ACÓRDÃO - AC00 - 1485/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/8660/2019
PROTOCOLO	: 1989865
TIPO DE PROCESSO	: AUDITORIA
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE LADARIO
JURISDICIONADOS	: 1. CARLOS ANIBAL RUSO PEDROZO 2. IRANIL DE LIMA SOARES 3. ANA LÚCIA DE VASCONCELLOS PEREIRA 4. DEJAILTON HENRIQUE ASSAD 5. JUVENAL ÁVILA DE OLIVEIRA 6. JOSIANE BRAGA 7. DENILSON MÁRCIO DA SILVA
ADVOGADOS	: FÁBIO LEANDRO ADVOGADOS ASSOCIADOS – OAB/MS 318/2017; FÁBIO CASTRO LEANDRO – OAB/MS 9.448; RODRIGO DALPIAZ DIAZ OAB/MS 9.108 E OUTROS.
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: AUDITORIA – EXECUTIVO MUNICIPAL – EXAME POR AMOSTRAGEM – RELATÓRIO DE INSPEÇÃO – ANÁLISE DA LEGALIDADE DOS PROCESSOS DE AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, DISPENSAS E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – ACHADOS – PREÇOS SUPERIORES AOS ESTABELECIDOS PELA CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS (CMED) – PREÇOS SUPERIORES AOS PRATICADOS POR OUTROS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DESOBEDIÊNCIA ÀS PRESCRIÇÕES LEGAIS E REGULAMENTARES – DANO AO ERÁRIO – IRREGULARIDADE – DETERMINAÇÃO – APLICAÇÃO DE MULTA – IMPUGNAÇÃO DE VALORES.

1. Conforme a jurisprudência do TCU, os preços divulgados pela CMED não são 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, pois são referenciais máximos, havendo, portanto, para a Administração Pública a obrigatoriedade de se comercializar medicamentos abaixo do valor da tabela.
2. A aquisição de medicamentos com valor acima do teto estabelecido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), bem como superiores às médias ponderadas dos preços registrados no Banco de Preços em Saúde (BPS), por meio de contratações diretas realizadas no período em exame, reveste de irregularidade os atos de gestão praticados pelo responsável na Administração Pública, gerando aplicação de multa aos responsáveis.
3. É impugnada a despesa no valor correspondente à diferença entre o valor efetivamente pago pelos medicamentos e o valor-teto registrado na tabela CMED, cuja responsabilidade é imputada aos jurisdicionados responsáveis, e lhes aplicada também a multa de 5% (cinco por cento) do dano causado ao erário municipal, calculado sobre as suas respectivas proporções monetárias, bem como determinada ao prefeito a adoção das medidas necessárias.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 14ª Sessão Ordinária Presencial do Tribunal Pleno, realizada em 29 de junho de 2022, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em **declarar,** com fundamento na regra do art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, a **irregularidade** dos atos e procedimentos administrativos indicados nos itens 2.4 e 2.5 do Relatório de Inspeção nº 48/2019, realizado pela Divisão de Fiscalização de Saúde, tendo em vista a realização de processos simplificados e dispensas de licitação para aquisição de medicamentos com valores acima do limite estabelecido pela CMED, no período de 2017 e 2018, pelo município de Ladário; **determinar,** com fundamento na regra dos arts. 61, *caput,* e 64, ambos da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, ao Prefeito de Ladário ou quem sucedê-lo, a adoção das medidas necessárias para que promova a comunicação da CMED acerca das infrações declaradas nesta decisão, em especial, no que tange à aquisição pelo município de Ladário, no período de 2017 e 2018, de medicamentos cujos valores superaram o limite máximo estipulado pela referida instituição; **aplicar multas** aos Srs.(a) **Ana Lucia Vasconcelos Pereira**, **Juvenal Ávila de Oliveira e Denilson Márcio da Silva**, que na época dos fatos ocuparam o cargo de Secretário(a) de Saúde de Ladário**,** assim distribuídas: **1) 50 (cinquenta) UFERMS,** para cada jurisdicionado relacionado no caput deste inciso, pelas infrações descritas nos termos dispositivos do inciso ***I*** deste Voto, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, IV e IX e 45, I, da Lei Complementar (Estadual) nº 160/2012; **2) 5% (cinco por cento) do dano causado ao erário** municipal, para cada jurisdicionado relacionado no caput deste inciso,, calculado sobre as suas respectivas proporções monetárias indicadas no inciso ***IV, item 1***, deste Voto, com fundamento nas regras do arts. 21, X, 42, *caput* e inciso IX, 44, I e 45, II, da Lei Complementar (Estadual) nº 160/2012, observado o disposto nos arts. 181, II, e 185, II, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução Normativa TC/MS nº 98/2018); **impugnar,** com fundamento nas regras dos arts. 42, I e IX, e 61, I, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, bem como do art. 185, II, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução Normativa TC/MS nº 98/2018), **a despesa no valor de R$ 12.175,19** (doze mil cento e setenta e cinco reais e dezenove centavos), correspondente à diferença apontada entre o valor efetivamente pago pelos medicamentos e o valor-teto registrado na tabela CMED, devendo tal valor ser: **1) ressarcido** ao erário do município de Ladário, nas proporções abaixo relacionadas: **a.** Sra. **Ana Lúcia Vasconcelos Pereira,** Secretária Municipal de Saúde no período de 1/1/2017 a 6/11/2017, no valor de **R$ 4.779,21** (quatro mil setecentos e setenta e nove reais e vinte e um centavos), a ser atualizado; **b.** Sr. **Juvenal Ávila de Oliveira,** Secretário Municipal de Saúde no período de 16/1/2018 a 25/11/2018, no valor de **R$ 2.246,32** (dois mil duzentos e quarenta e seis reais e trinta e dois centavos), a ser atualizado; **c.** Sr. **Denilson Márcio da Silva,** Secretário Municipal de Saúde no período de

