há concorrência. Quando esta se mostra presente, os preços praticados ficam a níveis bastante inferiores ao preço-fábrica. Para os

medicamentos em que não há concorrência, devido aos problemas identificados na regulação, é possível que estejam sendo praticados preços abusivos. Mostrava-se necessária a comparação internacional para responder tal questionamento. (g.n)

[...]

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

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

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

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

Foram feitas as seguintes recomendações no mencionado Acórdão, *in verbis*:

[...]

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

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

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

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

9.3.2. com base nos arts. 3º, 5º e 8º da Lei 12.527/2011, apresente a este Tribunal, no prazo 180 (cento e oitenta) dias, tabela de divulgação dos preços-fábrica isenta das distorções

identificadas, com sistemática padronizada de alimentação dos dados, de modo a permitir a correta consulta e análise de preços dos fármacos registrados (g.n);

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

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

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

9.7. arquivar o processo.

Conforme apontado no Acórdão n.º 3016/2012 do TCU “há preços registrados na Tabela CMED com evidente distorção quanto ao que é praticado nas compras governamentais, permitindo que determinados laboratórios pratiquem preços abusivos”. Essa constatação indica a inaplicabilidade da citada tabela como único parâmetro nas compras públicas, sendo imprescindível a realização de ampla pesquisa dos preços praticados pelo mercado.

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

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

Em razão do entendimento adotado pelo TCU no Acórdão n.º 3016/2012, a CMED publicou no site da ANVISA o alerta transcrito a seguir:

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

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

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

Em 2013 ao prolatar o Acórdão n.º 2451/2013 o Plenário do TCU (Processo n.º 009.469/2012-5, rel. Min. Raimundo Carneiro, Sessão de 11/9/2013) conferiu tratamento subsidiário ao Banco de Preços em Saúde – BPS do Ministério da Saúde quando entendeu pela não adoção apenas da tabela CMED, como parâmetro para fins de comparação entre os preços pagos pela Administração Municipal. Esse entendimento foi reiterado nos Acórdãos n.º 2.901/2016-Plenário e 1.304/2017-Plenário.

Transcreve-se a seguir excerto do Acórdão n.º 2.901/2016-Plenário:

24. Acerca do uso do CMED como paradigma de mercado do preço de remédios, fiz exauriente exame no voto condutor da deliberação embargada, *in verbis*:

(...)

25. Nesta oportunidade, permito-me registrar mais algumas evidências da inadequação dos preços do CMED como referência para as contratações públicas de medicamentos. Observo, primeiramente, que o site da Anvisa contém alerta sobre a matéria nos seguintes termos: “A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED alerta os gestores federais, estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde – SUS sobre a necessidade de realização de uma pesquisa prévia e efetiva de preços no mercado, quando da realização de compras públicas de medicamentos.

26- Também registro matéria publicada na revista do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (disponível em [http://www. idec.org.br/em-acao/revista/diferenca-que-incomoda/materia/ diferenca-alem-da-conta/pagina/73](http://www.idec.org.br/em-acao/revista/diferenca-que-incomoda/materia/diferenca-alem-da-conta/pagina/73)), em que o Sr. Ivo Bucaresky, ex- - Secretário-Executivo da CMED, reconhece que há distorção entre os preços-teto da CMED e o valor efetivamente praticado no mercado, bem como que a atual legislação que rege a atuação da CMED (Lei 10.742/2003) impede a redução do Preço Máximo ao Consumidor – PMC. Esclarece o Sr. Bucaresky que “da forma como a lei foi montada, não há flexibilidade para reajustar os preços para baixo”. Ele diz que os tetos só são reduzidos a pedido da própria indústria, o que acontece, em geral, quando a patente do medicamento está prestes a acabar, ou seja, quando a exclusividade na comercialização da droga chegará ao fim. “A indústria pede para baixar o PMC com o objetivo de afastar alguns interessados em produzir genéricos daquele medicamento. O genérico tem de ser, pelo menos, 35% mais barato que o preço teto do medicamento de referência, por isso, quanto menor for o teto, menor a margem de manobra para a entrada de concorrentes”, declara.

