ACÓRDÃO - AC00 - 957/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/8092/2018/001
PROTOCOLO	: 2135183
TIPO DE PROCESSO	: RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO	: FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ANGÉLICA
RECORRENTE	: FRANCIELLI FASCINCANI
ADVOGADO	: FABIO LEANDRO ADVOGADOS ASSOCIADOS
RELATOR	: CONS. RONALDO CHADID

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – DECISÃO SINGULAR – IRREGULARIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, DA FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL, TERMOS ADITIVOS E EXECUÇÃO – AUSÊNCIA DE PESQUISA DE MERCADO – FONTE DE PESQUISA ÚNICA – TABELA ABCFARMA – MULTA – AUSÊNCIA DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS – CONTRATAÇÃO POR VALORES ACIMA DA MÉDIA DE MERCADO – VIOLAÇAO AO PRINCÍPIO DA SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO E DA ECONOMICIDADE – DESPROVIMENTO.

1. Na licitação para aquisição de medicamentos, a tabela ABCFARMA não deve ser a única fonte de pesquisa para a formação do preço de referência ou para determinar o preço máximo a ser dispendido pela Administração (Parecer-C n. 6/2020 TCE/MS).
2. O Tribunal de Contas da União, por sua vez, entende que as tabelas elaboradas por representantes do mercado farmacêutico, como, por exemplo, as tabelas da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico – Abcfarma e Brasíndice, não são fontes adequadas nem mesmo para uma pesquisa de preços no âmbito das compras públicas, uma vez que consignam valores máximos para aquisição, no varejo, por consumidor final, o que não se adequa às grandes aquisições do setor público, haja vista o efeito da economia de escala sobre os preços.
3. É mantida a irregularidade do procedimento licitatório que teve por objeto a aquisição de medicamentos, éticos, genéricos e similares, de A a Z constantes da Tabela ABC Farma (associação brasileira de comércio farmacêutico), por meio de menor preço aferido com base no maior desconto sobre tabela ABCFarma, em razão da ausência de pesquisa de mercado, em desacordo com as regras constantes na Lei n. 8.666/93, especialmente o art. 15, V.
4. Desprovimento do recurso ordinário.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 8ª Sessão Ordinária Presencial do Tribunal Pleno, realizada em 4 de maio de 2022, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pelo

conhecimento e **improvimento,** do **Recurso Ordinário** interposto pela **Sra. Francielli Fascincani**, ex-Secretária Municipal de Saúde de Angélica, mantendo-se inalterada a **Decisão Singular n. 5684/2020**, prolatada nos autos **TC/8092/2018**, por seus próprios fundamentos.

Campo Grande, 4 de maio de 2022.

Conselheiro **Ronaldo Chadid** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid – Relator

1. DO RELATÓRIO

Trata-se de **Recurso Ordinário** interposto pela *Sra. Francielli Fascincani,* ex-Secretária Municipal de Saúde de Angélica, em desfavor da Decisão Singular n. 5684/2020, prolatada nos autos TC/8092/2018, nos seguintes termos:

> Assim, acolhendo parcialmente a análise técnica da DFS e integralmente o parecer ministerial, nos termos do art. 4º, III, "a" e 11, II, do RITC/MS, DECIDO:
>
> 1. pela **irregularidade** do procedimento licitatório de Pregão Presencial n. 10/2018, realizado pelo Município de Angélica, por intermédio do Fundo Municipal de Saúde, da formalização e do teor do Contrato n. 25/2018 celebrado com a empresa Comelli & Comelli Ltda, da formalização dos seus 1º e 2º Termos Aditivos e dos atos de execução do objeto contratado, em razão da ausência de pesquisa de mercado, observadas as regras constantes na Lei n. 8.666/93, especialmente o art. 15, V, constando como responsáveis e ordenadores de despesas o Sr. Roberto Silva Cavalcanti, prefeito municipal, e a Sra. Francielli Fascincani, secretária municipal de saúde, nos termos do art. 59, III da Lei Complementar Estadual (LCE) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, c/c o art. 121, I "a", II, III e § 4º, do RITC/MS;
>
> 2. pela **aplicação da multa** de 100 (cem) UFERMS aos responsáveis, por infração à norma legal, sendo 50 (cinquenta) UFERMS ao Sr. Roberto Silva Cavalcanti, inscrito no CPF sob o n. 658.043.508-97, e 50 (cinquenta) UFERMS à Sra. Francielli Fascincani, inscrita no CPF sob o n. 013.276.831-30, com fulcro nos arts. 44, I, 45, I e 61, III, da LCE n. 160/2012, c/c os arts. 181, I e 185, I, "b", do RITC/MS;
>
> 3. pela **concessão** do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias úteis para o recolhimento da multa ao FUNTC/MS, de acordo com o art. 83 da LCE n. 160/2012, c/c o art. 185, § 1º, do RITC/MS, e comprovação nos autos sob pena de cobrança executiva, observado o disposto no art. 78 da mesma LCE n. 160/2012;
>
> 4. pela **recomendação** ao jurisdicionado, para que adote, se já não o fez, medidas necessárias de modo a prevenir a ocorrência futura de impropriedades semelhantes ou assemelhadas, observado o disposto no art. 185, IV, "b", do RITC/MS;
>
> 5. pela **intimação** do resultado deste julgamento às autoridades administrativas competentes, observado o disposto no art. 50 da LCE n. 160/2012, c/c o art. 70, § 2º, do RITC/MS.

