

Processo TC nº 023.274/2009-0

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – Recursos de Reconsideração

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Trata-se da análise dos recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão nº 2901/2016-Plenário (peça 185), que julgou irregulares as contas dos Srs. Eduardo Tarcísio Brito Targino (ex-Assessor Técnico da Coordenação Geral de Recursos Logísticos (CGLOG) e ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Funasa); José Carlos Cativo Gedeão (ex-pregoeiro); Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho (ex-Coordenador Geral de Recursos Logísticos da Funasa); Wagner de Barros Campos (ex-Diretor do Departamento de Administração da Funasa); e das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A.; Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares e Unicom Produtos Hospitalares Ltda.

2. Os responsáveis foram condenados solidariamente nos débitos apurados em conjunto com as empresas indicadas, foi-lhes aplicada a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/92 e os Srs. José Carlos Cativo Gedeão, Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, Wagner de Barros Campos e Eduardo Tarcísio Brito Targino, inabilitados para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, no âmbito da Administração Pública, nos prazos ali indicados.

3. Os trabalhos apuraram a ocorrência de sobrepreços na licitação de medicamentos no âmbito do Pregão Presencial nº 10/2006, com conseqüente superfaturamento na execução dos Contratos nºs 27/2006, 28/2006 e 29/2006, bem como outras irregularidades na condução do processo licitatório.

4. O referido Pregão visou ao registro de preços de 138 medicamentos agrupados em 4 lotes, para atender 19 Distritos Sanitários Especiais Indígenas – DSEI, com adjudicação pelo menor preço global por lote.

5. A Serur analisou detidamente as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis, em especial alguns pontos, como o posicionamento defendido pela representante do Ministério Público de Contas na fase anterior; os aspectos levantados a respeito da escolha da modalidade licitatória; o agrupamento dos itens adquiridos por lotes; a adjudicação pelo menor valor global e as fontes de preços/pesquisas utilizadas para estimar o superfaturamento apontado (peça 319).

6. A instrução técnica, ao historiar o caso, demonstrou o cuidado do Tribunal na estimativa do dano, o qual adotou parâmetros de preços “*extremamente conservadores*”.

7. Ao final, a instrução propõe conhecer dos recursos de reconsideração dos responsáveis, para, no mérito, dar provimento parcial ao recurso do Sr. Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, no ponto que tratou da pena de inabilitação aplicada, para anular os subitens 9.3 e 9.4 do acórdão recorrido.

8. Quanto aos demais pontos defendidos nas defesas apresentadas pelos responsáveis, a unidade técnica, no mérito, propõe negar-lhes provimento.

9. Desde já manifesto a minha concordância com a referida proposta, ressaltando que, efetivamente, a aplicação da pena de inabilitação não observou o quórum de maioria absoluta exigido pela Lei Orgânica do Tribunal, fato que aproveita aos demais responsáveis inabilitados.

10. Considerando as controvérsias levantadas nos presentes autos, a respeito dos referenciais de preços de medicamentos; os critérios adotados para estimar os débitos imputados aos responsáveis; a possível existência de outras tabelas de preços no mercado, mais adequadas ao caso concreto; e a modalidade de licitação escolhida; entendo necessário discorrer em mais detalhes essas questões, com vistas a aclarar o entendimento a respeito dessas matérias.

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

II
Modalidade de Licitação

11. A respeito da modalidade de licitação escolhida, pregão presencial, com critério de adjudicação por lote, tendo por base o menor preço global de cada lote, entendo que tal opção foi a principal causa para as distorções de preços identificadas no presente caso, além de claramente ter levado à restrição da competitividade do certame.

12. Os responsáveis não conseguiram demonstrar logicamente os motivos para a escolha da modalidade de pregão presencial, em detrimento da eletrônica, e os motivos que levaram a utilizar o citado critério de adjudicação. Os argumentos apresentados foram devidamente rechaçados pela SecexSaúde, pelo Revisor do Acórdão recorrido, Ministro Benjamin Zymler, e agora pela Serur.

13. A reunião de diferentes produtos em um determinado lote impediu a participação dos laboratórios, inclusive públicos, responsáveis pela fabricação dos referidos medicamentos, tanto os de marca, como também aqueles que produzem apenas o princípio ativo (genéricos).

14. Isso ficou demonstrado quando se constata que apenas 7 empresas participaram do certame e, em cada um dos lotes restou apenas uma concorrente com a desclassificação das demais.

15. Esse fato inviabilizou a oferta de lances, de modo que coube ao pregoeiro uma única alternativa, negociar os preços diretamente com cada empresa, obtendo com isso descontos ínfimos para cada proposta (peça 2, p. 67).

16. A limitação da participação de outras empresas na licitação também está estampada nos motivos que levaram à desclassificação das participantes, constantes de cada ata de registro de preços.

17. Apontou-se como um dos motivos para a citada limitação o descumprimento dos regramentos previstos nos itens 5.1 (e subitens) e 5.8. Bastava que a empresa não conseguisse apresentar, por exemplo, uma cópia autenticada da regularidade de boas práticas de fabricação do fabricante do produto ofertado para ser desclassificada, já que o item 5.8 do Edital estipulou que seriam desclassificadas as propostas que não contemplassem **todos os itens e seus respectivos quantitativos constantes de cada lote**.

18. As desclassificações ocorreram para itens de cada lote, ou seja, essas empresas apresentaram propostas válidas para a maioria dos itens licitados, mas não puderam vender à Funasa, em razão da restrição à competitividade (peça 2, p. 62-67).

19. Verifico, ainda, que as empresas desclassificadas apresentaram propostas comerciais bem inferiores às que se sagraram vencedoras, conforme tabela abaixo (peça 2, p. 62):

EMPRESA	LOTE 1	LOTE 2	LOTE 3	LOTE 4
Arcanjo Representação Comercial de Material Cirúrgico Ltda.	8.411.070,00	7.016.320,00	14.257.090,00	3.172.110,00
Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.	7.668.620,00	4.227.216,00	15.977.776,40	1.459.192,00
Milênio Distribuidora de Produtos Hospitalares Farmacêuticos Ltda.	3.649.280,00	3.781.323,00	5.209.092,40	1.354.908,00
Unicom Produtos Hospitalares Ltda.	16.184.760,00	8.947.576,00	17.291.870,00	3.670.200,00
Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.	---	8.398.507,00	16.844.902,00	---
Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda.	4.393.900,00	3.830.427,00	9.057.594,00	2.012.680,00
Prodiel Farmacêutica Ltda.	4.988.880,00	3.541.877,00	6.481.117,20	1.341.352,00

20. Soma-se a isso, o fato de que as diferenças entre as propostas mais baixas apresentadas e as propostas vencedoras foram elevadas, mesmo considerando a restrição à competitividade, como podemos ver na tabela elaborada pela SecexSaude à peça 45, p. 21:

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

Proposta mais baixa apresentada	3.649.280	3.541.877	5.209.092	1.341.352
Diferença entre a proposta vencedora e a mais baixa apresentada	4.019.340	4.856.630	11.635.810	2.328.848

21. Mesmo com as reduções concedidas pelas vencedoras, os preços ofertados perdem para quase todas as propostas desclassificadas, exceto a oferta da empresa Arcanjo para o Lote 1 e para as ofertas da Unicom, que foram as maiores para todos os lotes.

22. Isso demonstra, de forma cabal, que, caso a licitação tivesse sido por item, as empresas desclassificadas teriam vencido a licitação na maior parte dos 138 itens.