27. A citada reportagem apresenta o quadro comparativo reproduzido abaixo, que ilustra o descasamento existente entre os preços da CMED e os valores médios de mercado, que, muitas vezes, pratica preços com desconto superior a 80% da tabela da CMED.

28. Também tive ciência de que, em 17 de fevereiro de 2017, o Ministério Público Federal – MPF/DF ingressou com a Ação Civil Pública 0008080-74.2017.4.01.3400, pedindo que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos seja obrigada a promover, em, no máximo, seis meses, um ajuste extraordinário nos preços de 43 medicamentos vendidos no país. Tal ação é resultado de investigações iniciadas em 2013 pelo MPF e tem como base a auditoria apreciada pelo Acórdão 3.016/2012-Plenário, já mencionado.

29. Friso que trago essas novas informações e elementos aos autos com o objetivo de tão somente esclarecer as embargantes sobre as supostas omissões, obscuridades e contradições apontadas quanto ao entendimento do voto condutor do Acórdão 2.901/2016-Plenário, que entendeu pela inadequação da CMED como referência de preços para contratações públicas. (...)

Ainda no aludido Acórdão assinalou-se:

68. Ainda que a Administração, por meio de seus agentes, tenha incorrido em erro, ao definir, no Pregão Presencial 10/2006, um orçamento-base superestimado, a conduta da empresa contratada de propor preços acima dos valores de mercado constituiu ato ilícito, na medida em que infringiu o dever jurídico preceituado no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993. Tal comportamento foi causa relevante do prejuízo causado ao erário, pois sem ele não teria havido o superfaturamento.

69. Ainda que os preços ofertados pelas distribuidoras de medicamentos estivessem em consonância com os limites fixados no orçamento-base do certame, é de se ressaltar que, se, por um lado, o orçamento estimativo da licitação serve de parâmetro para apreciação das propostas da licitação, por outro, torna-se necessário, para que haja atendimento ao critério legal previsto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, ou seja, que os preços praticados na licitação e no referido orçamento reflitam os paradigmas de mercado, caso contrário, cabe a responsabilização solidária da empresa contratada – beneficiária dos valores superestimados – e dos agentes públicos que praticaram os atos irregulares.

70. Embora o valor orçado pela administração se situe além dos preços praticados no mercado, o particular poderia ofertar proposta aderente aos valores de mercado. Reiterada jurisprudência desta Corte de Contas, a exemplo do Acórdão 454/2014-Plenário, da lavra do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, e do Acórdão 619/2015-Plenário, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo, tem entendido que:

“Não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados, elaborados por órgãos públicos contratantes, haja vista incidirem, no regime de contratação pública, regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas a aferição de legalidade, legitimidade e economicidade por órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública. Sem embargo, sua responsabilização solidária pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedora de pagamentos por serviços superfaturados, contribui de qualquer forma para o cometimento do dano, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992”. (Grifamos)

Observa-se que a Corte de Contas da União em 2014, por ocasião da divulgação do Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde (Acórdão n. 693/2014 – TCU – Plenário, nos autos do TC 032.624/2013-1) novamente reiterou os problemas identificados anteriormente relativos à regulação dos preços de medicamentos no Brasil, acrescentando alguns dados de 2012 e 2013, além de citar as poucas medidas adotadas pela CMED até aquele momento, confira-se, *in verbis*:

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

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

Esse projeto de lei vai ao encontro da recomendação do TCU ao Ministério da Saúde para que articulasse junto à Presidência da República a possibilidade de apresentar ao Poder Legislativo proposta de revisão do modelo regulatório de ajuste dos preços dos medicamentos previsto na Lei n. 10.742/2003, de forma a desvincular tal ajuste da inflação e passar a considerar revisões periódicas a partir de critérios como comparação

internacional, variação cambial e custo dos diferentes tratamentos. Ressalta-se, inclusive, que na justificativa para a apresentação do referido projeto de lei, foi citada a deliberação do TCU em que são reveladas fragilidades graves na capacidade do sistema de regulação dos preços de medicamentos para enfrentar práticas anticoncorrenciais dos produtores, fragilidades essas que decorrem de lacunas existentes na própria redação da lei atualmente em vigor.