27/11/2018 a 2/4/2020, no valor de **R$ 5.149,66** (cinco mil cento e quarenta e nove reais e sessenta e seis centavos), a ser atualizado; **2)** monetariamente **atualizado** e com a incidência dos juros moratórios, segundo os índices ou critérios que a Administração municipal aplica para o recebimento dos seus créditos tributários, nos termos do art. 61, § 1º, da Lei Complementar (estadual) nº 160, de 2 de janeiro de 2012, observado o disposto no art. 185, § 1º, IV, alíneas "a" e "b", do Regimento Interno (aprovado pela Resolução Normativa TC/MS nº 98/2018)**;** e **fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias** contados da data da intimação do(s) responsável(is), para que: **1.** o(s) apenado(s) pague(m) os valores das multas que lhe foram infligidas e assinalar que os pagamentos deverão ser feitos em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, consoante as regras do arts. 50, II, e 83 da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, observado o disposto no art. 99, parágrafo único, e art. 185, §1º, I e II, do Regimento Interno; **2.** o atual Prefeito de Ladário, ou quem sucedê-lo, comprove nestes autos o atendimento da determinação contida no inciso II deste Voto, cujo monitoramento do cumprimento será exercido pelo cartório deste Tribunal, nos termos do art. 187, inciso II, do Regimento Interno.

Campo Grande, 29 de junho de 2022.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

A matéria dos autos trata do Relatório de Inspeção nº 48/2019, realizado pela equipe de auditores da Divisão de Fiscalização de Saúde (DFS), em visita realizada ao Município de Ladário, nos dias 14 e 15 de agosto de 2019, tendo como objeto a análise da legalidade dos processos de aquisição de medicamentos (procedimento licitatório, dispensas e inexigibilidade de licitação), pelo município de Ladário, nos exercícios de 2017 e 2018.

Ao final dos trabalhos de fiscalização foram elencados os seguintes achados no Relatório de Inspeção (RDI – DFS 48/2019 – pç. 18, fls. 2106-2129):

1. Inexistência de planejamento na aquisição de medicamentos;
2. Aquisição de diversos medicamentos sem a realização de procedimento licitatório;
3. Incorreta especificação dos medicamentos licitados;
4. Preços superiores aos estabelecidos pela CMED;
5. Preços superiores aos praticados por outros entes da Administração Pública.

Em face disso, a Divisão de Fiscalização de Saúde formulou proposta de encaminhamento de medidas a serem adotadas, abaixo discriminadas:

1. Aplicação de multa contra o Sr. Carlos Anibal Ruso Pedrozo, ex-Prefeito Municipal, e Sr. Iranil de Lima Soares, atual Prefeito Municipal, pelas irregularidades apontadas nos subitens 2.1 e 2.2;
2. Aplicação de multa contra a Srª Ana Lúcia Vasconcelos Pereira, ex-Secretária de Saúde, e contra os Srs. Juvenal Ávila de Oliveira, Josiane Braga e Denilson Márcio da Silva, Secretários Municipais de Saúde (subitem 1.4) pelas irregularidades apontadas nos subitens 2.1 a 2.5;
3. Seja determinada a impugnação de valores pagos pela Administração que excederam os limites estabelecidos pela CMED, para que os ordenadores ressarçam os cofres públicos, como tratado no subitem 2.6, no valor total de R$ 12.193,73;
4. Seja determinada aos atuais gestores a observância dos preços máximos de venda de medicamentos estabelecidos pela CMED nas próximas licitações formalizadas pela Prefeitura de Ladário;
5. Seja determinado aos atuais gesteores que os preços registrados no Banco de Preços em Saúde sejam utilizados como parâmetro nas próximas licitações realizadas pela Prefeitura de Ladário;

6. Seja recomendado aos atuais gestores que especifiquem os medicamentos a serem licitados por meio da utilização do catálogo de materiais CATMAT, conforme razões expostas no subitem 2.3;

7. Seja recomendado aos atuais gestores a elaboração de um plano anual de contratações na área de saúde, dentro do qual estejam previstas as aquisições de medicamentos, conforme exposto no subitem 2.1 e 2.2;

8. Seja oficiada a CMED – Câmara de Regulação de Mercado de Medicamentos – em razão de os preços dos medicamentos serem superiores aos limites estabelecidos.