23. Além dessas empresas, outras distribuidoras de medicamentos e, principalmente, laboratórios/fabricantes poderiam ter participado do processo licitatório, o que levaria a uma redução dos preços do certame.

24. Esse fato é reforçado com a desclassificação de concorrentes por não apresentarem propostas “válidas” para todos os itens de cada lote.

25. Devemos considerar, ainda, que, antes do advento do Pregão, o parcelamento do objeto da contratação sempre foi regra, de acordo com o art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93. A lei exige o parcelamento sempre que isso se mostre técnica e economicamente viável. O parcelamento envolve a divisão do objeto em itens ou etapas e não guarda relação com o fracionamento da despesa.

26. A jurisprudência do TCU a respeito desse tema é cristalina ao firmar que o parcelamento do objeto se subordina aos princípios da economicidade e da ampliação da competitividade.

27. Dentre os inúmeros precedentes do TCU a respeito do tema, cito os seguintes:

“O parcelamento do objeto da licitação é obrigatório quando técnica e economicamente viável, devendo a Administração, em qualquer caso, fundamentar a sua opção”. (Acórdão nº 2389/2007-Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira).

“É obrigatório o parcelamento do objeto, quando este tem natureza divisível, em tantas parcelas quantas comprovarem técnica e economicamente viáveis, visando ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à **ampliação da competitividade**”. (Grifei.) (Acórdão nº 1842/2007-Plenário, Sumário, Rel. Min. Raimundo Carreiro).

“Em respeito ao princípio do parcelamento, a definição de itens deve ser clara, explicitando-se, inclusive, a **possibilidade de cotação para um único item**”. (Grifei.) (Acórdão nº 531/2007-Plenário, Sumário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar).

28. Seguiram essa mesma linha, a Decisão nº 503/2000 e os Acórdãos nºs 286/2002, 159/2003, 1331/2003, 1292/2003, 1946/2006, 890/2008, 2.717/2008, 2625/2008, 2331/2008, 2170/2008, 1849/2008, 265/2010, todos do Plenário, dentre outros.

29. Tal entendimento está consolidado na Súmula/TCU nº 247:

“É obrigatória a admissão da adjudicação **por item e não por preço global**, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, **compras** e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o **objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes...**” (Grifei.)

30. Com o advento do Pregão, o referido parcelamento é tratado dentro do critério de licitação por itens. Quando dividida a licitação em itens, têm-se tantos itens quantos o objeto permitir, o que seria o caso da presente compra, que buscou suprir os estoques da Funasa de diferentes medicamentos.

31. A Adjudicação por itens, somado ao pregão eletrônico, permitiria ampliar a competitividade do certame. Não há como aceitar as justificativas apresentadas para a troca dessa sistemática, prevista inicialmente no Pregão nº 4/2006 (cancelado), para o critério por lote escolhido para o Pregão nº 10/2006.

32. Ressalte-se que essa alteração sequer foi levada ao conhecimento da Procuradoria Jurídica da Funasa.

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

33. É certo que a adjudicação por lotes é permitida em determinadas situações. Um exemplo disso é a compra de móveis para compor um determinado ambiente. Busca-se licitar os móveis para um ambiente ou vários ambientes em lotes, de forma a manter um estilo, modelo, design padrão, dentre outros fatores.

34. Mas esse não foi o caso do Pregão nº 10/2006.

35. Nesse sentido, a jurisprudência do TCU também é cristalina ao exigir e orientar os gestores para que optem pela adjudicação por item, sempre que viável:

“Em sendo possível a divisão do objeto da licitação, é necessária a previsão de adjudicação por itens distintos, em vista do que preceitua os arts. 3º, §1º, inciso I, 15, inciso IV, e 23, §§1º e 2º, todos da Lei nº 8.666/93.” (Acórdão nº 595/2007-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler).

“9.6.3. oriente suas unidades executoras que, em decorrência do disposto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei 8.666/1993, e na Decisão 393/2004-TCU-Plenário, é obrigatória a admissão, nas licitações para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade.” (Acórdão nº 935/2007-Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar). (Grifei.)

“9.3.4. quando o objeto for de natureza divisível, observe o disposto no art. 9º da Lei nº 10.520/02, no inciso IV do art. 15 e § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, bem como na jurisprudência deste Tribunal, quanto à obrigatoriedade da admissão da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas.” (Acórdão nº 2407/2006-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler). (Grifei.)

“Adote a aquisição por itens como regra para os seus procedimentos licitatórios, deixando de utilizá-la somente mediante a devida justificativa, em obediência ao disposto no artigo 15, inciso IV, c/c o artigo 23, §1º, da Lei nº 8.666/93.” (Acórdão nº 3667/2009-2ª Câmara, Rel. Min. André Luís de Carvalho).

36. O Pregão nº 10/2006, além de impedir a participação de laboratórios, também restringiu a participação da maior parte das distribuidoras de medicamentos, já que bastava que uma dessas empresas não tivesse autorização para revender um dos medicamentos listados para ser excluída do processo licitatório.

37. Além disso, ao inviabilizar a participação dos laboratórios, a Funasa subiu a régua dos preços dos produtos, embutindo ali o custo do fabricante, mais os custos dos distribuidores que venceram a licitação.

38. Sendo assim, repiso o entendimento consolidado nesta Corte de Contas, desde antes de 2006, de que é vedado aos agentes públicos estabelecer condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação.

39. Na linha do que consta da cartilha publicada pelo TCU em 2018 *“Orientações para aquisições públicas de medicamentos”*, o primeiro ponto a se observar nessas compras é que os medicamentos se enquadram na descrição de bens comuns (art. 1º da Lei nº 10.520/2002, c/c o art. 2º, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005).

40. Com base nisso, o uso da modalidade Pregão na forma eletrônica é **obrigatório**, nos termos do art. 4º, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005.

41. Segundo apontado no voto do Acórdão nº 2901/2016-Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo: *“Não há espaço para a opção discricionária entre o pregão eletrônico e o presencial, pois, a inviabilidade não se confunde com **inconveniência**.”* (Grifei.)

42. Como já discorrido no presente caso, o planejamento inicial realizado pela Funasa era pela realização de um pregão eletrônico. A mudança para presencial, não contou com a avaliação da

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

Procuradoria Jurídica da entidade e nem os problemas apontados pela Procuradoria a respeito das pesquisas de preços realizadas foram solucionados.

43. A cartilha é clara ao afirmar que a realização de “*Pregões Presenciais deixa os municípios brasileiros, notadamente os pequenos, que são a maioria, reféns de preços praticados por distribuidoras locais*”.

III Estimativa dos débitos

44. A respeito dos débitos apurados, reputo como **extremamente conservadores** os critérios adotados pela unidade técnica para estimá-los (peça 128).

45. Embora tal questão tenha sido exaustivamente discutida, preciso recordar os critérios adotados como forma de demonstrar a correção do trabalho realizado.

46. Antes, destaco que os cálculos não resultaram em imputação de débito em 2 itens do lote 1; 2 itens do lote 2; 3 itens do lote 3 e em 8 itens do lote 4; pelo fato de a SecexSaude não ter obtido ao menos 4 registros de preços no BPS/Siasg/Comprasnet para tais medicamentos, dentro do período pesquisado (peças 124 a 126).

47. Ou seja, só houve avaliação entre os preços praticados no Pregão com os preços obtidos na pesquisa da SecexSaude quando, no mínimo, 4 registros de preços de outras aquisições públicas eram encontrados.