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

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

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

A jurisprudência do TCU é categórica quanto à precariedade da tabela da CMED/ANVISA para fins de apuração de sobrepreço conforme (Acórdãos 2.150/2015-TCU-Plenário, Ministro Relator Bruno Dantas, e 3.016/2012-TCU-Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues).

Observa-se que o TCU quando prolatou o Acórdão n.º 2150/15, (relatoria do Ministro Bruno Dantas, em Sessão da Primeira Câmara do TCU de 26/8/2015) entendeu, pela inadequação da adoção da tabela da CMED como referencial de preços, *in verbis*:

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

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

[...]

A segunda falha se refere à ausência de realização de uma **ampla** pesquisa de preços, ferindo frontalmente o art. 15, §1º, da Lei n. 8.666/1993. Observe-se que a pesquisa é feita basicamente consultando-se o site da Anvisa e a tabela da CMED, sem levar em consideração outras fontes de preços, tais como: preços constantes Banco de Preços da Saúde, preços praticados em outros certames etc. Embora a falha tenha sido observada nos processos de compras de medicamentos e materiais relativos aos exercícios de 2011 a 2013, cumpre mencionar a recente edição da Instrução Normativa 5/2014 da Secretaria de

Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, que “dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral”, a qual merece ser observada para as aquisições a serem realizadas pela Universidade Federal de Santa Maria (g.n).

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

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

Observa-se que o mencionado entendimento está devidamente alinhado à exigência da comprovação da realização de ampla pesquisa de preços, com os respectivos quantitativos previamente à deflagração do certame licitatório, mediante a elaboração de orçamento detalhado em planilhas (art. 7º, inciso II, da Lei Federal n. 8.666/93 c/c o art. 40, §2º, inciso II, da mesma Lei).

Conforme já dito anteriormente a metodologia de apuração constante do relatório elaborado pela equipe técnica do SURICATO, tem por base referencial os preços máximos para a venda de medicamentos para os órgãos públicos municipais e estaduais o Preço Fábrica ou Preço Fabricante das tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos (SAMMED) da CMED e o PMVG, nos casos em que se aplica o CAP.

A metodologia adotada alinhou-se, inicialmente, ao entendimento do TCU constante do Acórdão n. 1437/2007, o qual previa o preço definido pela CMED/ANVISA como critério que devia ser utilizado pelo Poder Público para a aceitabilidade dos preços máximos de medicamentos e, portanto, de apuração e quantificação do débito oriundo de sobrepreço e superfaturamento na aquisição de medicamentos.

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

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

Acórdão n. ° 2901/2016

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

Constam desse Acórdão as seguintes considerações:

[...]

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

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

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

63.Na verdade, não concordo com tal assertiva e, tampouco, vejo um alinhamento jurisprudencial claro nesse sentido, pois existem julgados do Tribunal em sentido diametralmente oposto. Em particular, cito o Relatório de Auditoria Operacional com o objetivo de avaliar se a atuação regulatória da Cmed reduz os efeitos das falhas de mercado, evitando a prática de preços abusivos. Tal fiscalização, apreciada pelo Acórdão 3.016/2012-TCU-Plenário, constatou o superdimensionamento dos preços de fábrica divulgados pela Cmed. Foi verificado, entre diversos achados, que os preços de tabela são significativamente superiores aos praticados em compras públicas, com casos em que chegam a mais de 10.000% de variação.

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

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

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

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

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

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

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

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

72.Os novos medicamentos embutem em seus preços os elevados investimentos em pesquisa e desenvolvimento realizados pela indústria farmacêutica. Com o transcurso do tempo e a consequente amortização de tais gastos, bem como o fim do período de monopólio, o preço dos fármacos segue uma natural tendência declinante, também não captada pela metodologia de reajustes implementada pela Cmed. Por isso e por outros motivos, a auditoria apreciada pelo Acórdão 3.016/2012-TCU-Plenário constatou maior aderência dos medicamentos novos aos preços internacionais e, por outro lado, maior discrepância entre os preços internacionais nos princípios ativos que já eram comercializados há mais tempo.