Ato contínuo, em prestígio ao contraditório e ampla defesa, foi determinada a intimação dos jurisdicionados Carlos Anibal Ruso Pedrozo, Ana Lúcia de Vasconcelos Pereira, Dejainton Henrique Assad, Denilson Márcio da Silva, Iranil de Lima Soares, Josiane Braga e Juvenal Ávila Oliveira (fls. 2.132-40), entretanto, somente o Sr. Iranil de Lima Soares apresentou justificativas para compor a instrução processual (fls. 2165-72), sendo que os demais quedaram-se inertes, conforme certificado no Despacho DSP – G.FEK 24769/2020 (pç. 42, fls. 2.155-6).

O Ministério Público de Contas acompanhou o entendimento da Divisão de Fiscalização de Saúde e opinou pela adoção do seguinte julgamento (PAR 2ªPRC 10545/2020 – pç. 45, fls. 2.160-3):

I – Julgar pela irregularidade dos atos praticados pelos gestores e apresentados nos achados de auditoria 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 e 2.5, haja vista o cometimento da infração tipificada no artigo 2º, caput, artigo 14, caput, artigo 15, V, § 7º, I, II da Lei Federal nº 8.666/93; artigo 3º, II da Lei Federal nº 10.520/02; artigo 8º, caput, da Lei Federal nº 10742/03 e artigo 42, caput, da Lei Complementar nº 160/2012;

II – Aplicar multa aos senhores Carlos Anibal Ruso Pedrozo, exPrefeito Municipal, e Iranil de Lima Soares, atual Prefeito Municipal, apontadas nos subitens 2.1 e 2.2 e aos senhores Ana Lúcia Vasconcellos Pereira, ex-Secretária Municipal de Saúde, e contra os Srs. Juvenal Ávila de Oliveira, Josiane Braga e Denilson Márcio da Silva, Secretários Municipais de Saúde, pelas irregularidades apontadas nos subitens 2.1 a 2.5, nos termos do art. 44, I, da Lei Complementar nº 160/2012;

III – Impugnar, com fulcro no inciso I, artigo 61 da Lei Complementar nº 160/2012, o montante de R$ 12.193,73 (doze mil cento e noventa e três reais e setenta e três centavos), concernentes aos valores que excederam os critérios legalmente previstos, para que haja observância do teto de preços, dos medicamentos adquiridos pelas notas de empenho listadas às fls. 2121/2123 (item 2.4);

IV - Pelo acolhimento da proposta de encaminhamento formulada pela equipe de auditoria, encerrada nas recomendações constantes no item 4 do Relatório constante às fls. 2106/2129 do presente feito.

É o Relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Compulsando o Relatório de Inspeção RDI nº 48/2019 e demais documentos, a equipe técnica de auditores delimitou como **escopo da auditoria** "(...) todos os processos de aquisição de medicamentos (procedimentos licitatórios, dispensas e inexigibilidades de licitação) realizados pela Prefeitura de Ladário nos exercícios de 2017 e 2018", com o **objetivo** de "verificar se os preços dos medicamentos estão de acordo com os praticados por outros entes da federação e se observaram o preço máximo estabelecido pela CMED", delimitando duas **questões de auditoria**: "1. Os preços dos medicamentos estão abaixo dos fixados na Tabela CMED? E 2. Os preços dos medicamentos estão de acordo com os praticados por outros entes da Administração Pública?" (pç. 18, fl. 2.106-2.129).

A metodologia adotada no trabalho de auditoria *"foi composta pelas fases de planejamento e execução. O planejamento foi realizado por esta equipe nos meses de julho e agosto de 2019. A execução dos trabalhos foi realizada em visita realizada ao Município de Ladário nos dias 14 e 15 de agosto de 2019"*, tendo sido requisitado todos os documentos relativos aos processos licitatórios, dispensas de licitação e procedimentos simplificados realizados no período de 2017 e 2018, para aquisição de medicamentos (fl. 2.109).

Com efeito, apurou-se que nos exercícios de 2017 e 2018 foi realizado um procedimento licitatório (Pregão Presencial nº 39/2017 – Ata de Registro de Preços nº 4/2018), 20 procedimentos simplificados (Notas de Empenho nº 197, 271, 273, 401, 442, 448, 449, 452, 500, 532, 676, 701, 799, 929, 930, 931, 943, 940, 952 e 1086) e 16 dispensas de licitação (Dispensa nº 1, 40, 48, 61, 44, 20, 42, 73, 148, 91, 41, 144, 172, 108, 115 e 43), elencados às fls. 2.109-2.111.