48. Além disso, destaco os seguintes critérios:

a) priorizou-se a comparação dos preços de medicamentos cujas **marcas coincidem** com as das propostas das empresas;

b) quando não encontrados registros ou identificados poucos registros com esse critério, optou-se pelo **maior valor unitário do princípio ativo**, independente de marca, sendo que:

b.1) no lote 1 (33 itens), em 8 (oito) itens, o valor unitário (marca diferente) foi maior que o da marca do medicamento na pesquisa de preços realizada;

b.2) no lote 2 (33 itens), em 8 (oito) itens também se verificou a situação indicada no subitem acima;

b.3) no lote 3 (29 itens), em 12 (doze) itens, idem acima;

b.4) no lote 4 (46 itens), em 9 (nove) itens, idem acima.

c) a respeito da escala, foram selecionados preços de medicamentos com escala 10, 100 e até 1000 vezes inferior ao que se viu no pregão da Funasa;

d) em alguns casos, a fonte dos preços veio de processos em que houve dispensa de licitação e convite, com vistas a obter ao menos 4 registros de preços, para os quais foi selecionado o registro que apresentava maior preço;

e) quando encontrado um valor máximo de um fabricante, esse valor era acrescido de 15% para considerar a margem de lucro de uma distribuidora;

f) os preços praticados pela própria Funasa no Pregão nº 32/2007 foram, em sua integralidade, inferiores ao Pregão ora analisado. Ocorre que, levando-se em consideração os critérios conservadores adotados, foram utilizados como parâmetro preços mais altos encontrados em outros processos licitatórios;

f.1) nessa escolha, todos os preços praticados envolveram compras em quantidades inferiores às licitadas pelo Pregão nº 10/2006.

g) os preços do Pregão nº 32/2007 também não foram considerados quando não encontradas outras 3 cotações do mesmo medicamento em outros processos licitatórios.

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

49. Destaquei os critérios utilizados, pois, na fase anterior do presente processo, arguiu-se que a SecexSaude teria comparado princípio ativo quando deveria ter buscado comparar as marcas dos medicamentos adquiridos.

50. Em que pese isso, o Ministro Revisor pontuou bem a questão ao rechaçar essa hipótese de falha no levantamento realizado pela SecexSaude, pois na licitação foram indicados os princípios ativos e não as marcas, frise-se.

51. Registro que todos os itens, em que não foi possível encontrar no mínimo 4 preços de outras aquisições, não foram computados no débito, mesmo quando algum item tenha constado do Pregão nº 32/2007. Deve-se observar, ainda, que todos os preços do Pregão nº 32/2007 foram inferiores aos preços do Pregão nº 10/2006 (peças 124 a 126), o que reforça a argumentação de que melhor seria a condução da licitação com base num pregão eletrônico com adjudicação por itens.

52. Como exemplo, no lote 1, o medicamento Azitromicina 200 mg/ml (peça 124, item 14), frasco de 900 mg, solúvel, foi vendido pela Hospfar à Funasa por R\$ 6,93 a unidade (Contrato nº 27/2006); enquanto o Pregão nº 32/2007 adquiriu o mesmo medicamento a R\$ 2,79.

53. No lote 2, o Diclofenaco Potássico gotas (frasco) foi comprado por R\$ 3,49 junto à Especificarma; e, em 2007, o mesmo produto foi adquirido no Pregão nº 32/2007 por R\$ 0,7284 (peça 125, p. 1, item 13).

54. Ainda no lote 2, vemos que o medicamento Amoxicilina 500mg foi adquirido pelo valor de R\$ 0,60 o comprimido (unidade de aquisição); o maior valor encontrado pela SecexSaude em sua pesquisa foi o valor de R\$ 0,11 (referencial utilizado para o cálculo do débito). No Pregão nº 32/2007, a Funasa comprou o mesmo medicamento a R\$ 0,09.

55. Refazendo a pesquisa da SecexSaude, mas agora para o período (24/11/2017 a 24/05/2019 – BPS), encontramos 413 registros de aquisições, nesse período, para a mesma Amoxicilina. Os preços variaram entre R\$ 0,59 e R\$ 0,03. Ou seja, mesmo passados mais de 12 anos da licitação sob análise, o preço de aquisição ainda é superior ao atual.

56. No lote 3, o Polivitamínico, solução oral, 150 ml, foi vendido pela Especificarma por R\$ 5,19 e um ano depois a própria Funasa o adquiriu, em quantidade inferior, salienta-se, pelo valor de R\$ 1,92 (peça 125, p. 2, item 18).

57. Outro medicamento do lote 3 foi o Monossulfiram solução 25 %, 100 ml (item 2), ele é cotado em 2015 a R\$ 18,60 (BPS), praticamente o mesmo preço praticado no pregão de 2006. Ou seja, a Funasa adquiriu em 2006 um produto a preços de 2015. Há um detalhe: a compra de 2015, que utilizei para efeito de comparação, foi feita por dispensa de licitação e foram adquiridas apenas 10 unidades, enquanto a Funasa adquiriu 169.116 frascos, sem qualquer ganho financeiro em razão disso.

58. No lote 4, o Sulfato Ferroso 20mg, solução gotas, foi adquirido por R\$ 4,35 o frasco, enquanto que atualmente o mesmo produto (período de 2017 a 2018) está cotado entre R\$ 0,58 e R\$ 3,90 (peça 126, p. 2, item 46).

59. No mesmo lote, para a vitamina complexo B, em drácea (item 14), busquei a cotação do produto tendo como unidade o comprimido/drácea. No Pregão, o preço ofertado foi de R\$ 0,13 por comprimido. Hoje, passados 12 anos da referida licitação, os preços das compras realizadas variaram entre R\$ 0,03 e R\$ 0,15.

60. As variações de preços encontradas, inclusive dos itens que não resultaram em débito, não podem ser explicadas por condições de mercado adversas no ano de 2006. Estamos a tratar dos mesmos produtos adquiridos após anos da compra realizada, sendo que o mesmo comprador, a Funasa, adquiriu os mesmos produtos com grande variação de preços.

61. Verifica-se, que, mesmo passados 12 anos dos fatos, período no qual foram inseridos mais dados no BPS, ampliada sua acessibilidade e abrangência, tal instrumento ainda aponta para a ocorrência de superfaturamento do caso em tela, mesmo quando comparamos preços praticados em 2018!

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

62. Além disso, como bem ponderaram o Ministro Revisor e a SecexSaude, as amostras obtidas apresentaram preços auferidos em processos licitatórios obtidos na base de dados do Siasg/Comprasnet, o que ampliou a amostra pesquisada.

63. Assim, *data vênia* da posição defendida pela nobre Representante deste *parquet* (peças 47, p 30-39; e 133), pelo eminente Ministro Relator do caso, pelos Ministros que acompanharam o Voto do Relator e dos argumentos apresentados pelos defendentes, não houve qualquer inadequação na utilização do BPS como referencial válido, já que este referencial foi complementado por outras referências (licitações) de aquisições públicas constantes do Siasg/Comprasnet.

64. O Ministro Revisor ressaltou que dados colhidos de Santas Casas, ou seja, do mercado privado, também compuseram a amostra da SecexSaude.

65. Não se sustentam os argumentos no sentido de que, para estimarmos os preços, não seria válido colher os preços praticados em outras aquisições públicas. Nesse caso, a União, os Estados e os Municípios teriam que usar quais fontes? Preços de balcão, ou preços máximos que podem ser praticados por farmácias? Nesse caso, o Estado deve se submeter aos preços máximos ofertados ao consumidor de varejo?

66. É incongruente isso.

67. Além do mais, a Lei nº 8.666/93 é clara:

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

(...)

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

(Grifei.)