Inconformada com a decisão proferida, a recorrente apresentou suas razões no presente recurso e requereu seu recebimento e provimento para que seja declarada

a regularidade do procedimento licitatório e excluída a multa aplicada (f. 2-9).

Para tanto, afirma que a declaração de irregularidade do certame se deu exclusivamente em razão da utilização do critério de maior porcentagem de desconto sobre a tabela da ABC Farma para a seleção da melhor oferta; mas, a utilização do referido critério não acarretou prejuízo ao erário, bem como não maculou a livre concorrência. No mais, colaciona julgados deste Tribunal visando demonstrar, que na época da contratação, o entendimento desta Corte de Contas era majoritário quanto à regularidade da utilização desse critério.

Posto isso, autuado o recurso em epígrafe, o processo seguiu para a Presidência desta Corte que recebeu o recurso em seu efeito suspensivo e determinou sua distribuição a este Relator (f. 19).

De posse dos autos, remeti ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer (f. 21)

Por conseguinte, o Ministério Público de Contas, ao analisar as razões recursais, destacou que este Tribunal pacificou o entendimento (parecer “C – PAC – 6/2020) no sentido de que “a pesquisa de preços deve ser a mais abrangente possível, incluindo consulta a sistemas de compras, contratações semelhantes e não deve restringir apenas com potenciais de fornecedores, a tabela de preços não deve ser a única fonte de pesquisa, devendo o poder público se aproximar o mais fidedignamente possível dos preços praticados no mercado”, assim, opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso, de modo que a decisão recorrida seja mantida em sua integralidade - Parecer n. 12427/2021 (f. 22-24).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid – Relator

2. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

No exercício do juízo de admissibilidade, considerando que o recurso (i) é cabível, nos termos do art. 69 da LC n.160/2012 e (ii) foi apresentado dentro do prazo estabelecido no art. 69, parágrafo único, da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, e que sob o aspecto formal, (iii) foi interposto por escrito e por parte legitima a fazê-lo; satisfazendo, portanto, os pressupostos de admissibilidade intrínsecos (cabimento e legitimidade) e extrínsecos (regularidade formal e tempestividade), o recurso merece ser conhecido, razão pela qual passo a apreciar o mérito do recurso interposto.

3. DO MÉRITO

Da leitura das razões recursais ofertadas, como já relatado, verifico que a recorrente busca reformar a Decisão Singular n. 5684/2020, prolatada nos autos TC/8092/2018, que declarou a irregularidade do procedimento licitatório instaurado na modalidade Pregão Presencial n. 10/2018, realizado pelo Município de Angélica, por intermédio do Fundo Municipal de Saúde; da formalização do Contrato n. 25/2018 celebrado com a empresa Comelli & Comelli Ltda; da formalização dos seus 1º e 2º Termos Aditivos e dos atos de execução do objeto contratado; em razão da ausência de pesquisa de mercado, em desatendimento à Lei n. 8.666/93.

Aduz a recorrente que a declaração de irregularidade do certame teve por único fundamento a utilização do critério de maior porcentagem de desconto sobre a tabela da ABCFARMA para a seleção da melhor oferta, entretanto, não acarretou prejuízo ao erário, bem como não maculou a livre concorrência. Ademais, colaciona julgados deste Tribunal na tentativa de demonstrar que na época da contratação o entendimento desta Corte de Contas era majoritário no sentido da possibilidade da utilização do critério de maior desconto sobre a Tabela ABCFarma.

Como cediço, o direito à saúde é um direito social previsto na Constituição Federal de 1988, sendo um direito de todos e um dever do Estado (arts. 5º, 6º e 196 da CF). Sua garantia deve ser feita por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CF).

Em vista disso, temos os procedimentos licitatórios para a aquisição dos medicamentos, os quais se destinam a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, **da seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e deverá ser processada e **julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, conforme estabelece o art. 3º, da Lei n. 8.666/1993.

Pois bem, no caso ora em exame, trata-se de licitação a qual teve por objeto a "*contratação de empresa especializada para fornecimento de medicamentos, éticos, genéricos e similares, de A á Z constantes da Tabela ABC Farma (associação brasileira de comércio farmacêutico), por meio de menor preço aferido com base no maior desconto sobre tabela ABCFarma, em atendimento ao fundo municipal de saúde*".