Sobreveio aos autos declaração do Sr. Luciano Cavalcante Jara, Secretário Municipal de Administração, esclarecendo que até o final do exercício de 2017 as aquisições de até R$ 8.000,00 eram realizadas de maneira simplificada, em atenção às legislações e orientações da época, alterando-se a maneira como o procediam a partir de 2018, conforme determinação da Controladoria Geral do Município e Resoluções do TCE/MS (fl. 23).

A DFS avaliou por amostragem 15% do total dos medicamentos licitados no Pregão Presencial nº 39/2017 (total de 36 produtos), comparando-os com os preços registrados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) e com a média ponderada registrada no Banco de Preço em Saúde (BPS) das aquisições realizadas por outros entes nos seis meses anteriores à data da sessão pública do referido certame (fl. 2.111).

Ainda, de acordo com o RDI nº 48/2019, o Pregão Presencial nº 39/2017 e a respectiva Ata de Registro de Preços nº 4/2018 não foram encaminhados a esta Corte de Contas para análise, por envolver a utilização de recursos federais (fl. 2.109).

Diante de tais considerações, passo ao exame e julgamento da matéria.

Os auditores apontaram vários achados de auditoria no RDI 48/2019, os quais estão indicados às fls. 2.112-2.123 dos autos.

Inicialmente, concernente aos Achados relacionados nos **itens 2.1** e **2.2** do RDI nº 48/2019 **- 2.1 Inexistência de Planejamento na Aquisição de Medicamentos e 2.2 Aquisição de Diversos Medicamentos sem a Realização de Procedimento Licitatório -,** verifico que as contratações simplificadas e as dispensas de licitação relacionadas às fls. 21-2 dos autos decorreram do atendimento às determinações impostas pelo Poder Judiciário, em face de ações judiciais movidas por munícipes e da Ação Civil Pública nº 0105099-13.2009.8.12.0008, ajuizada pelo Ministério Público Estadual (MPE), todas tramitadas no foro de Corumbá.

Em que pese a DFS ter aduzido que "*em várias delas* [aquisições simplificadas e dispensas licitatórias] *a data da formalização do contrato é muito posterior à intimação da decisão judicial ou da última cotação, evidenciando-se, assim, que o requisito fático exigido para a realização das dispensas não estava presente"* (fl. 2.113), tenho que esta assertiva não está documentalmente amparada para traduzir a realidade de todos os casos em exame.

Isto porque, em consulta ao sistema e-Saj (Poder Judiciário do MS) consta nos andamentos dos processos judiciais relacionados que o município de Ladário foi compelido ao fornecimento de medicamentos não inseridos no SUS, de forma contínua e mediante apresentação de receituários médicos, bem como de outras obrigações de fazer. Assim é que, destaco trecho dispositivo da sentença que homologou um acordo celebrado entre os envolvidos na Ação Pública nº 0105099-13.2009.8.12.0008, a seguir transcrito:

> "O Município requerido assume a obrigação de fazer no sentido de garantir à munícipe Maria de Oliveira Goldim da Silva todo o tratamento médico necessário a doença relatada na inicial. Para isso, deverá promover, sempre que instado com antecedência mínima de 10 (dez) dias, o deslocamento da Sra. Maria de Oliveira e mais um acompanhante até a cidade de Campo Grande, para consultas e procedimentos médicos necessários ao tratamento. Deverá ainda fornecer o medicamento que lhe for prescrito, durante todo o tratamento, desde que apresentados receituários médicos indicando o medicamento e a respectiva quantidade, tudo isso sob pena de multa de R$ 100,00 por dia de atraso, a ser revertida a beneficiária do tratamento." Pelo MM. Juiz foi proferida a seguinte sentença: "Homologo, por sentença, o acordo celebrado entre as partes, nos termos e condições acima estipulados. Por conseguinte, com fundamento no art. 269, III, do CPC, decreto a extinção do feito com julgamento de mérito. Sem custas ou honorários. Dou a sentença por publicada em audiência e intimados os presentes.

Neste caso em específico, sendo um processo ajuizado em 2009 (autos físicos), e que já se encontra arquivado, muito embora a intimação da municipalidade acerca da determinação para o fornecimento dos medicamentos tenha ocorrido em 12/7/2010, isto não significa, por si só, que a Administração somente atendeu ao comando judicial em 2017, haja vista que a auditoria realizada não objetivou angariar documentos relativos aos exercícios anteriores, os quais poderiam demonstrar o atendimento das obrigações impostas nos períodos pretéritos ao de 2017.

Partindo-se da própria tabela elaborada pela DFS (fl. 2.113), constato ainda que no ano de 2017 foram emitidas pelo menos quatro Notas de Empenho para aquisição de medicamentos em prol da beneficiária da Ação Civil Pública retrocitada (NE nº 401/2017, 929/2017, 930/2017 e 952/2017) e, no ano de 2018, foram realizadas três contratações por dispensa de licitação no mesmo sentido (nº 91/2018, 108/2018 e 148/2018), o que demonstra o atendimento recorrente, neste período, da obrigação de fazer que fora imposta ao município.