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

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

O Banco de Preços em Saúde (BPS) é válido como referencial de preços de mercado na aquisição de medicamentos, diferentemente da tabela da Câmara de Regulação do Mercado

de Medicamentos (Cmed) , uma vez que os preços da Cmed são referenciais máximos que a lei permite a um fabricante de medicamento vender o seu produto, o que não se confunde com os preços praticados no mercado.

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. Ao consolidar as informações de aquisições na administração pública, o BPS possibilita ao gestor ter uma referência de preços, com a facilidade de selecionar os registros que mais se aproximem da realidade de sua contratação, mediante a consideração de região de fornecimento, quantitativos, fabricante, fornecedor, tipo de entidade contratante etc.

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

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

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

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

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

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

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

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

Oportuno assinalar que por meio do Acórdão 2318/2017-Plenário do Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, o TCU estabeleceu que é da competência do pregoeiro e da autoridade que homologa o certame verificar se houve pesquisa recente de preços junto ao mercado fornecedor do bem licitado e se essa pesquisa se orientou por critérios aceitáveis.

Destaca-se que mesmo com o BPS e as listas da CMED, o mercado de medicamentos é caracterizado por expressivas variações de preços nas aquisições do setor público. E um dos fatores que mais contribui para esse cenário é a estimativa precária dos preços de referência.

Incumbe ao gestor público comprovar a compatibilidade do preço orçado com os preços de mercado nos termos do Acórdão TCU 28/2013-Pleno. Ressalta-se aqui o alinhamento desse Acórdão ao disposto no art. 113 da Lei Federal n.º 8.666/1993.

Frisa-se que a responsabilidade solidária pela pesquisa de preços já foi definida pelo TCU nos Acórdãos 509/2005-Pleno e 2.136/2006 da Primeira Câmara. Para aquela Corte de Contas, mesmo existindo setor responsável pela pesquisa de preços, a Comissão de Licitação, bem como a autoridade que homologa o procedimento licitatório, não estão isentos de verificar se efetivamente os preços ofertados estão de acordo com os praticados no mercado.

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

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

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

[...]

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

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

Conforme avaliado pelo TCU, *o relatório de comercialização de 2010 (peça 26) aponta um faturamento global do setor farmacêutico naquele ano de R\$ 32,5 bilhões. Os cinquenta princípios ativos analisados representaram um faturamento de R\$9,2 bilhões e as apresentações analisadas R\$ 6,1 bilhões. A partir das quantidades comercializadas dessas apresentações em 2010, calculou-se o seu faturamento caso fosse estabelecido como preço máximo a média internacional calculada para cada fármaco. **O resultado é que o país deixaria de gastar com essas apresentações R\$ 1,1 bilhão, ou 18% do que foi gasto.***

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

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

Observa-se que o entendimento pacificado no TCU é no sentido de que as compras devem balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, os quais no caso de medicamentos e correlatos, estão disponíveis no Banco de Preços em Saúde, do Ministério da Saúde, entre outros bancos de dados.

As graves distorções apontadas pelo TCU nos preços constantes da tabela da CMED evidenciam que esta não se constitui como um parâmetro adequado e confiável para o referenciamento de preços em licitações públicas. Isso porque os preços referenciais apresentados nas tabelas da CMED não são estabelecidos para refletir os valores de mercado, mas tem nítido objetivo de controlar os preços de medicamentos no Brasil.

Observa-se que a utilização apenas da tabela da CMED, como referencial para fins de comparação entre os preços pagos pela Administração Municipal se mostra inapropriada, pois a sua utilização deve subsidiar a pesquisa de preços praticados pelo mercado e a sua conformidade aos preços constantes do Banco de Preços em Saúde - BPS, caso contrário pode ensejar a interpretação equivocada de sobrepreço, em face da ocorrência de valores excessivamente baixos ou incompatíveis com aqueles comercializados pelo mercado.

