DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 124/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/9151/2021
PROTOCOLO	: 2121764
ÓRGÃO	: FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE PARANAIBA
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: AMAURI ALVES MARIANO
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS SOB DEMANDA JUDICIAL – INCOMPABILIDADE DA TABELA ABCFARMA PARA COMPRAS PÚBLICAS – IRREGULARIDADES NA DEFINIÇÃO DO OBJETO E QUANTITATIVOS, NA PESQUISA DE PREÇOS E NO CRITÉRIO DE JULGAMENTO – DEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR.

Vistos, etc.

Trata-se de **Controle Prévio** exercido pela Divisão de Fiscalização de Saúde (peça 9), solicitando medida cautelar, com apontamento de supostas irregularidades no procedimento licitatório na modalidade de **Pregão Presencial nº 59/2021**, instaurado pelo **Município de Paranaíba/MS**, tendo como objeto a aquisição de medicamentos para atendimento de demanda judicial, através da oferta de maior porcentagem de desconto sobre a Tabela ABCFarma, com valor estimado de **R$ 400.000,00** (quatrocentos mil reais).

Relevante destacar que a sessão pública do referido pregão aconteceu no dia **18/08/2021**, tendo se sagrado vencedora a empresa Santana Comércio de Produtos Farmacêuticos Eireli, que apresentou percentual de desconto de 48%.

Antes de apreciar a medida cautelar solicitada, este Relator optou pela oitiva inicial do jurisdicionado, o qual já se pronunciou (peças 17-18)

Eis o breve relatório. Passo à decisão.

Inicialmente, esclareço que neste juízo de cognição sumária será observado o **Princípio da Verdade Material**, que vigora no processo de contas, analisando-se substancialmente se as "irregularidades" apontadas pela Divisão Especializada prejudicaram a competitividade e economicidade do Pregão Presencial nº 59/2021, do Município de Paranaíba/MS, ou se foram meras "impropriedades formais".

Também será vetor desta análise o **Princípio da Razoabilidade**, previsto no art. 5º, LIV, da CF, como decorrência do Devido Processo Legal em sua acepção substantiva (*substantive due process of law*). Em decorrência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com as inovações produzidas pela Lei nº 13.655/2018, o Princípio da Razoabilidade passou a ter grande importância nas decisões das esferas administrativa, controladora e judicial. A LINDB renovada abusa de termos como "necessidade e adequação da medida imposta" (Parágrafo único do art. 20), "modo proporcional e equânime" (Parágrafo único do art. 21) ou "natureza e gravidade da infração" e "circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente" (§ 2º do art. 22).

E especificamente o *caput* do art. 22 da LINDB oferta um parâmetro de realidade relevantíssimo em matéria de hermenêutica, qual seja:

> *Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*

Em sua análise, a Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias apontou as seguintes irregularidades no Pregão Presencial nº 59/2021:

1- ***Descrição imprecisa do objeto da licitação;***

2- ***Não realização da estimativa de consumo;***

3- ***Pesquisa de preços insuficiente;***

4- ***Critério de julgamento inadequado.***

Embora as irregularidades apontadas pela Divisão Especializada sejam relevantes, o **problema crucial** deste pregão é a **incompatibilidade** entre a utilização da Tabela ACBFarma, que lista preços máximos de **venda ao consumidor** e é produzida pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (iniciais de ABCFarma), com as **normas sobre compra e venda de medicamentos para o setor público**, estabelecidas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), órgão interministerial que tem a Secretaria-Executiva sob o comando da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Há um desconto mínimo obrigatório para compras públicas de medicamentos, denominado **Coeficiente de Adequação dos Preços (CAP)**, que atualmente está em 20,16% sobre o **Preço de Fábrica (PF)**. A aplicação desse desconto resulta no **Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG)**, que é o preço teto para compras governamentais de medicamentos, conforme a Resolução CMED nº 4, de 9 de março de 2011, a Resolução CMED nº 1/2018 e a Orientação Interpretativa nº 02/2006 da ANVISA.

A ANVISA destaca, em seu portal, que o desconto aplica-se em duas situações: compras de medicamentos constantes da lista de medicamentos sujeitos ao CAP ou aquisição de qualquer medicamento por força de decisão judicial. Quando a legislação não prevê a aplicação do CAP, o PMVG será igual ao PF.

A Tabela ABCFarma, por estabelecer preços para os consumidores em geral, não traz qualquer diferenciação em relação ao PMVG.

Diferencia-se, assim, das Tabelas da CMED, que são subdivididas em “Preços de Medicamentos (Preço Fábrica e Preço Máximo ao Consumidor)” e “Preços de Medicamentos para Compras Públicas”.