Assim sendo, atendo-se essencialmente à documentação carreada aos autos, pelo fato da DFS ter angariado dados apenas dos períodos de 2017 e 2018, não há como se afirmar seguramente que o município de Ladário somente atendeu às decisões judiciais após 5, 6 ou 7 anos da intimação das obrigações impostas pelo Judiciário. Inclusive, é cediço que o descumprimento de comandos judiciais podem gerar implicações como sequestro de valores, multa diária por descumprimento da obrigação, etc, o que também não restou evidenciado pela auditoria realizada.

A par do exposto, tais procedimentos simplificados ou de dispensa licitatória, para aquisição de medicamentos decorrentes de determinações judiciais ocorridas em processos contra o município, encontram sustentação na regra disposta no art. 24, IV, da Lei (federal) 8.666/93:

> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Geralmente nas demandas judiciais envolvendo direito à saúde há determinação ao ente para fornecer os medicamentos de forma contínua e ininterrupta ao beneficiário, pelo tempo que for necessário e na quantidade suficiente que garanta a eficácia dos tratamentos, sem olvidar do exíguo prazo para o cumprimento destas obrigações, incompatível com o trâmite burocrático de uma contratação a ser realizada por procedimento licitatório.

Ademais, não há como impor ao gestor a realização de planejamento de aquisições de medicamentos que evidentemente decorrem de situações imprevisíveis, que partem de ações judiciais esporádicas e de acordo com uma necessidade indeterminada da sociedade local, seja qualitativa ou quantitativa. Ou seja, não há como se planejar quantas ações judiciais serão ajuizadas contra o município em determinado período, quais e quantos medicamentos serão necessários, qual a periodicidade dos mesmos, etc, tudo isso ainda somado à necessidade de atendimento quase imediato destas demandas.

Nesse contexto, entendo que a urgência da necessidade da prestação administrativa (Direito Constitucional à Saúde), a gravidade da situação de saúde dos beneficiários (geralmente doenças raras, graves e, por vezes, incuráveis) e a forma de cumprimento da medida judicial (urgente e de fornecimento ininterrupto) também devem ser sopesadas para fins de avaliação da regularidade ou não dos atos praticados pelo gestor em relação à escolha pelas contratações diretas em detrimento da realização de procedimentos licitatórios.

Ademais, tenho me posicionado no sentido de que a nova ordem interpretativa do direito público deve ser observada com o advento das regras positivas acrescidas ao Decreto-Lei n. 4.657, de 1942 (**"***Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro-LINDB***"**), pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**.** Sob essa nova ordem jurídica, o princípio constitucional implícito da *razoabilidade* e o instituto da *convalidação de atos* vieram atenuar ou impor adequação aos conceitos de perfeição, vigência e eficácia dos atos administrativos.

Nesse sentido, as noveis disposições dos arts. 20, 21 e 22 da LINDB direcionam o aplicador da Lei a uma interpretação que o leve a identificar a presença ou ausência de vício capaz de contaminar ou não um ato administrativo e a utilidade da decisão a tomar, ou seja, os seus efeitos finais concretos**,** a conferir:

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, **não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão**.
>
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas
>
> (...)
>
> 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.
>
> § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.**

> § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.
>
> § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Portanto, com fundamento nas disposições retro citadas, decorrentes das diretrizes da LINDB, os obstáculos, as dificuldades reais e as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente público não podem ser desconsideradas na análise e na decisão sobre a regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa**,** motivos pelos quais entendo que as contratações simplificadas e as dispensas de licitação relacionadas neste processo, referentes ao atendimento de demandas judiciais no município de Ladário, no período de 2017 e 2018, estão em consonância com os termos dispositivos do art. 24, IV, da Lei (federal) 8.666/93, inexistindo irregularidades neste tocante.

Concernente ao Achado referido no **item 2.3** do RDI nº 48/2019 - **Incorreta especificação dos medicamentos licitados -**, a DFS afirmou que diversos medicamentos no Pregão Presencial nº 39/2017 não possuíam as especificações necessárias no Termo de Referência, cuja falha poderia ser corrigida caso o município utilizasse o sistema CATMAT para especificação dos medicamentos licitados. Tal apontamento não foi abordado para os medicamentos relacionados nas contratações diretas e dispensas de licitação auditadas.

