Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Primeira Câmara

ACÓRDÃO - AC01 - 154/2023

PROCESSO TC/MS	:	TC/12319/2018
PROTOCOLO	:	1943071
TIPO DE PROCESSO	:	PROCEDIMENTO LICITATÓRIO / ATA DE REGISTRO DE PREÇOS
ÓRGÃO	:	MUNICÍPIO DE TERENOS
JURISDICIONADOS	:	1. SEBASTIÃO DONIZETE BARRACO (EX-PREFEITO) 2. CELSO CAVALHEIRO (EX-DIRETOR MUNICIPAL DE SAÚDE) 3. LUCIENE ANTÔNIO FERREIRA (EX- DIRETORA MUNICIPAL DE SAÚDE)
INTERESSADOS	:	1. CENTERMEDI COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. 2. COMERCIAL CIRÚRGICA RIOCLARENSE LTDA. 3. SOMA/PR COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. 4. DIMASTER COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. 5. CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA. 6. CIRÚRGICA MS LTDA. 7. ÔMEGA MED PRODUTOS MÉDICO-HOSPITALARES LTDA. 8. MIRANDA & GEORGINI LTDA. 9. MED VITTA COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.
ADVOGADOS	:	JULIANNA LOLLI GHETTI OAB/MS Nº 18.988; MARCIO LOLLI GHETTI OAB/MS Nº 5.450; SIDNEY BARBOSA NOLASCO OAB/MS Nº 19.173 E OUTROS.
VALOR	:	R$ 10.310.806,33
RELATOR	:	CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – NÃO DESTINAÇÃO EXCLUSIVA DA LICITAÇÃO PARA AS EMPRESAS CARACTERIZADAS COMO ME E EPP – REGISTRO DE PREÇOS DE MEDICAMENTOS COM VALORES ACIMA DOS LIMITES ESTABELECIDOS PELA CMED – IRREGULARIDADE – ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – ATENDIMENTO À LEGISLAÇÃO APLICÁVEL – FORMALIZAÇÃO – REGULARIDADE – DETERMINAÇÃO – REMESSA INTEMPESTIVA – MULTAS.

1. É declarada a irregularidade do procedimento licitatório em razão da não destinação exclusiva da licitação para as empresas caracterizadas como ME e EPP nos itens cujo valor não ultrapassou R$ 80.000,00, ou de cota de 25% do total do objeto licitado, com infração aos arts. 47 e 48, I e III, da Lei Complementar nº 123/2006, bem como pelo registro de preços de medicamentos com valores acima dos limites estabelecidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), em desacordo com o art. 4º da Lei (federal) nº 10.742/2003, ensejando a aplicação de multa ao responsável.

2. É declarada a regularidade da formalização da ata de registro de preços em razão do atendimento às disposições legais e regulamentares aplicáveis à matéria.

3. É determinada, ao atual prefeito ou a quem sucedê-lo, a adoção das medidas necessárias para comunicar à CMED acerca das infrações declaradas, em especial, no que tange à(s) proposta(s) de valores dos medicamentos apresentada(s) pela(s) promitentes contratantes, que superaram o limite máximo estipulado pela referida instituição; e a adoção de medidas administrativas ou judiciais junto às promitentes contratantes para ressarcir aos cofres públicos a diferença de valores eventualmente pagos nos medicamentos com preço superior ao limite estabelecido pela CMED, sob pena de impugnação da quantia correspondente.

4. A remessa intempestiva de documentos enseja a aplicação de multa ao responsável.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 13ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara, realizada de 28 a 31 de agosto de 2023, 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** do **procedimento licitatório** do **Pregão Presencial nº 16/2018,** realizado pela Administração Municipal de Terenos, em face da não destinação exclusiva da licitação para as empresas caracterizadas como ME e EPP nos itens cujo valor não ultrapassou R$ 80.000,00, ou de cota de 25% do total do objeto licitado, com infração aos arts. 47 e 48, I e III, da Lei Complementar nº 123/2006, bem como pelo registro de preços de medicamentos com valores acima dos limites estabelecidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), em desacordo com o art. 4º da Lei (federal) nº 10.742/2003; **declarar,** com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, a **regularidade** da **formalização** da **Ata de Registro de Preços nº 2/2018**, celebrada entre o **Município de Terenos** e as promitentes empresas contratantes Centermedi Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda., Soma/PR Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Dimaster Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda., Cirúrgica MS Ltda., Ômega Med Produtos Médico-Hospitalares Ltda., Miranda & Georgini Ltda. e Med Vitta Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.; **determinar,** com fundamento nas regras dos arts. 61, II, e 64, ambos da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, ao atual Prefeito de Terenos, ou quem sucedê-lo no cargo: a) a adoção das medidas necessárias para comunicar à CMED acerca das infrações declaradas, em especial, no que tange à(s) proposta(s) de valores dos medicamentos apresentada(s) pela(s) promitentes contratantes, que superaram o limite máximo estipulado pela referida instituição; b) a adoção de medidas administrativas ou judiciais junto às promitentes contratantes para ressarcir aos cofres públicos a diferença de valores eventualmente pagos nos medicamentos com preço superior ao limite estabelecido pela CMED, sob pena de impugnação da quantia correspondente; **aplicar multas** ao Sr. **Sebastião Donizete**