68. Se estamos a tratar de uma aquisição realizada por um órgão público, qual o motivo para exigir que este deve se submeter aos chamados preços de “mercado”?

69. Como veremos à frente, os citados preços de mercado contêm muitas falhas e favorecem, no mais das vezes, à cartelização do mercado de medicamentos. Além disso, o mercado que estamos a tratar é o das aquisições públicas, e não o mercado de farmácias, drogarias, hospitais e distribuidores.

70. Os parâmetros disponíveis visam precipuamente regular um mercado normalmente monopolizado e oligopolizado, com vistas a proteger o consumidor (pessoa física) de abusos e, claro, minimizar o favorecimento de determinados pontos de venda em detrimento de outros, com vistas a eliminar a concorrência e potencializar a imposição dos ditos preços ao mercado.

IV

71. A respeito dos questionamentos do referencial de preços adotado, bem como a indicação, inclusive pelo Relator do caso, de que outras possíveis fontes que poderiam balizar as consultas para avaliar a ocorrência do superfaturamento, entendo necessário fazer algumas considerações em relação às diferentes fontes de dados citadas (BPS, ABCFARMA, Brasíndice e CMED).

72. As três últimas defendidas como válidas para estimar sobrepreço no presente caso. Tomo a liberdade de também incluir nessa análise outra fonte conhecida, a Revista SIMPRO.

IV.1

Banco de Preços da Saúde - BPS

73. O Banco de Preços da Saúde – BPS teve origem no Banco de Preços Praticados na Área Hospitalar (BPPH), que foi criado pela Portaria MS/GM nº 74/99.

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

74. O BPS é um sistema de informação utilizado para tornar público o resultado das compras de medicamentos, materiais médico-hospitalares, gases medicinais e outros produtos, realizados por **instituições públicas, filantrópicas ou privadas** cadastradas no sistema.

75. Em 2002, o banco de dados foi ampliado para captar medicamentos da Atenção Básica, de caráter estratégico e para o atendimento de pessoas que conviviam com o HIV e a Aids.

76. No caso dos medicamentos, a descrição está estruturada conforme a Denominação Comum Brasileira – DCB, pela qual o item deve ser apresentado pelo princípio ativo que o compõe, sua concentração e forma farmacêutica. Ressalto que, ao realizar pesquisas, as marcas dos medicamentos são apresentadas, sendo possível comparar compras por marca e princípio ativo. De qualquer modo, nas aquisições públicas não há sentido em optar por marcas, quando há concorrência de outros fornecedores, havendo no mercado medicamentos similares e genéricos.

77. Como unidade de fornecimento, foi adotada a mensuração mínima, de acordo com orientações definidas na Lei nº 8.666/93, ou seja, a menor unidade de medida para cada produto, para que não ocorram comparativos de preços entre tamanhos e apresentações distintas.

78. Como já dito, o banco de dados informa também o nome comercial do produto, de modo que é possível comparar os preços praticados para um determinado produto (marca ou fornecedor) e suas variações.

79. A criação do BPS foi uma reação à imposição pelos laboratórios, fornecedores internacionais e distribuidores de medicamentos de preços previamente tabelados (monopólio e oligopólio). Isso tinha tornado os agentes públicos e a população **reféns às condições de preço** e de dados oriundos apenas de um lado, o do vendedor, fabricante, fornecedor ou distribuidor, neste caso, muitas vezes exclusivo.

80. Nas compras realizadas pelas três esferas do governo, era fácil constatar a ocorrência de superfaturamentos nas aquisições de medicamentos. Era possível detectar preços praticados com diferenças consideráveis, quando eram comparadas aquisições de um mesmo medicamento, vendido pelo mesmo fornecedor e realizadas por diferentes cidades, estados ou regiões.

81. Tais variações não se justificavam em razão da inflação, dos impostos, dos custos indiretos, da variação cambial, ou devido a outros fatores. Era o puro abuso do poder econômico.

82. Por fim, novamente, é preciso pontuar, para o presente caso, que o BPS não foi utilizado de forma estanque, outras fontes de dados foram consultadas e os critérios previstos no despacho de peça 113 foram observados, tornando a estimativa de preços bem conservadora.

83. Noto que, nas discussões a respeito da melhor referência de preços, as empresas envolvidas, em nenhuma das fases do processo, buscaram demonstrar o custo de aquisição de seus produtos.

84. O fato é que os parâmetros de preços adotados trouxeram para os autos uma estimativa bem conservadora, priorizando os preços praticados por distribuidores, ante a modalidade licitatória escolhida que restringiu a competitividade do certame.

85. Por fim, como bem lembrou o titular da Serur (peça 321), além do Acórdão nº 1146/2011-Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz; os Acórdãos nºs 3759/2014-1ª Câmara, Rel. Min. José Múcio; e 384/2014-2ª Câmara, Rel. Min. Aroldo Cedraz, na mesma esteira, questionaram a confiabilidade do BPS. Ocorre que o citado Acórdão nº 1146/2011-Plenário, ao concluir que os preços adotados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (CMED/Anvisa) seriam mais confiáveis, tomou por base a constatação de que, naquele caso, os valores colhidos do BPS tendiam a apresentar preços acima do que seria a média mercadológica.

86. Dentre os argumentos apresentados, são transcritos trechos do Relatório de que havia riscos de que os valores do BPS representassem **valores de aquisição mais elevados**. Além disso, argumentou-se que os preços das compras realizadas pelos governos são piores em termos de preços do que as do setor privado. Tais preços, em função desse fato, seriam mais elevados caso ainda fosse calculada uma “sobretaxa” de 17%, 18% ou 20%, o que daria margem a preços mais **antieconômicos**.

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

87. Tais argumentos apenas referendam o uso do BPS no presente caso, como parâmetro adequado para o cálculo de sobrepreços e/ou superfaturamentos.

88. Uma das preocupações aventadas à época seria que o BPS não estaria preparado para aceitar a inclusão de dados de forma obrigatória. Isso já é realidade e não resultou em nenhum problema de acesso ou de inclusão de dados.

89. Em relação ao citado Acórdão nº 3759/2014-1ª Câmara, vemos que as licitações avaliadas envolveram adjudicação por lotes, o que reduziu a competitividade, como no presente caso. Uma das empresas elencadas no processo reconheceu em sua defesa que, se a licitação tivesse sido por adjudicação por itens, haveria redução nos preços de muitos medicamentos.

90. Diferentemente do presente processo, aqui, houve o uso exclusivo do BPS como fonte de consulta, não se tomando o cuidado de buscar dados de outras compras públicas. Além disso, também não foi levada em consideração a restrição da competitividade que houve no processo licitatório, de modo que, nas consultas realizadas, não foram excluídos dados com preços de laboratórios, mais baixos, em relação a distribuidores e farmácias, mais altos.

91. Além disso, houve falhas na coleta de preços para determinados medicamentos, ante diferenças na apresentação dos mesmos. Portanto, tal precedente não se adequa ao presente caso, cuja pesquisa de preços foi bem mais abrangente e conservadora.

92. No tocante ao Acórdão nº 384/2014-2ª Câmara, além de fazer referência ao precedente já analisado neste tópico (Acórdão nº 1146/2011-Plenário), aponta como indevido o uso da média ponderada de preços do BPS.