Os preços-limite da CMED/ANVISA, quando estão superdimensionados, requerem a necessária adequação destes àqueles praticados pelo mercado e também aos registrados no BPS. Sem a adoção desse ajuste nos valores, a compra ainda que realizada com a observância aos preços máximos da CMED poderá mostrar-se antieconômica, o que configurar-se-ia em prejuízo ao erário.

Entendo que os preços divulgados pela CMED não sejam o parâmetro mais adequado para servir como referência para aquisições públicas de medicamentos ou como critério de avaliação da economicidade de tais aquisições por parte dos órgãos de controle.

Em pesquisa intitulada “*Análise Econômica do Preço de Medicamentos no Brasil: a diferença entre os valores declarados pelas instituições de saúde e os valores regulados no ano de 2013*” realizada por Lucas Felipe Carvalho Oliveira ((Universidade de Brasília – UnB. Faculdade de Ceilândia – FCE. Bacharelado em Saúde Coletiva. Trabalho de Conclusão de Curso. 2015) foram comparados os preços de 267 medicamentos estabelecidos pela CMED (preços regulados), com os preços registrados no BPS em 2013.

De acordo com a referida pesquisa constatou-se que os limites da CMED estão muito acima dos valores praticados. Informou-se nessa pesquisa, que levando em consideração a média ponderada, os preços regulados foram 119% maiores que os preços praticados por instituições de saúde que declararam no BPS, tendo como base o PMVG; já o Preço Fábrica ficou em média 181% maior que o preço praticado.

Cabe lembrar que em relação à aquisição antieconômica, o TCU entende que o eventual prejuízo aos cofres públicos deve ser apurado, sempre que possível, levando em consideração os preços obtidos em licitações e contratos firmados por outros órgãos da Administração Pública em época contemporânea à realização do procedimento licitatório, por expressar a realidade do preço de mercado, conforme Acórdão n.º 5.708/2017-Primeira Câmara.

Como bem assinalado na cartilha do TCU (“Orientações para aquisições públicas de medicamentos” disponível na *internet*) se empregado da forma adequada, a utilização do BPS

como referência de preços é plenamente válida e desejável, seja pelo gestor público, para balizar o preço de suas contratações, seja pelos órgãos de controle, para avaliar a economicidade dos contratos.

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

Tendo em vista que não foram identificados nos autos quaisquer documentos que comprovassem a realização de ampla pesquisa de preços de mercado, que corroborasse a exatidão dos valores máximos admitidos como único parâmetro para a apuração de sobrepreço, entende-se como inapropriada a utilização apenas da tabela da CMED como referencial para a alegação de compras antieconômicas dada as graves distorções nela contidas, razão pela qual afasta-se o apontamento de sobrepreço pela equipe técnica em face das impropriedades identificadas no critério adotado para a sua apuração.

Tendo em vista que não foram identificados nos autos quaisquer documentos que comprovassem a realização de ampla pesquisa de preços de mercado, que corroborasse a exatidão dos valores máximos admitidos, como parâmetro para a apuração de sobrepreço, entende-se como inapropriada a utilização da tabela da CMED, como referencial para a alegação de compras antieconômicas dada as graves distorções nela contidas, razão pela qual afasta-se o apontamento de sobrepreço pela equipe técnica em face das impropriedades identificadas no critério adotado para a sua apuração.

De fato, para a apuração de sobrepreço o Banco de Preços em Saúde se mostra mais adequado, por consolidar registros das aquisições de medicamentos feitas pelos órgãos e entidades públicas, diferentemente da tabela da CMED que define os preços máximos admitidos para a comercialização dos medicamentos.

Assim, data vênia, deixo de acolher a manifestação da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, em face da ausência de elementos probatórios na TCE n.º 898.653 que comprovem, que de fato, as aquisições de medicamentos mostraram-se antieconômicas, uma vez que o suposto sobrepreço teve por base apenas a tabela da CMED/ANVISA, não havendo nos autos qualquer informação relativa à utilização na apuração dos dados extraídos do BPS, além de ampla pesquisa de preços prévia ao certame, conforme preconiza o art. 15, § 1º da Lei de Licitações.