Barraco, ex-Prefeito de Terenos**,** assim distribuídas: a) **50 (cinquenta) UFERMS** 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; b) **30 (trinta) UFERMS**, pela remessa intempestiva, a este Tribunal, dos documentos referentes ao procedimento licitatório do Pregão Presencial nº 16/2018 e à formalização da Ata de Registro de Preços nº 2/2018, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, caput e inciso IX, 44, I, e 46 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012; **fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias** contados da data da intimação do(s) responsável(is), para que o(s) apenado(s) pague(m) os valores da(s) multa(s) que lhe foi(ram) infligida(s) 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; e **determinar,** com fundamento no art. 31, da Lei Complementar (Estadual) nº 160/2012, e art. 189 e seguintes da Resolução TC/MS nº 98/2018, a realização de **monitoramento** do cumprimento e efetividade da adoção da(s) medida(s) determinada(s) ao(s) gestor(es), no inciso ***III***, deste Voto.

Campo Grande, 31 de agosto de 2023.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

A matéria em exame trata do procedimento licitatório do Pregão Presencial nº 16/2018, e da formalização da Ata de Registro de Preços nº 2/2018, entre o Município de Terenos e as promitentes empresas contratantes Centermedi Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda., Soma/PR Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Dimaster Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda., Cirúrgica MS Ltda., Ômega Med Produtos Médico-Hospitalares Ltda., Miranda & Georgini Ltda. e Med Vitta Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., tendo como objeto o fornecimento de medicamentos para o atendimento do Departamento Municipal de Saúde de Terenos.

A Divisão de Fiscalização de Saúde (DFS) propôs a realização de uma inspeção *in loco* para angariar mais elementos a respeito da pesquisa de preços e dos valores dos medicamentos registrados (pç. 122, fls. 2906-2907), o que foi deferido nos termos do Despacho DSP G.FEK 8695/2019 (pç. 123, fl. 2908).

Os trabalhos realizados pela equipe técnica foram instrumentalizados no Relatório de Inspeção RDI – DFS 16/2019 (pç. 126), no qual foram apontadas irregularidades afetas ao procedimento licitatório do Pregão Presencial nº 16/2018 e à Ata de Registro de Preços nº 2/2018, tendo proposto a adoção das seguintes medidas (fl. 2961):

> **1.** Aplicação de multa contra o Prefeito Sebastião Donizete Barraco, que autorizou e ratificou a o Pregão Presencial n° 016/2018 e a Ata de Registro de preços n° 02/2018, com sobrepreço de R$ 607.193,10 (seiscentos e sete mil cento e noventa e três reais e dez centavos);
>
> **2.** Seja suspensa a aquisição dos itens com valor superior ao máximo permitido, definido pela CMED;
>
> **3.** Seja oficiada a CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – acerca da venda de medicamento por preço superior ao limite máximo permitido;
>
> **4.** Seja determinado à Administração Municipal que não adquira medicamentos por preços superiores aos estabelecidos na Tabela CMED;
>
> **5.** Seja determinado à Administração Municipal que consulte o BPS – Banco de Preços em Saúde, em todas as aquisições de medicamentos, insumos e produtos médicos;
>
> **6.** Que seja responsabilizado o fiscal de contrato pelo recebimento de itens em discordância com o termo de referencia;

7. Que seja determinada ao setor de compras do município a adequação das informações contidas nos Sistemas de Controles de Compras;

8. Que seja oficiado ao Procurador do Município, para que sejam tomadas medidas cabíveis para ressarcimento aos cofres públicos do valor pago acima da tabela CMED.