93. No presente caso, o uso da média ponderada foi descartado, ante as orientações contidas no despacho de peça 113.

94. Ainda em relação a esse Acórdão da Segunda Câmara, entendo necessário transcrever trecho da proposta de encaminhamento constante do Relatório que acompanhou a decisão:

“19. Considerando que para um mesmo medicamento ou princípio ativo existem vários preços registrados nos bancos de dados, é válido afirmar que o maior preço lá registrado é certamente superior àquele obtido pela técnica da média ponderada, também sendo lícito concluir que seria esse valor (o maior do banco de dados) o que seguramente não excederia o real valor devido, até porque contratações feitas por esse preço máximo estariam dentro do aceitável ou admissível daquela fonte de pesquisas.” (Grifei.)

95. O texto indica exatamente o critério adotado no presente caso. Reforçando a validade da estimativa dos débitos.

96. Novamente, no acórdão da Segunda Câmara, outra falha foi apontada na coleta dos preços junto ao BPS. Os maiores preços encontrados não foram aproveitados para o cálculo da média. O descarte desses dados só seria possível caso claramente se identificasse falha no cadastramento da informação na base de dados.

97. Outro ponto que chama a atenção é o fato de que as empresas em suas defesas apresentaram notas fiscais de entrada dos medicamentos adquiridos junto a laboratórios/fábricas, com vistas a demonstrar a adequação dos preços praticados.

98. Essa atitude dos defendentes teve lógica, já que, no referido Acórdão nº 384/2014-2ª Câmara, foram analisadas compras por inexigibilidade de licitação e por pregões presenciais, o que restringiu a competitividade.

99. Há outros acórdãos em que constam ressalvas ao uso do BPS como referencial de preços, como por exemplo o Acórdão nº 1988/2013-Plenário (Rel. Min. José Jorge). Mas, mesmo neste caso, devo destacar uma de suas determinações:

“9.2.5 desenvolvam, com vistas à formação adequada dos preços referenciais, métodos eficientes de pesquisa de preços, com o estabelecimento de procedimento padronizado, para possibilitar a formação de juízo crítico dos valores levantados, com a desconsideração dos preços destoantes e a consulta de outros referenciais

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

de preços, a exemplo de atas de registro de preço de outras entidades ou órgãos da administração pública e da própria UFPEL” (Grifei.)

100. Merece destaque o fato que, nesse caso, o gestor informou que utilizou como fonte para pesquisar preços de referência o Comprasnet. Ou seja, a principal crítica a isso foi o fato de o gestor não ter complementado a pesquisa com outras fontes, como o BPS

101. Por fim, trago excerto do Voto condutor do Acórdão nº 2170/2007-Plenário (Rel. Min. Ubiratan Aguiar), o qual elencou exemplos de fontes de pesquisa de preços, *in verbis*:

“Esse conjunto de preços ao qual me referi como ‘cesta de preços aceitáveis’ pode ser oriundo, por exemplo, de pesquisas junto a fornecedores, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos - inclusive aqueles constantes no Comprasnet -, valores registrados em atas de SRP, entre outras fontes disponíveis tanto para os gestores como para os órgãos de controle - a exemplo de compras/contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública, desde que, com relação a qualquer das fontes utilizadas, sejam expurgados os valores que, manifestamente, não representem a realidade do mercado.” (Grifei.)

102. Em vista do exposto, não vejo como afastar os débitos ora calculados, ante os critérios adotados para a estimativa dos mesmos, bem conservadores e que ao final foram benéficos aos responsáveis.

IV.2 CMED/Anvisa

103. Uma das linhas de defesa apresentada foi a alegação de que, para essas estimativas, o melhor seria utilizar os preços indicados nas tabelas da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (CMED/Anvisa).

104. Nesse caso, a fonte de comparação dos preços teria como fonte exclusiva os preços constantes nas tabelas da CMED.

105. Bom, de início, constato que este Tribunal, ao avaliar as tabelas da CMED como referencial para pesquisas de preços, já concluiu pela impossibilidade da sua utilização como parâmetro para a elaboração do orçamento de referência.

106. A jurisprudência do TCU, na verdade, indica de forma categórica a precariedade dessas tabelas como fonte para estimar os preços das compras públicas (Acórdãos nºs 2150/2015, Rel. Min. Bruno Dantas; e 3016/2012, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues; ambos do Plenário).

107. No caso do Acórdão nº 2150/2015-Plenário, temos a seguinte determinação:

“9.1. determinar à Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União que adote providências para a correção das falhas abaixo mencionadas, apresentando ao Tribunal, no prazo de 120 dias (cento e vinte dias), as soluções adotadas:

(...)

9.1.3. adoção da tabela da CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos) como um dos principais parâmetros de preços para elaboração do orçamento de referência, não obstante este Tribunal já ter apurada a precariedade desse parâmetro para tal fim, consoante processos que culminaram nos Acórdãos 3.016/2012 - Plenário e 693/2012 – Plenário.” (Grifei.)

108. Como também apontado na Cartilha do TCU “Orientações para aquisições públicas de medicamentos”, os preços CMED não são elaborados para refletir os valores de mercado, mas sim tem o objetivo de regular os preços dos medicamentos.

109. Segundo a CMED, as farmácias, drogarias, laboratórios, distribuidores e importadores, não podem cobrar pelos medicamentos preço acima do permitido nas suas tabelas. A lista de preços máximos permitidos para a venda de medicamentos é disponibilizada para consulta dos consumidores e atualizada mensalmente.

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

110. De pronto, vemos que a citada tabela visa regular o mercado de modo a impedir abusos nos preços praticados **ao consumidor**.

111. No Acórdão nº 3016/2012-Plenário, ficou constatado que a tabela CMED apresenta preços **significativamente superiores aos praticados em compras públicas**, casos que ultrapassavam 10.000%.

112. O fato de se tratar de um instrumento de regulação do mercado, fixando preços máximos ao consumidor, e a constatação de que tais preços podem ultrapassar em muito os obtidos pelas compras públicas, não credenciam esse instrumento como um parâmetro mais adequado para servir de referência para as aquisições públicas.

113. Em vista desse cenário, a cartilha do TCU afirma que a aquisição de medicamentos por preços inferiores aos registrados no CMED não isenta o gestor público de possíveis sanções, diante da possibilidade de superdimensionamento dos preços de fábrica constantes da lista, que podem não refletir os descontos praticados no mercado.

114. Soma-se a isso o fato de que os Preços Máximos de Venda ao Governo – PMVG são **preços-teto**, não servindo como parâmetro isolado para compras públicas.

115. Essa constatação foi confirmada por estudo publicado na Revista de Saúde Pública (2015; 49:35), no artigo “*Problemas na política regulatória do mercado de medicamentos*”, dos autores Nathália Molleis Miziara e Diogo Rosenthal Coutinho.

116. Segundo apurado, as médias dos preços de medicamentos praticadas nos pontos de venda (farmácias e drogarias) estiveram muito abaixo do preço máximo ao consumidor (CMED).

117. Verificou-se, ainda, que muitos laboratórios se recusaram a aplicar o coeficiente de adequação de preços nas vendas a órgãos públicos e que a regulação implementada foi incapaz de controlar os preços de quantidade significativa de medicamentos, não tendo sucesso na redução dos preços praticados.

118. Como é de conhecimento desta Corte de Contas, a CMED, órgão vinculado à Anvisa, é responsável pelo controle de preços do setor **farmacêutico** do país. Esse controle se justifica ante o alto poder dos laboratórios, distribuidores e comerciantes de imporem os seus preços ao mercado (consumidor).

119. A CMED foi criada com intuito de incrementar a política de assistência farmacêutica, mediante a regulação econômica do mercado de medicamentos. Essa regulação se consubstancia na prerrogativa de estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos (aumentos de preços), bem como para a fixação de margens de comercialização de produtos a serem observadas pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias.