Entretanto, com amparo das informações prestadas pela DFS (fl. 2109), o Pregão Presencial nº 39/2017 envolve a utilização de recursos federais e, por força do art. 23, da Resolução TC/MS nº 88/2018, que absorveu o art. 17, da Resolução TC/MS nº 54/2017 (vigente à época), este Tribunal é incompetente para analisar e julgar as contratações que utilizam recursos federais, salvo a contrapartida de recursos decorrentes do Estado ou município:

> Art. 23, da Resolução TC/MS nº 88/2018:
>
> "**os documentos relativos às contratações com recursos** internacionais ou **federais de repasse ou convênios não serão encaminhados ao Tribunal de Contas**, devendo permanecer no órgão ou entidade convenente, independentemente de seus valores, para fim do exame da contrapartida, se houver, dos recursos oriundos do Estado ou do Município."

Nesse sentido, colaciono recente acórdão desta Corte de Contas:

> EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO – UTILIZAÇÃO DE VERBAS DE NATUREZA FEDERAL – COMPETÊNCIA FEDERAL – COMPETÊNCIA DO TCU – DEVOLUÇÃO.

> É determinada a devolução do contrato administrativo à origem em que utilizado verba de natureza federal na consecução do objeto, a qual atrai a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União, por expressa disposição do art. 71, inciso VI, da Constituição Federal, fato que não exime o jurisdicionado de prestar contas ao Tribunal competente, tampouco impede futura apreciação desta Casa sob a contrapartida estadual, nos termos do art. 23 da Resolução TCE/MS nº 88/2018.
>
> (TCE/MS. AC02 – 536/2021. TC/6354/2018. Relator: Cons. Márcio Campos Monteiro. Segunda Câmara. Data de Julgamento: 05/08/2021)

Destarte, considerando a utilização de recursos decorrentes de fontes federais, e não havendo qualquer menção à existência de contrapartidas financeiras oriundas do Estado e/ou município, a competência para análise do Pregão Presencial nº 39/2017 recai ao Tribunal de Contas da União, por expressa disposição do art. 71, VI, da Constituição Federal e do art. 23, da Resolução TC/MS nº 88/2018, de modo que resta prejudicada a análise, nesta Corte, dos atos praticados exclusivamente em relação ao mencionado procedimento licitatório.

No tocante ao exame dos Achados referenciados nos **itens 2.4** e **2.5** do RDI nº 48/2019 -**2.4 Preços superiores aos estabelecidos pela CMED e 2.5 Preços superiores aos praticados por outros entes da Administração Pública –,** a DFS também identificou a aquisição de medicamentos com valor acima do teto estabelecido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), bem como superiores às médias ponderadas dos preços registrados no Banco de Preços em Saúde (BPS), concernente às contratações diretas realizadas em 2017 e 2018 (simplificadas e dispensas de licitação), conforme demonstrado nas tabelas elaboradas pela equipe técnica de auditores (Tabela I – fl. 2.126 e Tabela II – fl. 2.127).

Sabe-se que a aquisição de medicamentos consiste num dos setores que solidificam a promoção do direito à saúde, mas ao mesmo tempo, representa um setor com grande impacto financeiro para a Administração Pública, por isso surge a necessidade de gerenciamento efetivo para se evitar desperdícios de recursos públicos.

Nesse caminho, o setor farmacêutico está regulamentado pela Lei (federal) nº 10.742/2003, criando em seu art. 5º a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED)**,** a qual atua na regulação econômica do mercado de medicamentos e no estabelecimento de critérios para a fixação e o ajuste dos preços de medicamentos.

A CMED estabelece limites para preços de medicamentos, adota regras que estimulam a concorrência no setor, monitora a comercialização e aplica penalidades quando suas regras são descumpridas. É responsável também pela fixação e monitoramento da aplicação do desconto mínimo obrigatório para compras públicas[1].

[1] Acesso disponível em: < https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/cmed >

Pelas regras atuais, antes que um medicamento possa ser comercializado no país, é preciso obter tanto o registro sanitário na Anvisa quanto a **autorização de preço máximo pela CMED**, que é divulgado no site da Anvisa.

A Lei (federal) nº 10.742/2003 estabelece ainda que a comercialização de medicamentos com preços superiores ao estabelecido na CMED sujeita os infratores às sanções, conforme dispõe o art. 8º, abaixo transcrito:

> **Art. 8º** O descumprimento de atos emanados pela CMED, no exercício de suas competências de regulação e monitoramento do mercado de medicamentos, bem como o descumprimento de norma prevista nesta Lei, sujeitam-se às sanções administrativas previstas no art. 56 da Lei no 8.078, de 1990.
>
> **Art. 56** - As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:
>
> I - multa;
>
> II - apreensão do produto;
>
> III - inutilização do produto;
>
> IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
>
> V - proibição de fabricação do produto;
>
> VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
>
> VII - suspensão temporária de atividade;
>
> VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
>
> IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
>
> X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
>
> XI - intervenção administrativa;
>
> XII - imposição de contrapropaganda.
>
> **Parágrafo único.** As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) veda a prática de fornecimento de medicamentos por preços superiores aos estabelecidos pela CMED, conforme dispõe o art. 41, abaixo transcrito:

> **Art. 41.** No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, **os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.**

Embora a disposição acima advenha de legislação que ampara o setor privado, é fato que guarda evidente compatibilidade com as condições impostas ao Poder Público para realização de suas compras, conforme preconiza o art. 15, III, da Lei (federal) 8.666/93, a conferir:

> **Art. 15.** As compras, sempre que possível, deverão:
>
> (...)
>
> III - **submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado**;

Ademais, conforme a jurisprudência do TCU, **os preços divulgados pela CMED não são 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, pois são referenciais máximos** (Acórdãos 2.150/2015-TCU-Plenário e 3.016/2012-TCU-Plenário).