Em prestígio ao contraditório e ampla defesa, foi determinada a intimação do Sr. Celso Cavalheiro, ex-Diretor Municipal de Saúde, do Sr. Sebastião Donizete Barraco, ex-Prefeito de Terenos e da Srª Luciene Antônio Ferreira, ex-Diretora Municipal de Saúde, que se manifestaram nos autos às fls. 2.990-3.001, 3.009-3.011 e 3.016, respectivamente.

A equipe da DFS reavaliou o presente processo a partir das justificativas apresentadas pelos jurisdicionados, todavia, entendeu persistirem as irregularidades anteriormente apontadas (ANA DFS – 2474/2022, pç. 156, fls. 3019-3022).

Na sequência, o membro do Ministério Público de Contas (MPC) emitiu o Parecer PAR 3ªPRC 11425/2022, opinando pela adoção do seguinte julgamento (pç. 158, fls. 3024-3033):

I – Pela **IRREGULARIDADE** do procedimento licitatório realizado por meio do Pregão Presencial nº 16/2018 e da Ata de Registro de Preços nº 2/2018, com lastro no artigo 120, I, da Resolução TCE/MS nº 98/2018, c/c os artigos 37, 42, II, e 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012, nos artigos 7º, § 2º, I, 15, § 7º, II, da Lei nº 8.666/1993, no artigo 3º, I e III, da Lei nº 10.520/2002 e nos artigos 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/2006;

II – Aplicação de **MULTA** aos responsáveis pelas irregularidades, com fulcro no artigo 44, I, da Lei Complementar nº 160/2012; e

III – Pela **RECOMENDAÇÃO** às pessoas responsabilizadas pela prática das irregularidades apuradas nestes autos, ou a quem a haja sucedido no cargo ou na função, para prevenir a ocorrência futura de impropriedades semelhantes ou assemelhadas, com fulcro no artigo 185, IV, ‘b’, da Resolução TCE/MS nº 98/2018.

É o Relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

De acordo com as informações constantes no Relatório de Inspeção RDI- DFS nº 16/2019, de um total de 237 medicamentos inseridos no Pregão Presencial nº 16/2018, foram avaliados, segundo critérios de amostragem, 23 produtos que representam 54% do valor total licitado, a partir do que foram constatadas as seguintes irregularidades (fls. 2.951-2.969):

1. Registro de preços de medicamentos acima daqueles inseridos no BPS;

2. Aumento expressivo nos preços e quantidades registradas na Ata de Registro de Preços nº 2/2018, se comparados com a Ata de Registro de Preços nº 4/2017 (registro de preços anterior);

3. Medicamentos registrados com valores acima do teto permitido pela tabela CMED;

4. Inconsistências no controle de execução da ata de registro de preços;

5. Fornecimento de medicamentos com prazo de validade menor do que o estabelecido no Termo de Referência.

O membro do Ministério Público de Contas (MPC) ratificou a análise da Divisão de Fiscalização de Saúde (DFS), e acrescentou que os jurisdicionados também deixaram de observar os seguintes pontos (pç. 128, fls. 2.971-2.978):

1. Não foi apresentada justificativa a respeito da necessidade da contratação, bem como o planejamento da licitação está contemplado em termo de referência que não contém os custos estimados por item e total dos medicamentes, e que não está aprovado pela autoridade competente;

2. Não foi garantido a exclusividade da participação de Micro Empresas (ME), Empresas de Pequeno Porte (EPP) e Micro Empreendedores Individuais (MEI) nos itens do edital cujo valor não ultrapassou R$ 80.000,00, ou do estabelecimento de cota de até 25% do objeto licitado a elas;

3. Nomeação de pregoeiro que também participou como membro da equipe de apoio, mesmo desempenhando funções específicas e distintas no julgamento da licitação;

4. Publicação do resultado da licitação na íntegra, quando deveria ter sido realizada a publicidade apenas do resumo do ato, em atenção ao princípio da economicidade, nos termos da Lei Geral de Licitações e Contratos;

5. Remessa intempestiva dos documentos relativos ao procedimento licitatório do Pregão Presencial nº 16/2018 e da formalização da Ata de Registro de Preços nº 2/2018.