120. O artigo da Revista de Saúde Pública afirma ainda que os preços estabelecidos pela tabela CMED não retratam os benefícios concedidos pelas farmácias aos consumidores por meio de “descontos”. Ressalta, ademais, que os preços podem ser reajustados acima da inflação, uma vez que a regulação permite o ajuste de preços até o teto fixado, que na opinião dos pesquisadores **é elevado demais**, o que é prejudicial aos consumidores.

121. Segundo apurado, não há previsão legal a respeito da possibilidade de redução dos preços regulados e não há acompanhamento dos preços praticados no mercado, ou seja, a CMED não possui informações a respeito dos preços reais desses produtos praticados pelo mercado.

122. O órgão regulador ainda se baseia em preços extraídos de relatórios anuais, emitidos por laboratórios farmacêuticos e de publicações como a da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA).

123. A ABCFARMA, diga-se, possui como fonte principal a indústria farmacêutica, ou seja, a CMED usa dados dos próprios interessados em fixar os preços. Assim seus dados e, por consequência, suas informações, podem se presumir enviesadas.

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

124. No limite, o objetivo da CMED pode não estar sendo alcançado como se pretendia, e, nesse caso, acaba por servir aos interesses da própria indústria que pretende regular, em detrimento do interesse coletivo.

125. Em que pese isso, vemos que o objetivo principal da CMED **não é ser um referencial de preços para compras estatais**. Mesmo o coeficiente de adequação de preços (CAP), embora indique ser obrigatório dar esse desconto mínimo para a venda de medicamentos a entes Estatais, não leva em consideração qualquer variável mercadológica.

126. O CAP é calculado anualmente a partir da média da razão entre o produto interno bruto (PIB) *per capita* do Brasil e de nove países desenvolvidos, levando em conta o índice de desenvolvimento humano. Ou seja, não usa dados de compras efetivamente realizadas para estimar qual é o real desconto praticado nas aquisições públicas.

127. Além disso, devo frisar, esse redutor não é aplicado a todos os medicamentos, e sim a um rol bem específico previamente estipulado.

128. Portanto, a CMED tem como preocupação primordial a regulação de preços para o consumidor final e não para o governo. Além disso, a CMED não dispõe de um canal com os órgãos públicos, com vistas a conhecer e colher os preços obtidos nessas compras, de modo a, no mínimo, identificar os entes privados que descumprem suas regulações e, com isso, aplicar as sanções previstas (aplicação ou não do CAP).

129. Em outro estudo, agora publicado na Revista de Gestão em Sistemas de Saúde, 2017 (“*Os Efeitos da Regulação de preços da CMED sobre as compras públicas de medicamentos do Estado de Minas Gerais*”), concluiu que medicamentos que pertencem às classes terapêuticas concorrenciais apresentam forte descolamento entre os preços praticados e os regulados, o que evidencia **a ineficácia da regulação CMED**.

130. O estudo ainda apontou para possíveis perdas na economicidade das compras públicas de medicamentos no Estado de Minas Gerais. Para compras realizadas no exercício de 2015, o estudo levantou as atas das licitações realizadas e constatou o gasto de R\$ 867.419.975,45 no ano. Caso os preços praticados tivessem seguido os constantes do BPS, o gasto teria sido de R\$ 871.001.165,59. E caso utilizados os preços-teto da CMED, o Estado teria gasto R\$ 2.448.381.088,32, quase 3 vezes mais.

131. A respeito do uso da tabela CMED x BPS, trago trecho do parecer do representante do Ministério Público de Contas, transcrito no Relatório que fundamentou o Acórdão nº 10531/2018-1ª Câmara, Rel. Min. Benjamin Zymler:

“À margem da discussão acerca do parâmetro mais adequado, se o BPS ou a CMED, penso que, seja qual for a escolha, eventual prejuízo aos cofres públicos deve ser apurado, sempre que possível, levando em consideração os preços obtidos em licitações e contratos firmados por outros órgãos da administração pública, em época contemporânea à realização do procedimento licitatório. Especificamente quanto ao uso do CMED, deve-se ter em mente a possibilidade de distorção para maior de seus preços, como sinalizado no Acórdão 3.016/2012-TCU-Plenário. Por esse motivo, reputo que seu uso, se não associado a outros parâmetros, deva se restringir a situações específicas.” (Grifei.)

132. Dadas as inúmeras incongruências relatadas, não há como concluir pela adequação do uso dos preços CMED como balizador para compras públicas.

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

IV.3

Brasíndice, ABCFARMA e Revista Simpro

133. No Brasil, a regulação de fármacos está disciplinada pela Lei nº 6.360/76, seguida da regulação de preços, que na década de 90 passou por uma fase de liberalização. A Portaria nº 37/92 atuou na liberalização do preço de matérias primas farmacêuticas, mas limitou a margem de lucro do varejo (criando o preço máximo do consumidor – PMC).

134. Para haver o controle da margem de lucro do varejo, era preciso a publicação de preços praticados pelos produtores. Havia então a necessidade de listas que contivessem o valor do preço de fábrica e do PMC de cada medicamento (art. 4º da Portaria nº 34/92).

135. Esta é a origem das tabelas Brasíndice e Simpro, que foram em parte incentivadas pela própria regulação do setor. Ocorre que houve desvirtuação dessas tabelas como veremos.

136. O Brasíndice é um guia farmacêutico indicador de pesquisa de preços de medicamentos, soluções parenterais e materiais hospitalares, usado para estimar o fator de remuneração para contratação de serviços médico-hospitalares, vigendo na maioria de contratos entre operadoras e prestadoras de saúde.

137. Os dados do guia seguem a mesma linha dos indicados na CMED (apenas para os produtos regulados) e, por vezes, uma faz referência à outra.

138. A tabela não é oficial, não é editada por órgão público regulador do mercado e, além da tabela Brasíndice, existem outras similares de empresas concorrentes como a da Revista Simpro e a da ABCFARMA.

139. A revista Simpro, de acordo com o site <https://www.simpro.com.br/PortalPages/CentralClientes/DuvidasFrequentes.aspx>, publica uma tabela que seria um “banco de dados de materiais e medicamentos, utilizado como referência de informações (preço, apresentação, registro Anvisa, código tuss, classificação, embalagem e outros), destinada, direcionada para compras, faturamento, licitações, análise e auditoria de contas médico-hospitalares”.

140. A ABCFARMA, por sua vez, é a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, uma “entidade civil sem fins lucrativos, para prática de estudos, coordenação, informação, **proteção e representação da categoria econômica do comércio de medicamentos, produtos farmacêuticos e correlatos, bem como de seus integrantes.**” (Grifei.)

141. Portanto, a ABCFARMA é uma entidade que tem por finalidade a defesa de empresas que exercem a manipulação, dispensação e comercialização de medicamentos.

142. A Revista ABCFARMA é editada mensalmente e é uma fonte de informações de preços de medicamentos e de reportagens sobre saúde. Ocorre que tais preços são voltados para o mercado varejista. Esse mercado varejista, na realidade, pratica preços para os consumidores inferiores aos ali indicados.

143. O TCU já afastou a possibilidade de utilização dessas tabelas como fonte ou referenciais de preços: “por estipularem valores máximos de aquisição de pequenas quantidades, no varejo, por consumidor final, valores estes que diferem daqueles praticados em grandes aquisições.” (Voto condutor do Acórdão nº 5810/2017-2ª Câmara, Rel. Min. Ana Arraes).