Oportuno ressaltar que no exame da Tomada de Contas Especial n.º 986861, a egrégia Primeira Câmara, em Sessão de 01/10/2019, determinou o arquivamento dos autos, nos termos do voto vista deste Relator. O mencionado processo é similar ao que ora se examina, tendo em vista ser originado do SURICATO, em face de supostas aquisições de medicamentos antieconômicas por parte do Município de Santos Dumont em 2016, com apontamento da ocorrência de sobrepreço dos fármacos com base exclusivamente na tabela da CMED/ANVISA.

Feitas todas as considerações e corroborando a minha manifestação no exame da Tomada de Contas Especial n.º 986861 entendo que esta TCE também carece de elementos probatórios que evidenciem de forma cabal, que as aquisições de medicamentos, realizadas pelo Município de Congonhas, mostraram-se antieconômicas, uma vez que não se pode adotar como referencial apenas a tabela da CMED/ANVISA, mas também devem ser usados os dados extraídos do Banco de Preços em Saúde - BPS do Ministério da Saúde, os quais serão

confrontados com ampla pesquisa de preços (não comprovada nos presentes autos) dos itens que seriam adquiridos previamente à instauração do processo licitatório, conforme preconiza o art. 15, § 1º da Lei de Licitações.

Por todo o exposto, considerando que os preços constantes da Tabela CMED estão sujeitos a distorções que os colocam muitas vezes abaixo daqueles preços normalmente praticados pelo mercado e tendo em vista que não há elementos suficientes nos presentes autos para a evidenciação de sobrepreço em relação aos medicamentos adquiridos pelo Município de Congonhas, voto pelo arquivamento do processo de Tomada de Contas Especial sob exame, conforme § 3º do art. 71 da Lei Complementar n. 102, de 2008, ante a falta de comprovação e de quantificação do dano, o que configura ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do feito.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, entendo como inapropriada a utilização *apenas* da tabela da CMED como referencial para a alegação de compras antieconômicas, tendo em vista as graves distorções nela contidas, razão pela qual concluo pela impossibilidade de evidenciação, nos presentes autos, da existência de dano e da sua quantificação, o que configura ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular, voto pelo arquivamento do processo de tomada de contas especial sob exame, nos termos do art. 71, § 3º, da Lei Complementar n. 102/2008.

Pugno para que se recomende ao atual Chefe do Poder Executivo Municipal e ao titular da Secretaria Municipal de Saúde de Congonhas para que nas compras de medicamentos promovam ampla pesquisa de preços de mercado, previamente à instauração do certame, consoante disposto no inciso V do art. 15 da Lei Federal n. 8.666/93 promovendo-se a adequação dos valores àqueles constantes do Banco de Preços em Saúde – BPS do Ministério da Saúde e das tabelas elaboradas pelo Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos – SAMMED, da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, disponibilizadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, nos termos das disposições da Lei n.º 10.742/2003 e das Resoluções CMED n.º 02/2004, 04/2006 e 03/2011, de modo que seja obtido o menor preço e alcançada economicidade nessas aquisições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** rejeitar as preliminares de ilegitimidade passiva suscitadas pelo representante legal da TOTALMED Distribuidora Farmacêutica Ltda. e pelo Sr. Anderson Costa Cabido, mantendo-se a condição de responsáveis nos autos; **II)** determinar o arquivamento do processo de tomada de contas especial sob exame, nos termos do art. 71, § 3º, da Lei Complementar n. 102/2008, considerando inapropriada a utilização *apenas* da tabela da CMED como referencial para a alegação de compras antieconômicas, tendo em vista as graves distorções nela contidas, impossibilitando a evidenciação, nos presentes autos, da existência de dano e da sua quantificação, o que configura ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular; **III)** recomendar ao atual Chefe do Poder Executivo Municipal e ao titular da Secretaria Municipal de Saúde de Congonhas que nas compras de medicamentos promovam ampla pesquisa de preços de mercado, previamente à

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

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho e o Conselheiro Durval Ângelo.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de dezembro de 2019.

JOSÉ ALVES VIANA

Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

jc/kl

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/_____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**