Em manifestação, o Sr. Celso Cavalheiro, ex-Diretor Municipal de Saúde, alegou não ser o ordenador de despesas no caso em tela e, por tal motivo, não pode ser responsabilizado pelas irregularidades identificadas, visto que no município de Terenos a execução de todos os procedimentos licitatórios ficam a cargo da Secretaria Geral, afirmando que como diretor de departamento, a única medida administrativa por ele tomada foi a solicitação de compras, informando as quantidades dos insumos necessários para a licitação (pç. 140. fls. 2.990-3.001).

O Sr. Sebastião Dozinete Barraco, Prefeito Municipal de Terenos à época dos fatos, basicamente refutou os apontamentos dos órgãos de apoio, manifestando pela declaração de regularidade do procedimento licitatório sob análise (pç. 148, fls. 3.009 – 3.011). Os termos da citada manifestação foram ratificados pela Srª. Luciene Antônio Ferreira, ex-Diretora Municipal de Saúde (pç. 153, fl. 3.016).

Tudo considerado, passo ao exame da matéria.

O direito/dever à saúde está fundado no art. 196, da Constituição Federal, o qual é *"(...) garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."*

O Pregão Presencial nº 16/2018 foi instaurado para o registro de preços de medicamentos de distribuição gratuita, não pactuados no componente básico da assistência farmacêutica, para garantir o abastecimento das farmácias da Unidade Básica de Saúde (UBS) e nas cinco unidades de Estratégia de Saúde da Família (ESFS) do município de Terenos, tal como consta na justificativa de fl. 4.

Partindo-se inicialmente dos apontamentos dispostos no parecer ministerial, entendo não assistir razão à alegada **ausência de apresentação de justificativa a** respeito da necessidade da contratação**,** bem como que **o planejamento da licitação está contemplado em termo de referência que não contém os custos estimados por item e total dos medicamentes e** não está **aprovado pela autoridade competente**.

Isto porque, tratando-se de procedimento licitatório na modalidade Pregão, esta possui a característica de propiciar, no transcorrer de sua realização, o alcance do menor preço, pois oferece aos licitantes a oportunidade de competirem entre si, disputarem os preços, até que um deles, em condições idênticas ou melhores do que as dos demais, oferte o menor preço, dentro de uma exequibilidade da oferta.

O pregão tem tramitação administrativo-interna simplificada, sendo que as regras da Lei (federal) nº 10.520/2002 estabelecem, como elementos ou requisitos de uma fase preparatória, o seguinte:

> Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
>
> I - a autoridade competente **justificará a necessidade** de contratação e **definirá o objeto do certame**, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;
>
> II - **a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara**, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;
>
> III - dos autos do procedimento constarão a **justificativa** das definições referidas no inciso I deste artigo e **os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados**, bem como o **orçamento**, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; (...)

A justificativa para a licitação está materializada na Solicitação de Produtos e no Termo de Referência (fls. 4 e 242), onde consta a necessidade de se adquirir medicamentos para atendimento das unidades de saúde do município de Terenos.

Logo, tenho que a Administração Municipal apresentou justificativa suficiente à abertura do edital licitatório, pois atendeu solicitação pertinente às atividades do departamento de saúde requisitante, sendo notória a recorrência de reposição dos medicamentos nas farmácias públicas.

Adiante, o Decreto (municipal) nº 4.430/2017 (fls. 2.674/2.686), que disciplina o procedimento licitatório na modalidade pregão em Terenos, não exige a elaboração ou previsão dos custos estimados por item no Termo de Referência, bastando a indicação do valor estimado em planilhas elaboradas a partir da pesquisa de preços, confira:

> Art. 4º Na fase preparatória do pregão, os órgãos e entidades remeterão ao Departamento de Compras e Licitações seus pedidos de aquisição de bens ou serviços, formulados em processo administrativo que deverá estar, obrigatoriamente, instruído com os seguintes elementos:
>
> (...)
>
> II— indicação do valor estimado em planilhas, elaboradas a partir da pesquisa de, no mínimo, três propostas de preços ou de preços licitados há, no máximo, um ano, em observância aos preços e especificações praticados no mercado, devendo, sempre que possível, ser confrontado com os preços registrados pelo Setor de Compras e Suprimentos.

Sobre este tema, Joel de Menezes Niebuhr[1] escreve:

[1] NIEBURH, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico. 8ª ed. rev. ampl e atual. Belo Horizonte: Fórum. 2020.