Dessa forma, há para a Administração Pública a obrigatoriedade de se comercializar medicamentos abaixo do valor da tabela CMED, para não incorrer em infração às normas reguladoras do mercado de medicamentos e sofrer aplicação das penalidades cabíveis, o que não foi observado nas contratações diretas de realizadas pelo município de Ladário, nos exercícios de 2017 e 2018.

Noutra vertente, a pesquisa de preços para a aquisição de medicamentos é considerada uma das fases mais relevantes, amparada pelo princípio da eficiência e legalidade. Logo, a pesquisa de preços tem como condão aproximar a Administração Pública ao preço praticado no mercado, garantindo a fixação de preços justos para o bem ou serviço a ser adquirido.

Isto é, o Poder Público deve utilizar-se de múltiplas fontes de pesquisa, a fim de diminuir as distorções e se aproximar mais fidedignamente dos preços praticados pelo mercado, de modo que as tabelas referenciais da CMED estipulam os preços máximos a serem observados, e o Banco de Preços em Saúde (BPS) acompanha o comportamento do mercado no âmbito das aquisições realizadas pela Administração Pública, fornecendo ao gestor dados que podem auxiliar nas contratações de medicamentos.

A propósito, recentemente este Tribunal editou o Parecer-C PAC00-6/2020, publicado em 16/11/2020, cuja ementa assim constou:

> 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 aquisição de medicamentos, tanto ordinariamente, quanto 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 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 formatação da cesta de preços aceitáveis, incluindo para isso a cotação com fornecedores, sistemas de banco de dados, catálogos de segmentos e orçamentos obtidos junto a fornecedores. A pesquisa só poderá se limitar a cotação de fornecedores quando não for possível obter preços referenciais nos seguimentos anteriormente citados, devendo ser justificada nos autos do processo de contratação.
>
> 3. Devem ser utilizados, como métodos para obtenção do preço estimado, a média, a mediana ou menos 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.

Sabendo-se que a CMED já determina o valor máximo que um determinado medicamento possa atingir, e que o BPS demonstra uma margem razoável da variação dos preços destes medicamentos para o Poder Público, não é admissível que o município adquira, sem justificativa aparente, medicamentos em valores superiores aos registrados nas mencionadas tabelas referenciais, impondo-se a penalidade cabível na forma proposta pelos órgãos de apoio.

Consequentemente, há que se reconhecer o sobrepreço em parte dos medicamentos adquiridos pelo município de Ladário no exercício de 2017 e 2018, devido ao fato de que o preço contratado nos medicamentos destacados pela DFS foram superiores ao preço estabelecido pela CMED, conforme tabelas comparativas elaboradas às fls. 2.121-23, o que resultou em uma diferença total de R$ 12.193,73.

Assim, observo que no caso em exame ocorreu **dano ao erário**, razão pela qual entendo pela impugnação das despesas em relação a diferença apontada entre o valor efetivamente pago e o valor-teto registrado na tabela CMED, cuja responsabilidade deve ser imputada aos jurisdicionados, nos limites de suas respectivas ações, abaixo demonstradas:

Ordenador(a)	Origem da Despesa	Valor
Ana Lúcia Vasconcelos Pereira	N.E nº 197, 271, 273, 401, 442, 448, 452, 532, 676, 701, 943, 940, 1086	R$ 4.779,21
Juvenal Ávila de Oliveira	Dispensa de Licitação nº 40, 48, 61, 44, 20, 42, 73, 91, 41, 144, 108, 43	R$ 2.246,32
Josiane Braga	Dispensa de Licitação nº 148	R$ 18,54
Denilson Márcio da Silva	Dispensa de Licitação nº 172	R$ 5.149,66

(Cruzamento das tabelas do Item 2.6, do RDI 48/2019 – fls. 2.121-3 com as tabelas de fls. 2.126-8)

Especialmente em relação à jurisdicionada Josiane Braga, considerando a irrisória quantia em sobrepreço de medicamentos que recai sob sua responsabilidade (R$ 18,54 - equivalente a 0,15% do total constatado), com fundamento no princípio da razoabilidade, deixo de responsabilizá-la e de impugnar a referida quantia, bem como de lhe aplicar a penalidade cabível.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acompanho parcialmente os posicionamentos da Divisão de Fiscalização de Saúde e do MPC e **voto** no sentido de:

I – declarar, com fundamento na regra do art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, a **irregularidade** dos atos e procedimentos administrativos indicados nos **itens 2.4** e **2.5** do Relatório de Inspeção nº 48/2019, realizado pela Divisão de Fiscalização de Saúde, tendo em vista a realização de processos simplificados e dispensas de licitação para aquisição de medicamentos com valores acima do limite estabelecido pela CMED, no período de 2017 e 2018, pelo município de Ladário;

II – determinar, com fundamento na regra dos arts. 61, *caput,* e 64, ambos da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, ao Prefeito de Ladário ou quem sucedê-lo, a adoção das medidas necessárias para que promova a comunicação da CMED acerca das infrações declaradas nesta decisão, em especial, no que tange à aquisição pelo município de Ladário, no período de 2017 e 2018, de medicamentos cujos valores superaram o limite máximo estipulado pela referida instituição;

III – aplicar multas aos Srs.(a) **Ana Lucia Vasconcelos Pereira**, **Juvenal Ávila de Oliveira e Denilson Márcio da Silva**, que na época dos fatos ocuparam o cargo de Secretário(a) de Saúde de Ladário**,** assim distribuídas:

> **1. 50 (cinquenta) UFERMS,** para cada jurisdicionado relacionado no caput deste inciso, pelas infrações descritas nos termos dispositivos do inciso ***I*** deste Voto, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, IV e IX e 45, I, da Lei Complementar (Estadual) nº 160/2012;
>
> **2. 5% (cinco por cento) do dano causado ao erário** municipal, para cada jurisdicionado relacionado no caput deste inciso,, calculado sobre as suas respectivas proporções monetárias indicadas no inciso ***IV, item 1***, deste Voto, com fundamento nas regras do arts. 21, X, 42, *caput* e inciso IX, 44, I e 45, II, da Lei Complementar (Estadual) nº 160/2012, observado o disposto nos arts. 181, II, e 185, II, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução Normativa TC/MS nº 98/2018);

IV – impugnar, com fundamento nas regras dos arts. 42, I e IX, e 61, I, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, bem como do art. 185, II, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução Normativa TC/MS nº 98/2018), **a despesa no valor de R$ 12.175,19** (doze mil cento e setenta e cinco reais e dezenove centavos), correspondente à diferença apontada entre o valor efetivamente pago pelos medicamentos e o valor-teto registrado na tabela CMED, devendo tal valor ser:

1. ressarcido ao erário do município de Ladário, nas proporções abaixo relacionadas:

a. **Ana Lúcia Vasconcelos Pereira,** Secretária Municipal de Saúde no período de 1/1/2017 a 6/11/2017, no valor de **R$ 4.779,21** (quatro mil setecentos e setenta e nove reais e vinte e um centavos), a ser atualizado;

b. Juvenal Ávila de Oliveira, Secretário Municipal de Saúde no período de 16/1/2018 a 25/11/2018, no valor de **R$ 2.246,32** (dois mil duzentos e quarenta e seis reais e trinta e dois centavos), a ser atualizado;

c. Denilson Márcio da Silva, Secretário Municipal de Saúde no período de 27/11/2018 a 2/4/2020, no valor de **R$ 5.149,66** (cinco mil cento e quarenta e nove reais e sessenta e seis centavos), a ser atualizado;

2. monetariamente **atualizado** e com a incidência dos juros moratórios, segundo os índices ou critérios que a Administração municipal aplica para o recebimento dos seus créditos tributários, nos termos do art. 61, § 1º, da Lei Complementar (estadual) nº 160, de 2 de janeiro de 2012, observado o disposto no art. 185, § 1º, IV, alíneas "a" e "b", do Regimento Interno (aprovado pela Resolução Normativa TC/MS nº 98/2018)**;**

V - fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da intimação do(s) responsável(is), para que:

1. o(s) apenado(s) pague(m) os valores das multas que lhe foram infligidas e assinalar que os pagamentos deverão ser feitos em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, consoante as regras do arts. 50, II, e 83 da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, observado o disposto no art. 99, parágrafo único, e art. 185, §1º, I e II, do Regimento Interno;

2. o atual Prefeito de Ladário, ou quem sucedê-lo, comprove nestes autos o atendimento da determinação contida no inciso II deste Voto, cujo monitoramento do cumprimento será exercido pelo cartório deste Tribunal, nos termos do art. 187, inciso II, do Regimento Interno;

VI - intimar o(s) interessado(s) acerca do resultado deste julgamento, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (Estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 do Regimento Interno (Resolução TC/MS n. 98, de 2018).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, pela irregularidade dos atos e procedimentos administrativos, com determinação, aplicação de multa e impugnação de valores.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relator o Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa, Ronaldo Chadid, Jerson Domingos, Marcio Campos Monteiro e o Exmo. Sr. Conselheiro-Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel (em Substituição Legal do Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo).

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 29 de junho de 2022.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

MSS/ARN/ARP