Ocorre que o parâmetro utilizado para aquisição dos medicamentos, a saber, Tabela da ABCFARMA, não poderia ser adotado pela Administração como critério exclusivo para alcançar a melhor oferta, especialmente porque se tratar de uma tabela de preços privada utilizada para referenciar o comércio varejista, em que o

risco de os preços dos medicamentos não refletirem os menores preços do mercado é elevado, já que ela condensa preços praticados para consumidores, bem diferente das aquisições públicas, realizadas em larga escala.

Tampouco, não é capaz de justificar a não realização da pesquisa de mercado e nem a pesquisa dos preços praticados por outros entes da Administração Pública, consideradas etapas fundamentais ao bom planejamento da licitação, cujas previsões se encontram no art. 15, inciso V, e §1º, da Lei 8.666/93.

Isso porque a incumbência da ampla pesquisa de preços consiste em procedimento prévio indispensável para a verificação tanto a existência de recursos financeiros para custear a futura contratação pública, bem como para que o poder público identifique o valor real do bem ou serviço, de maneira que o preço a se pagar quando da contratação seja justo e esteja de acordo com a realidade no mercado, além de outras funções, como garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, identificar sobrepreços em itens de planilha de custo, identificar jogos de planilha e conferir maior segurança na análise da exequibilidade da proposta ou de itens da proposta, entre outras.

Referente à pesquisa de preços para aquisição de medicamentos e a utilização das tabelas CMED, ABCFARMA, CAP e BPS como única fonte de pesquisa, como bem afirmado pelo Ministério Público de Contas, assim já manifestou este Tribunal, através do Parecer-C n. 6/2020:

> EMENTA -CONSULTA –EXECUTIVO MUNICIPAL –AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS – FORMAÇÃO DE PREÇOS –POSSIBILIDADE DE ADOÇÃODAS TABELAS CMED, ABCFARMA, CAP E BPS COMO PARÂMETRO –UTILIZAÇÃO DE DIVERSAS FONTES DE PESQUISA DE PREÇOS – FORMAÇÃO DA CESTA DE PREÇOS ACEITÁVEIS –METODOLOGIA PARAFIXAÇÃO 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 contratação.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.

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, entende que as tabelas elaboradas por representantes do mercado farmacêutico, como, por exemplo, as tabelas da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico – Abcfarma e Brasíndice, como no caso em apreciação, não são fontes adequadas nem mesmo para uma pesquisa de preços no âmbito das compras públicas, uma vez que essas tabelas consignam valores máximos para aquisição, no varejo, por consumidor final, o que não se adequa às grandes aquisições do setor público, haja vista o efeito da economia de escala sobre os preços (Acórdãos 2.901/2016-Plenário, Ministro Redator Benjamin Zymler; 5.810/2017-2ªCâmara, Ministra Relatora Ana Arraes; 1.049/2004-Primeira Câmara).

No mais, conforme evidenciado pela Divisão de Fiscalização de Saúde em sua análise técnica nos autos originários (f. 416 do TC/8092/2018), verificou-se outro agravante no procedimento licitatório: a ausência da lista dos medicamentos e os quantitativos no Termo de Referência, impossibilitando a divisão daqueles em lotes de especificidades e/ou preços.

Pelo exposto, não se podendo deixar de enfrentar a alegação da recorrente quanto à alteração do entendimento da matéria, vislumbro que já se mostra superado, sendo que tais decisões não vinculam o exame das demais contratações, porquanto a ausência, a meu ver, da demonstração do atendimento dos princípios regentes da licitação, notadamente da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e economicidade.

Assim sendo, mantem-se incólume a decisão recorrida por seus próprios fundamentos, não sendo o caso, nem mesmo, de minoração das multas aplicadas aos gestores, tendo em vista o caráter pedagógico das quais se revestem.

São as razões que fundamentam o voto.

DISPOSITIVO

4. DO VOTO

Com esteio nas razões demonstradas, acolho o parecer do Ministério Público de Contas e **VOTO:**

Pelo **CONHECIMENTO** do **Recurso Ordinário** interposto pela *Sra. Francielli Fascincani,* ex-Secretária Municipal de Saúde de Angélica, pela satisfação de seus pressupostos de admissibilidade, nos termos do art. 69 da Lei Complementar n. 160/2012; e, no mérito, pelo **IMPROVIMENTO,** mantendo-se inalterada a Decisão Singular n. 5684/2020, prolatada nos autos TC/8092/2018, por seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, pelo conhecimento e desprovimento do recurso ordinário.

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

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid.

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

Presente, o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, José Aêdo Camilo.

Campo Grande, 4 de maio de 2022.

Conselheiro **RONALDO CHADID**

Relator

KBV/MFGM/DSSM