> (...) as etapas preparatórias dos pregões em geral **não** precisam cumprir todos os inúmeros requisitos previstos nas sobreditas instruções normativas para o estudo técnico preliminar. **Precisam cumprir apenas se os objetos dos respectivos pregões forem disciplinados pelas sobreditas instruções normativas e se os respectivos órgãos e entidades estiverem subordinados a elas**.

De toda forma, observo que no Anexo I do edital - Termo de Referência - consta uma tabela com os valores máximos unitários e totais por cada medicamento objeto do certame (fls. 351-369), motivo pelo qual tenho como satisfeito o requisito do art. 4º, II, do Decreto (municipal) 4.430/2017.

Relativamente **à exclusividade para Micro Empresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP)** nas disputas de itens em uma licitação cujo valor não ultrapasse R$ 80.000,00, ou de destinação de cota mínima de 25% do objeto pretendido, estas imposições decorrem do protecionismo estatal garantido às pequenas e médias empresas, visando a garantia da ordem econômica e isonomia entre elas face aos grandes grupos empresariais que geralmente participam de licitações.

Sem o tratamento diferenciado garantido em lei, as MEs e EPPs estariam em evidente desvantagem na disputa de preços contra os demais tipos empresariais, em razão de dificuldades enfrentadas com relação à capacidade de compra, estoque, logística, etc., fatores que notadamente incidem no preço final a ser proposto pela licitante.

Assim sendo, as disposições normativas da Lei Complementar nº 123/2006 devem ser observadas pelo gestor público na estruturação de editais licitatórios, especialmente:

> Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.
>
> Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:
>
> I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
>
> (...)
>
> III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Corroborando o acima exposto, Rafael Carvalho Rezende Oliveira[2] ensina:

> Não obstante a aparente faculdade, prevista na redação originária dos arts. 47 e 48 da LC 123/2006, na instituição do tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte (o art. 47 da LC 123/2006 utilizava a expressão "poderá"), **sempre sustentamos que a hipótese seria de obrigatoriedade/vinculação por parte da Administração**, tendo em vista a necessidade de efetivação das normas constitucionais que impõem o referido tratamento diferenciado em favor daquelas entidades (arts. 146, III, "d", 170, IX, e 179 da CRFB). **A obrigatoriedade do tratamento diferenciado**, defendida nas edições anteriores desta obra, **foi prestigiada na alteração promovida pela LC 147/2014, que utilizou a expressão "deverá" nos arts. 47, *caput*, e 48, I e III, da LC 123/2006.**

Avaliando detidamente o edital licitatório do Pregão Presencial nº 16/2018, verifico terem sido licitados diversos itens cujo valor total não ultrapassou R$ 80.000,00 (fls. 351-362), no entanto, foi garantido às ME e EPP tão somente a preferência de contratação como critério de desempate (itens 7.8 e 7.9 – fl. 338).

Nesse contexto, assiste razão ao MPC quanto à infração dos arts. 47 e 48, I e III, da Lei Complementar nº 123/2006, pois não houve destinação exclusiva da licitação para as empresas caracterizadas como ME e EPP nos itens cujo valor não ultrapassou R$ 80.000,00, ou de cota de 25% do total do objeto licitado.

Adiante, o membro ministerial também aduziu que a **designação do pregoeiro e da respectiva equipe de apoio** não atendeu os ditames do art. 3º, IV, da Lei (federal) nº 10.520/2002, haja vista que tal ato deveria ter sido nominal, pelo fato de desempenharem funções distintas durante a licitação.

De acordo com a Portaria "PE" nº 66/2018, o gestor nomeou seis servidores para comporem a equipe de apoio, para todas as licitações na modalidade pregão realizadas no município, no período de um ano (pç. 14, fl. 259). Todavia, nenhum servidor foi especificamente designado para exercer a função de pregoeiro, constando apenas a disposição de que os membros da equipe de apoio nomeados deveriam atender as exigências do art. 3º, §1º, do Decreto (municipal) nº 4.430/2017 (pç. 14, fl. 259), inclusive o desempenho da função de pregoeiro.

No dia do certame, **a Sra. Márcia Ferreira da Silva ocupou a função de pregoeira** (fl. 2468), entretanto, inexiste nos autos qualquer elemento que demonstre como ou quem foi a autoridade que de fato a designou para este desiderato, haja vista

[2] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6ed.rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2018, pg. 495

que a citada Portaria "PE" nº 66/2018 a investiu apenas no cargo de membro da equipe de apoio, cujas atribuições não se confundem com as de pregoeiro.