144. O citado Acórdão referenciou outros precedentes no mesmo sentido: Decisão nº 214/2000 e Acórdão nº 35/2002, ambos da 2ª Câmara; Decisão nº 337/2002 e Acórdão nº 6/2003, ambos do Plenário; e Acórdão nº 1049/2004-1ª Câmara.

145. Especificamente quanto à tabela da ABCFARMA, no Acórdão nº 95/2007-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, fez-se uma ampla análise a respeito de seu uso como referencial de preços para compras públicas.

146. Nas discussões a respeito do tema, foi citada a Consulta nº 83/2002, formulada ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, sobre se haveria infração à ordem econômica a divulgação das listas de preços de medicamentos publicadas pela revista. O Plenário daquele órgão

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

decidiu, na Sessão Ordinária de nº 277, de 22/01/2003, pela não incidência da infração, **contudo estabeleceu a ressalva que ela não poderia ser utilizada como padrão à concorrência de preços.**

147. Ainda quanto à tabela ABCFARMA, transcrevo trecho do Relatório que fundamentou o Acórdão nº 2041/2010-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler:

“33. (...) Nesse ponto, há que se esclarecer, por importante, que os valores para venda, definidos na referida tabela, são os máximos possíveis, os quais, na prática, não são cobrados aos consumidores finais, haja vista a ampla concorrência do mercado de vendas de medicamentos, o que faz com que os descontos sejam cada vez mais atrativos e os preços finais sejam bem inferiores aos definidos como máximos na tabela da ABCFARMA. Assim, trazer preços máximos estabelecidos por essa tabela para referendar os preços de venda, não exclui os superfaturamentos constatados, vez que as compras têm que se basear nos preços corriqueiramente praticados no mercado, conforme preconiza o art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/93 e não em valores máximos estabelecidos em tabelas de referência de preços. Ademais, podemos citar diversas razões para que os preços da ABCFARMA não sejam aceitáveis em licitações públicas:

a) a jurisprudência desta Corte de Contas é pacífica no sentido de que o preço máximo ao consumidor constante da Revista ABCFARMA não se presta como parâmetro determinante de preços nas licitações públicas, uma vez tratar-se de lista de preços destinada ao mercado varejista (Decisão 214/2000 e Acórdão 35/2002 - TCU - 2ª Câmara; e Decisão 337/2002 - TCU - Plenário, ratificado pelo Acórdão 006/2003 - TCU - Plenário);

b) também, é notório que os distribuidores/atacadistas obtêm dos laboratórios/fabricantes descontos consideráveis nos preços constantes da Revista ABCFARMA, assertiva facilmente comprovada através dos preços praticados pelas empresas atacadistas aqui envolvidas, para os mesmos medicamentos e fabricantes, em licitações na modalidade de Concorrência;

c) o preço da ABCFARMA é o preço máximo no balcão da farmácia para o consumidor final, em geral elas vendem abaixo, para os medicamentos no formato ético, ou seja, embalado para uso individual. Nas licitações públicas, as licitantes são os fabricantes ou os distribuidores, portanto, sem intervenção e custos que envolvem as farmácias, podendo, portanto, vender a preços bem inferiores;

d) a escala e a frequência das compras estatais autorizam até mesmo negociações com os fabricantes para se conseguirem descontos ainda maiores.” (Grifei.)

148. Trago, ainda, informações colhidas pelo CADE junto a essas publicações, no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08700.01180/2015-56, que constam da Nota Técnica nº 34/2018/CGAA2/SGA1/CADE:

“Em síntese explicaram que suas revistas veiculam conteúdo de cunho científico e informativo, além de tabelas de preços, que são utilizadas como referência tanto pelo mercado privado quanto por órgãos públicos. Esclareceram, ainda, que as tabelas de preços são de dois tipos. O primeiro é mera reprodução da tabela de preços formulada pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Anvisa (CMED) e que abarca medicamentos com preço regulado por este órgão. Já o segundo tipo engloba tabelas que são publicadas em contrapartida à compra do espaço publicitário pelos fabricantes de medicamentos e produtos hospitalares com preço não regulado. Estas últimas são fornecidas diretamente por tais clientes e reproduzidas nas revistas.” (Grifei.)

149. Tais tabelas, portanto, reproduzem os preços regulados já constantes das tabelas divulgadas pela CMED, sendo que os demais preços são publicados “em contrapartida” à compra de espaço publicitário, ou seja, são preços fixados pelas próprias empresas interessadas.

150. Tais preços não refletem resultados de negociações ou média dos preços praticados, tratam de simples tabelas elaboradas pelos próprios fornecedores dos produtos que não se submeteram a qualquer negociação ou concorrência, refletem valores máximos de venda, sendo, portanto, inservíveis para balizar as compras públicas.

151. Caso identificadas compras com preços acima dos indicados nessas tabelas, tal fato, na verdade, indicaria a existência de **elevados** sobrepreços.

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

152. Em 1999, o então Ministro da Saúde José Serra apresentou quadro comparativo entre os preços publicados no Guia Brasíndice e o BPS. Já naquela época, os valores do Guia eram maiores que os cadastrados no BPS em, no mínimo, 500%.

153. Obtive informações complementares a respeito da matéria no Inquérito Administrativo nº 08700.01180/2015-56, que tramita no CADE e objetiva verificar a ocorrência de infração da ordem econômica por Hospitais que utilizam como referência, para os preços de medicamentos e materiais hospitalares, tabelas divulgadas em duas publicações, o Guia Farmacêutico Brasíndice e Tabela Simpro, com supostos valores superestimados.

154. A Federação Nacional de Saúde Suplementar – Fenasaúde, em ofício de 2017, anexado ao inquérito, afirma que *“associadas da Fenasaúde vêm reiteradamente ao longo dos últimos anos indicando que o uso das tabelas SIMPRO e Brasíndice **provoca distorções no funcionamento do mercado, inclusive com práticas que limitam a concorrência e permitindo o exercício de forma abusiva de posição dominante por parte de prestadores de serviços de saúde.**”* (Grifei.)

155. Nesse mesmo ofício, a Fenasaúde informa, a título de ilustração, a discrepância existente entre os preços de um produto (Conector Equipo Microclave Clear 011-MC100). Na revista Brasíndice, o valor era de R\$ 210,00 e, em uma licitação do Estado de São Paulo, o preço vencedor foi de R\$ 2,15.

156. No âmbito do referido inquérito administrativo, foi produzida a **Nota Técnica nº 41/2015/DEE/CADE**, que avaliou o uso das referidas tabelas de preços, e entendeu existirem indícios de práticas econômicas abusivas envolvendo a cobrança por materiais, medicamentos e produtos hospitalares.

157. Segundo a Nota, a cobrança de insumos hospitalares, via tabela de preços Simpro e Brasíndice, aparentemente, descumpra preceitos da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), tendo em vista:

I – Publicação de tabelas de preços que **induzem cartel**: (...) A impressão e a divulgação dessas tabelas induz prática colusiva por parte (i) de vários hospitais brasileiros – downstream e (ii) de produtos e insumos hospitalares – upstream. (...) a existência da tabela parece ser imprescindível para eventual indução de cartel de hospitais (...).

II – **Inflação artificial sobre preço de fábrica**: há indícios de que vários produtores de insumos hospitalares inflam coletivamente, nas publicações Simpro e Brasíndice, seus reais preços de produtos. É a partir da referida cotação artificial coletiva de preços elevados, feita por diversos concorrentes, que se consegue cobrar do plano de saúde sobrepreços pelos insumos hospitalares.

(...)