Esse fato já seria suficiente para considerar-se inadequado o uso exclusivo da Tabela ABCFarma para compras públicas de medicamentos. Há que se lembrar, porém, que mesmo a Tabela CMED apresenta elevadíssimas variações de preços, chegando a 10.000% em relação aos valores efetivamente praticados no mercado farmacêutico, o que já levou a Tribunal de Contas da União (TCU) a desprestigia-la para aquisições públicas (Acórdãos 2.150/2015-TCU-Plenário, Ministro Relator Bruno Dantas, e 3.016/2012-TCU-Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues), nos seguintes termos:

> *“Os preços referenciais apresentados nas tabelas da CMED não são elaborados para refletir os valores de mercado, mas, sim, com o objetivo de regular os preços de medicamentos no Brasil. Vale destacar que a Auditoria Operacional realizada pelo TCU constatou, à época, preços da tabela CMED significativamente superiores aos praticados em compras públicas, havendo casos em que ultrapassavam 10.000%.”*

Há que se levar em conta, também, consoante o Convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz ICMS 87/2002, que operações realizadas com os fármacos listados nesse convênio destinados a órgão da Administração Pública Direta e Indireta federal, estadual e municipal e as suas fundações públicas são isentas do ICMS. Portanto, para determinados medicamentos, além do desconto CAP, há a desoneração do ICMS, conforme o Guia do TCU “Orientações para aquisições públicas de medicamentos”.

Outro aspecto que deve ser considerado é a **restritividade** da Tabela ABCFarma, que só é fornecida aos associados, ao custo que varia conforme o Estado e que no caso de Mato Grosso do Sul está em **R$ 500,00**, valor que pode ser parcelado em duas vezes ou pago à vista com 10% de desconto no boleto.

Não obstante, passo a examinar os quatro itens de irregularidades suscitadas pela Divisão de Fiscalização de Saúde, fazendo-o, porém, agrupados dois a dois em razão de estarem intrinsicamente ligados.

Observo, quanto aos **itens 1 e 2** acima, que o jurisdicionado definiu o objeto da licitação como "aquisição parcelada de medicamentos, que não façam parte da farmácia básica, visando atender os munícipes atendidos pela Rede Pública de Saúde, mediante a apresentação de receituário médico expedido pela Secretaria de Saúde, e as ações judiciais para tratamento de paciente com doenças crônicas, através da oferta de maior porcentagem de desconto sobre a TABELA ABCFARMA - Órgão Oficial da Associação Brasileira de Comércio Farmacêutico para Farmácias, Drogarias e Empresas do Setor".

Inexiste, porém, no Edital ou nos seus Anexos a **precisa, suficiente e clara** definição dos medicamentos que serão adquiridos, nos termos exigidos pelo art. 3º, II, da Lei nº 10.520/2002. Na Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão, o art. 14 e o § 7º, I, do art. 15 determinam a necessidade de as compras pública com **adequada caracterização** do objeto e a **especificação completa do bem** a ser adquirido.

Nesse sentido, também, a Súmula nº 177 do Tribunal de Contas da União (TCU), segundo a qual **constitui, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão**.

O jurisdicionado alega que não tem como definir esses medicamentos em razão de serem relativos a demandas judiciais, com itens diferentes das compras rotineiras realizadas pela administração municipal.

Tal assertiva, porém, destoa completamente da forma como o jurisdicionado fez a estimativa de valor de **R$ 400.000,00** para essa licitação, ao informar que se baseou em contratações similares realizadas em 2019 e 2020. **Se houve estimativa de preço total baseada no histórico de contratações anteriores, também poderiam ser definidas qualidades e quantidades de medicamentos pelo mesmo método**. Assim, fica evidente a **falha de planejamento** na elaboração do Estudo Técnico Preliminar.

Contudo, como bem apontou a Divisão de Fiscalização de Saúde, além da análise de suas próprias compras anteriores de medicamentos por demanda judicial, a Prefeitura Municipal de Paranaíba poderia tomar por base pesquisa sobre os medicamentos mais judicializados no Estado e no País e as informações obtidas junto aos núcleos de apoio técnico do judiciário. Além disso, também restaria a opção de compra direta, sempre precedida de pesquisa de preços, em caso de o medicamento ser urgente e não estar previsto na licitação.

O jurisdicionado argumenta, ainda, que a escolha por essa modalidade de licitação, via desconto percentual na Tabela ABCFarma, atende a necessidade da administração em razão de evitar o risco de formação de estoque desnecessário. Essa necessidade, entretanto, poderia ser suprida se tivesse feito licitação por itens de medicamentos no **Sistema de Registro de Preços**, pelo qual a administração compra conforme a necessidade e não está obrigada a efetuar o consumo total.

Além disso, a definição das quantidades deve ser realizada com estudo baseado em **efetivo consumo** e não com autorização absolutamente aberta, de A a Z. Aqui, portanto, houve clara ofensa ao art. 15, § 7º, inc. II da Lei n. 8.666/93, a seguir reproduzido (grifos nossos):

> *§ 7º **Nas compras deverão ser observadas**, ainda:*
> *I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;*
> *II - **a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação**;*

Quanto aos **item 3 e 4**, a Divisão Especializada aponta **pesquisa de mercado insuficiente**, posto que lastreada apenas na Tabela ABCFarma. Sustenta que as pesquisa de preços devem ser realizadas com variadas fontes, inclusive com preços praticados por entes e órgãos públicos em contratações

semelhantes, em obediência ao art. 15, V, da Lei nº 8.666/93. Aponta, ainda, **critério de julgamento inadequado**.