O inciso IV do art. 3º da Lei (federal) nº 10.520/2002 reserva que "***a autoridade competente designará**, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, **o pregoeiro e a respectiva equipe de apoio**, (...)"*, não deixando margem para que tal pessoa seja genericamente selecionada.

Conclui-se, portanto, que os autos não estão instruídos com a nomeação específica da pregoeira, tal como exige o art. 3º, IV, da Lei (federal) 10.520/2002.

No que tange à **publicação integral da Ata apropriada ao invés do extrato** (pç. 109, fls. 2.638-2.647), como regra, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade balizam as ações adotadas pela Administração Pública de modo geral, sendo que a obra de Maria Sylvia Zanella de Pietro[3] merece destaque neste tema:

> "(...) **a razoabilidade**, agindo como um limite à discrição na avaliação dos motivos, **exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica**; agindo também como um limite à discrição na escolha do objeto, **exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida**."

É certo que a publicação integral da Ata de Registro de Preços (ARP) nº 2/2018 não se mostrou razoável e não atendeu a economicidade perseguida pela Administração Pública. O adequado é a publicação do resumo ou extrato na imprensa oficial, com os principais pontos que importam à compreensão geral das informações nela contidas.

No entanto, não vejo tal ato como uma irregularidade, bastando recomendar ao gestor que observe com maior rigor a publicação resumida das próximas ARP.

Prosseguindo à análise contida no **RDI nº 16/2019**, em relação aos **quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços nº 2/2018**, a DFS alegou ter ocorrido um aumento expressivo dos quantitativos da ARP nº 4/2017 (anterior).

Considerando que a licitação em tela visa o registro de preços para a aquisição de medicamentos para reposição de estoques das farmácias das unidades de saúde, não há que se falar em imprecisão quantitativa do objeto licitado, especialmente por se tratar da utilização do Sistema de Registro de Preços (SRP), que pressupõe contratações futuras, a serem efetuadas somente na medida da demanda.

Corroborando o acima exposto, o Ministro Benjamin Zymler, do Tribunal de Contas da União (TCU), em trecho do voto que proferiu no julgamento do Acórdão TCU nº 2197/2015, registrou que:

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo – 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 238.

> 10. (...) a utilização do Sistema de Registro de Preços é adequada para **situações em que a demanda é incerta**, seja em relação a sua ocorrência, seja no que concerne à quantidade de bens a ser demandada. **Afinal, não faria sentido realizar uma estimativa prévia e, com base nela, efetivar um processo licitatório, no qual tenham sido definidas quantidades exatas a serem adquiridas, sem saber nem se essas aquisições serão efetivamente necessárias**. Num cenário bastante plausível, poderia haver a compra de bens que não seriam necessários.

Em geral, o ente ou órgão requisita a licitação com base em quantitativos e experiências passadas, o que não significa que o total registrado efetivamente será adquirido. Assim, o SRP é a ferramenta mais adequada para atender demandas incertas, permitindo repetir as aquisições de anos anteriores, complementá-las, suprimi-las ou aumentá-las, como foi o caso.

Adiante, a DFS alegou que foram registrados 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), conforme consta nas planilhas comparativas de fls. 2.963-2.967.

Sobre o tema, o gestor se manifestou, conforme abaixo transcrito (fl. 3.010):

> “No que se trata sobre a pesquisa de preço, a estimativa se deu com base e fundamento na cotação realizada com potenciais fornecedores, em conformidade com o artigo 15, 81º, Lei 8.666/93 que exige ampla pesquisa de mercado. A Administração Pública não pode seguir o exposto na tabela da CMED tendo em vista que os valores da tabela não refletem os valores de mercado. A pesquisa de preço com possíveis fornecedores apresenta uma média mais próxima do valor final utilizado na etapa de propostas e respeitando sempre o princípio da economicidade, contratou-se o menor valor apresentado pelas licitantes habilitadas.”

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.

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 o valor máximo de 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[4].

Pelas regras atuais, antes que um medicamento possa ser comercializado no país, é preciso obter o registro sanitário na Anvisa e 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.

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

O Código de Defesa do Consumidor (CDC - 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, há tempos a jurisprudência do TCU definiu que 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).