IV – **Preço abusivo ou regulação paralela**: (...) aumento arbitrário dos lucros ou em regulação privada de mercados de bens e serviços (art. 36, §3º, VIII), ao largo da regulação oficial.

158. Nesse inquérito, foi relatado ao DEE/CADE que o Simpro e a Brasíndice permitem sobrepreços por práticas indiretas, da seguinte forma:

“Essas tabelas, ao informar na coluna ‘preço unitário de fábrica’, por exemplo, os valores ali listados, não deixam claro se a intenção foi se referir ao preço da unidade de cada caixa fechada, da forma como o fabricante vende/entrega o seu produto aos adquirentes; ou, ao contrário, se quis se referir ao valor de cada unidade individualizada do produto contida em cada uma das caixas que o fabricante vende (ex.: valor unitário de cada um dos 10 itens que vem dentro de uma caixa daquele determinado produto, hipoteticamente considerando o total de itens em uma caixa). (...)

Os hospitais tendem a considerar que a referência nessas tabelas aos preços dos produtos que listam diz respeito ao valor dos produtos já unitizados (valor de cada unidade contida em cada caixa que adquirem). Mas, o que se percebe é que, quando se adquire o mesmo produto no mercado, diretamente, fica nítido que o valor inserido na tabela refere-se a uma unidade de caixa, e não ao valor unitizado de cada um dos itens contidos em uma caixa.

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

Isso termina por tornar os itens destacados nessas tabelas com valores muito acima do que deveriam ser negociados, onerando as operadoras de planos de saúde e, conseqüentemente, os seus beneficiários / associados, tendo em vista que cada unidade utilizada pelos hospitais passam a ser remunerados com base no preço da caixa completa, que contém várias unidades, causando grandes distorções. (ofício 7291/2015 - da lavra da operadora Afrafep) - (Estudo 08700.004219/2015-97).” (Grifei.)

159. Outra constatação é a distorção dos preços não regulados. Nesse caso, diversos concorrentes publicam em conjunto o seu “preço de fábrica” inflado, não condizente com os preços praticados no comércio varejista. Com isso, há uma ação coordenada de produtores para inflar artificialmente os preços, com o objetivo de forçar negociações assimétricas.

160. Outro dado levantado é que os preços-teto de medicamentos no Brasil são irrealisticamente muito elevados, há casos de a diferença entre “o preço real de mercado e o preço teto, ultrapassar 4.000%”.

161. Assim, com base em dados da CMED, 50% dos medicamentos vendidos no Brasil teriam que ter uma elevação de preços de mercado igual ou superior a 220% para chegar ao preço-teto de “fábrica” (da distribuição). Além disso, seria necessária uma elevação de preços igual ou superior a 334% para chegar próximo ao preço máximo ao consumidor – PMC.

162. Ou seja, se permitirmos que órgãos públicos paguem preços-teto, constantes nas tabelas da CMED (mesmo aplicando-se o CAP para os casos previstos), Brasíndice ou ABCFARMA, estaremos, na realidade, permitindo lucros absurdos dos fornecedores.

163. Há medicamentos cuja diferença entre os seus preços-teto é surreal, como é o caso do maleato de enalapril. O fornecido pela Eupressin é 10.000 vezes superior (por grama) ao fornecido pela Enalamed.

164. Não há justificativa técnica para tal diferença, pois estamos a tratar do mesmo princípio ativo.

165. Na prática, o uso dessas tabelas de preços favorece a formação de cartéis. Nesse sentido, não é admissível que se permita que essa cartelização alcance as compras públicas.

166. Por fim, do Informativo sobre Licitações e Contratos nº 2/2010, reproduzo abaixo o extrato sobre o que se decidiu no Acórdão nº 65/2010-Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz:

“Fiscalização na Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo (SES/SP) e na Secretaria de Saúde do Município de São Paulo (SMS/SP) apontou fragilidades em procedimentos adotados nas contratações realizadas com recursos repassados pela União, envolvendo a aquisição de medicamentos e equipamentos hospitalares. A administração socorria-se de fontes inadequadas para obtenção do preço de mercado, as quais não refletiam o ganho de escala que poderia ser obtido em face do volume comprado, como por exemplo dados obtidos na revista Simpro, publicação que tem por objetivo divulgar preços dos fornecedores de medicamentos e outros produtos de saúde para que seu público-alvo, farmácias e drogarias, possa formar o preço de venda ao consumidor final. Esse procedimento teria conduzido à realização de contratações desvantajosas, com sobrepreço, ferindo os princípios da economicidade e da eficiência, além de ir de encontro à Lei de Licitações. Enfatizou o relator que o resultado não poderia ser outro quando são utilizadas fontes de preços que servem ao mercado de varejo, como o da revista Simpro, sem que sejam levados em consideração, nas pesquisas de preço, os volumes envolvidos nas compras da administração pública. Como agravante, foi constatada a utilização do sistema de registro de preços, propagando-se assim os efeitos do sobrepreço para todas as unidades que, eventualmente, aderissem às atas constituídas, cujos preços estariam superestimados. O Plenário, acolhendo proposição do relator, deliberou no sentido de determinar à SES/SP e à SMS/SP que ao utilizarem recursos públicos federais, previamente à realização de seus certames licitatórios e ao acionamento de atas de registro de preço, próprias ou de outros órgãos, e periodicamente durante sua vigência, efetuem ampla pesquisa de mercado, considerando os quantitativos, relevantes nas compras em grande escala, a fim de verificar a aceitabilidade do preço do produto a ser adquirido, em observância aos arts. 3º, 15, inc. V, e 40, inc. X, da Lei n.º 8.666/93. Além disso, foi determinado à SES/SP que se abstinhasse de prorrogar a vigência das atas de registro de preço resultantes das licitações inquinadas, adotando, tempestivamente, medidas necessárias a novas contratações, a fim de evitar desabastecimento de medicação e insumos necessários ao atendimento público.” (Grifei.)

Continuação do TC nº 023.274/2009-0

167. Do mesmo *decisum*, destaco o seguinte trecho do Relatório que acompanhou o Acórdão:
“A utilização do preço SIMPRO no método de pesquisa de preços, reiteradamente adotado por essa Secretaria, ocasionou a existência de distorções de preços médios nos procedimentos licitatórios, pois a publicação apresenta ‘preço ao consumidor’, valor que, via de regra, representa preço expressivamente superior aos praticados no mercado.” (Grifei.)
168. Vê-se, portanto, que a jurisprudência do TCU é clara no sentido de que é preciso buscar referenciais confiáveis, tanto para fazer a estimativa de preços, como para a adjudicação, e que uso de tabelas de preços, especialmente as publicadas visando atender a mercados específicos, não podem ser utilizadas como referenciais de preços para orientar as aquisições públicas de medicamentos.
169. Assim, ante a possibilidade de consultar outras fontes, como o BPS, deve-se optar pelos preços encontrados em outras aquisições públicas. Quando não for possível isso, o PMVG indicado na CMED é um referencial máximo de preços, sendo obrigatório ao gestor negociar descontos sobre esse preço sob pena de realizar aquisições antieconômicas e com sobrepreço.
170. Lembrando que fornecedor único ou exclusivo de determinado produto são exceções, que devem ser tratadas de forma excepcional, cabendo ao gestor buscar as melhores condições na aquisição desses produtos.

V

171. Ante todo o exposto, este representante do Ministério Público de Contas, manifesta-se de acordo com a proposta de encaminhamento sugerida pela unidade técnica à peça 319, complementada pelo despacho do Sr. Secretário à peça 321.

Ministério Público de Contas, em junho de 2019.

(Assinado eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Subprocurador-Geral