O jurisdicionado asseverou que fez pesquisa de mercado apenas com relação ao percentual de desconto sobre a Tabela ABCFarma, chegando à média de 23,75% (peça 18). Afirmou também que a jurisprudência deste Tribunal de Contas dá guarida a este pregão presencial, colacionando decisões de 2018 e 2019 que consideraram válida a utilização da Tabela ABCFarma.

Quanto a esta última assertiva do jurisdicionado, é importante destacar que a jurisprudência desta Corte citada foi consolidada em sentido diverso, em novembro de 2020, com a edição do **Parecer C – PAC00-6/2020** deste Tribunal, conforme se vê abaixo (grifos nossos):

> *EMENTA - CONSULTA — EXECUTIVO MUNICIPAL — AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS — FORMAÇÃO DE PREÇOS — POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DAS TABELAS CMED, ABCFARMA, CAP E BPS COMO PARÂMETRO — UTILIZAÇÃO DE DIVERSAS FONTES DE PESQUISA DE PREÇOS — FORMAÇÃO DA CESTA DE PREÇOS ACEITÁVEIS — METODOLOGIA PARA FIXAÇÃO DE VALOR ESTIMADO. 1.* ***Pode o Município, na formação de preços para a aquisição de medicamentos, tanto ordinariamente, quando por meio de decisões judiciais, adotar como parâmetro as tabelas CMED, ABCFARMA, CAP e BPS, porém, estas não devem ser a única fonte de pesquisa para a formação do preço de referência ou para determinar o preço máximo a ser dispendido pela Administração.***
>
> *2.* ***A pesquisa de preços deve ser a mais abrangente possível, buscando diversas fontes de consulta, por meio da formação da cesta de preços aceitáveis****, incluindo para isso a cotação com fornecedores, sistemas de banco de dados, catálogos de segmentos especializados, atas de registro de preços, consulta a sistemas de compras, contratações*

> *semelhantes e orçamentos obtidos junto a fornecedores. A pesquisa só poderá se limitar a cotações de fornecedores quando não for possível obter preços referenciais nos segmentos anteriormente citados, devendo ser justificada nos autos do processo de contrafação. 3. Devem ser utilizados, como métodos para obtenção do preço estimado, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros usados na pesquisa, desconsiderando os valores inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados.*

Sobre a pesquisa de mercado tão-somente do percentual de desconto tendo como base de cálculo a Tabela ABCFarma, com média de 23,75%, **tratou-se de uma levantamento inócuo, pois sequer serviu de parâmetro de desconto mínimo aceitável**, visto que não está previsto no Edital e seus Anexos. Verifica-se, portanto, que inexistiu nessa licitação qualquer balizador/limitador de preço ou desconto. E mais: como o maior desconto é linear, fixado em 48% na proposta vencedora da licitação, sua incidência vale para todos os itens, mesmo aqueles que tiverem variação acima de 10.000%, como apontado no julgado do TCU citado alhures.

Já o **critério de julgamento**, de maior percentual de desconto, é **inadequado por se tratar de alíquota que incide sobre preço de varejo, direcionado ao consumidor comum**, no caso da Tabela ABCFarma. Trata-se de situação que **não se coaduna com as compras de grande escala feitas pelo setor público**, como já apontou diversas vezes do TCU (Acórdãos 2.901/2016-Plenário, Ministro Redator Benjamin Zymler; 5.810/2017-2ªCâmara, Ministra Relatora Ana Arraes; 1.049/2004-Primeira Câmara) e este Tribunal de Contas (**Decisão Liminar DLM-G.WNB-40/2021**, nos autos do **TC/1130/2021**).

Aquisição de medicamentos pela Tabela ABCFarma pode gerar preços muito superiores aos praticados no mercado, o que viola os Princípios da

Economicidade, da Razoabilidade e da Supremacia do Interesse Público.

Assim, em sede de cognição perfunctória, **há elementos nos autos que indicam a necessidade de determinar a anulação do procedimento licitatório**, até mesmo porque, além das irregularidades apontadas, pode haver dano ao erário público. Insta lembrar que a **nulidade da licitação induz à do contrato**, nos termos do § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/93.

Diante do exposto e pelos fundamentos descritos, **DEFIRO A MEDIDA CAUTELAR PARA DETERMINAR A ANULAÇÃO DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 59/2021, DO MUNICÍPIO DE PARANAÍBA/MS**, com fundamento no art. 4º, I, "b", 3, c/c art. 149 do RITC/MS, e nos termos do art. 149, § 3º, I, a ser comprovada nestes autos pelo responsável no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa em caso de descumprimento da decisão.

Outrossim, **DETERMINO** ao responsável que promova a correção das falhas apontadas nesta decisão e na análise da Divisão de Fiscalização (peça 9), como condição para realização de novo certame deste mesmo objeto.

É a decisão.

Publique-se e Intime-se.

Campo Grande/MS, 15 de outubro de 2021.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

JRA/2021-10