Portanto, há para a Administração Pública a obrigatoriedade de adquirir medicamentos com valor abaixo dos valores máximos registrados na tabela CMED, e em consonância com o valor da média de mercado.

O Banco de Preços em Saúde (BPS), por sua vez, é um sistema desenvolvido pelo Ministério da Saúde que se destina ao registro e à consulta de informações de compras de medicamentos e produtos para a saúde por instituições públicas e privadas. A partir de consultas realizadas em tal sistema, há maior efetividade quanto ao atendimento das disposições do art. 15, inciso V, da Lei (federal) nº 8666/93:

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

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

À época da realização da licitação em exame, a orientação quanto à formação dos preços para aquisição de bens e serviços pelos municípios deste Estado sustentava-se na pesquisa de preços com, no mínimo, três fornecedores, conforme disposto no Anexo VI, da Resolução TC/MS nº 54/2016 (vigente à época).

A partir do ano de 2020, este Tribunal superou tal entendimento com a publicação do **Parecer-C PAC00 – 6/2020**, que possui o seguinte teor:

> **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, 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 sistema de compras, contratações semelhantes e orçamentos obtidos junto a fornecedores. A pesquisa só poderá se limitar a cotações de fornecedores quando não foi possível obter preços referenciais nos segmentos anteriormente citados, devendo ser justificada nos autos do processo de contratação.
>
> 3. Devem ser utilizados, como método de obtenção do preço estimado, a média, mediana ou 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.
>
> TCE/MS - TC/5562/2019 – PARECER C – PAC00 – 6/2020 - Tribunal Pleno - Relator: Cons. Osmar Domingues Jeronymo - Data de Julgamento: 29/10/2020. Publicado no DOETC-MS 2674, de 16/11/2020.

Para o caso em comento aplica-se o disposto no art. 24, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42 – LINDB), que determina que a revisão da validade de ato, no âmbito da esfera administrativa e controladora, deve levar em consideração as orientações gerais da época em que ele foi produzido, como forma de garantir segurança jurídica às condutas praticadas pelos agentes públicos face à mutabilidade de normas e interpretações ao longo do tempo:

> Art. 24. A **revisão**, **nas esferas administrativa, controladora** ou judicial, quanto à **validade de ato**, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa **cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época**, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.
>
> Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as **interpretações** e especificações contidas em atos públicos de caráter geral **ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.**

Nesse contexto, a interpretação dada a um dispositivo de lei por jurisprudência majoritária é considerada orientação geral, e como tal, fixa as regras quanto à deliberação acerca dos atos administrativos que produziram efeitos com base nelas, na forma do art. 24, parágrafo único, da LINDB.

Assim sendo, mesmo que a consulta ao BPS não fosse prática comum adotada para a aquisição de medicamentos à época da realização dos processos auditados, não é admissível que o município adquira, sem justificativa aparente, medicamentos por valores superiores aos limites definidos pela CMED, motivo pelo qual impõe-se a declaração de irregularidade do procedimento licitatório, bem como a penalização do responsável.

No referente à **Ata de Registro de Preços nº 2/2018**, a equipe técnica informou que no documento nominado “Controle de Execução da Ata”, constam supostos saldos financeiros a serem pagos às empresas MS Diagnóstica Ltda. e Diagnolab Laboratórios Eireli – EPP, mesmo elas não tendo vencido o Pregão Presencial nº 16/2018 (2.924 e 2.931).

Analisando os citados documentos, de fato, há a informação de possíveis valores pendentes de pagamento para empresas que não tiveram itens adjudicados no Pregão Presencial nº 16/2018, sendo pertinente a expedição de determinação à Administração Municipal de Terenos para que adeque as informações contidas nos seus sistemas de controle compras.

Também foi constatado que em uma ocasião a empresa Dimaster forneceu medicamentos com tempo de validade inferior ao estipulado no Termo de Referência (18 meses), visto que a Nota Fiscal nº 172982 está acompanhada de um termo de

compromisso da referida empresa quanto ao recolhimento e troca dos itens que não forem utilizados até a data de validade (fls. 2.945-2.947).

Assim é que a DFS propôs a aplicação de multa ao fiscal do contrato que aceitou o recebimento de tais itens.

Embora a aceitação de medicamentos com data de validade próxima ao vencimento contrarie o disposto no termo de referência, no caso dos autos, não há motivo para penalizar o fiscal do contrato, pois a Administração Municipal de Terenos se resguardou ao tomar da fornecedora um termo de compromisso de recolhimento e substituição dos fármacos caso não utilizados até a data do vencimento.

Cabe destacar ainda que, de um total de 15 fármacos inseridos na Nota Fiscal nº 172982 (fl. 2.947), apenas três foram apresentados com data de validade menor que a esperada, bem como o fato de que não há nos autos demonstração de qualquer prejuízo ao município decorrente dessa situação.

Por fim, houve o descumprimento do prazo de 30 dias previsto no Anexo VI, item 2, “a.1”, e item 9.1, “A”, da Resolução TC/MS nº 54/2016 (vigente à época), para remessa, a este Tribunal, dos documentos relativos ao procedimento licitatório e formalização da ARP, pois a publicação do resultado da licitação (pç. 107, fls. 2.610-2.612) e da citada Ata (pç. 109, fls. 2.638-2.647) ocorreram em 30/07/2018 e a respectiva documentação foi encaminhada apenas em 25/10/2018 (fl. 1).

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acompanho parcialmente os entendimentos da Divisão de Fiscalização de Saúde e do Ministério Público de Contas, 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** do **procedimento licitatório do Pregão Presencial nº 16/2018,** realizado pela Administração Municipal de Terenos, em face da não destinação exclusiva da licitação para as empresas caracterizadas como ME e EPP nos itens cujo valor não ultrapassou R$ 80.000,00, ou de cota de 25% do total do objeto licitado, com infração aos arts. 47 e 48, I e III, da Lei Complementar nº 123/2006, bem como pelo registro de preços de medicamentos com valores acima dos limites estabelecidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), em desacordo com o art. 4º da Lei (federal) nº 10.742/2003;

II – declarar, com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, a **regularidade** da formalização da Ata de Registro de Preços nº 2/2018, celebrada entre o Município de Terenos e as promitentes empresas contratantes Centermedi Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda., Soma/PR Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Dimaster Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Cristália Produtos Químicos

Farmacêuticos Ltda., Cirúrgica MS Ltda., Ômega Med Produtos Médico-Hospitalares Ltda., Miranda & Georgini Ltda. e Med Vitta Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

III – determinar, com fundamento nas regras dos arts. 61, II, e 64, ambos da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, ao atual Prefeito de Terenos, ou quem sucedê-lo no cargo:

a. a adoção das medidas necessárias para comunicar à CMED acerca das infrações declaradas, em especial, no que tange à(s) proposta(s) de valores dos medicamentos apresentada(s) pela(s) promitentes contratantes, que superaram o limite máximo estipulado pela referida instituição;

b. a adoção de medidas administrativas ou judiciais junto às promitentes contratantes para ressarcir aos cofres públicos a diferença de valores eventualmente pagos nos medicamentos com preço superior ao limite estabelecido pela CMED, sob pena de impugnação da quantia correspondente;

IV – aplicar multas ao Sr. **Sebastião Donizete Barraco** (CPF: 468.459.509-97)**,** ex-Prefeito de Terenos**,** assim distribuídas:

a. 50 (cinquenta) UFERMS 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;

b. 30 (trinta) UFERMS, pela remessa intempestiva, a este Tribunal, dos documentos referentes ao procedimento licitatório do Pregão Presencial nº 16/2018 e à formalização da Ata de Registro de Preços nº 2/2018, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, caput e inciso IX, 44, I, e 46 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012;

V - fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da intimação do(s) responsável(is), para que o(s) apenado(s) pague(m) os valores da(s) multa(s) que lhe foi(ram) infligida(s) 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;

VI - determinar, com fundamento no art. 31, da Lei Complementar (Estadual) nº 160/2012, e art. 189 e seguintes da Resolução TC/MS nº 98/2018, a realização de **MONITORAMENTO** do cumprimento e efetividade da adoção da(s) medida(s) determinada(s) ao(s) gestor(es), no inciso ***III***, deste Voto;

VII - 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 por unanimidade, firmada nos termos do voto do Relator, pela irregularidade do procedimento licitatório, pela regularidade da formalização da ata de registro de preços, pela determinação ao atual prefeito ou a quem sucedê-lo, e pela aplicação de multas ao responsável.

Presidência e relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento o Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo e o Exmo. Sr. Conselheiro-Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel.

Presente o Exmo. Sr. Procurador do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 31 de agosto de 2023.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

TST/MFGM