

MÁ UTILIZAÇÃO DE RECEITAS PÚBLICAS NA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS PELOS MUNICÍPIOS

Flávio de Azambuja Berti¹

RESUMO

A aplicação de recursos públicos em todos os âmbitos de poder político, inclusive na ordem municipal, deve adequar-se aos parâmetros legais e constitucionais sob pena de invalidade o que impõe constante vigilância dos órgãos de controle interno e externo. A partir de projeto de atuação especial do Ministério Público de Contas do Paraná sobre gastos com medicamentos no Paraná, este artigo apresenta uma visão científica sobre as ilegalidades que ocorrem num grande número de prefeituras e em suas licitações.

ABSTRACT

The use of public resources in all levels of politic power, including the counties, must respect the laws and the constitution of the country to avoid the risc of invalidity, what imposes permanent surveillance of the institutions of internal and external control. Starting of and special project of the Ministério Público de Contas do Paraná about the counties expenses in Paraná with medicines, this paper shows in a scientific view the illegalities that happen in a big number of towns hall and its biddings.

1. INTRODUÇÃO

Embora pareça lugar comum a afirmação de que os gastos públicos devem ser feitos com a devida adequação às prioridades e necessidades da sociedade nos mais diferentes âmbitos de governo bem como com o devido respeito à estrutura normativa vigente tanto sob os aspectos de forma como os de conteúdo, o assunto merece o devido destaque no que se refere à aquisição de medicamentos por Municípios, em especial devido às limitações de fontes financiadoras de recursos públicos e aos sucessivos casos de desvios e má-utilização decorrentes de práticas inválidas na medida em que ofensivas à ordem jurídica posta e às regras e princípios jurídicos² insculpidos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Neste sentido, atentando para as fontes de recursos disponíveis aos governos locais e às amarras previstas no sistema jurídico sem perder o foco também sobre a necessidade de racionalização da gestão, toma-se como parâmetro para as considerações que se seguem trabalho exaustivo levado a efeito pelo Ministério Público de Contas do Estado do Paraná que ao cruzar dados divulgados pelos próprios Municípios em seus portais da transparência com aqueles disponibilizados

1 Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Teoria do Direito pela UFSC. Pós-graduado em Direito Tributário e Financeiro pela UFSC. Professor Titular de Direito Tributário da Universidade Positivo. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Paraná. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Procurador da União.

2 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003;

por órgãos de controle, em particular o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, e bases de dados sobre preços praticados regularmente no mercado de vendas de medicamentos. Isto considerado, a análise jus-científica pretendida tem por escopo apontar irregularidades que vêm sendo repetidas no dia-a-dia da gestão pública municipal com prejuízos diretos à sociedade e sobre preços injustificáveis quer sob a perspectiva jurídica quer sob a simples e rasa comparação econômico-financeira.

Embora o apelo pragmático do tema seja inquestionável, é possível embasar as conclusões e as sugestões que aparecem ao final do presente artigo sob a perspectiva científica em face dos juízos decorrentes de uma ponderação normativa exaustiva à luz dos preceitos jurídicos presentes inclusive na lei fundamental embasadora da pirâmide normativa do Brasil. É o que se pretende.

2. RECEITAS PÚBLICAS MUNICIPAIS

As fontes de financiamento de despesas públicas são fundamentais num Estado de Direito embasado que estão sobre uma Constituição estruturadora de direitos fundamentais³ em favor do cidadão e do arcabouço jurídico-político em que se assentam o conjunto de órgãos e instituições responsáveis por atender às expectativas da sociedade e atender aos interesses de seus integrantes, respondendo às demandas por necessidades públicas nas mais diferentes áreas tais a saúde, a educação, a assistência social, a segurança e a justiça. Neste contexto, por certo só é possível prestar serviços públicos bem como edificar as obras de estrutura necessárias para a realização dos mesmos se houver recursos disponíveis. Ato contínuo, surge o questionamento segundo o qual deve-se identificar de onde eles proveem.

Pois bem, o direito financeiro e a ciência das finanças⁴ ensinam que em princípio os recursos públicos podem ser obtidos através de dois tipos de receitas: as originárias e as derivadas. Aquelas decorrem da utilização do próprio patrimônio da Administração como fonte geradora seja através da venda ou locação de bens públicos seja através da exploração de atividade econômica mediante por exemplo a criação de uma empresa estatal cujo objetivo ainda que secundário será a arrecadação de recursos. Já as receitas derivadas são aquelas que encontram espelho na arrecadação de recursos junto aos particulares sem que para tanto o Estado precise dispor de seu patrimônio ou proceder a grandes parcelas de investimento como por exemplo na capitalização de uma empresa pública⁵. Tais receitas por sua vez podem ter um viés punitivo a serem obtidas mediante a imposição de sanção pecuniária com vistas a punir a prática de um ato ilegal do particular; de outro lado há as receitas não-punitivas representadas que são pelos tributos, arrecadados junto aos particulares mesmo diante da prática por estes de atos absolutamente legais tais como a obtenção de renda, a venda de produtos, a prestação de serviços ou a realização de operação de natureza financeira.

3 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999;

4 ROSA Jr., Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Renovar, 14ª ed, 2000;

5 ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1968;

Fato é que concentrando a atenção nas fontes de recursos em favor dos Municípios, extrai-se diretamente da Constituição Federal⁶ o rol de competências e conseqüentemente de possibilidades de obtenção de receitas por estes. Neste sentido aparecem de um lado os tributos municipais tais as taxas e contribuições de melhoria de um lado e os impostos de sua competência privativa de outro. Aquelas com vinculação absoluta para sua aplicação na medida em que instituída uma taxa por um Município, os recursos daí advindos somente poderão ser aplicados no financiamento de um serviço público prestado ou colocado à disposição dos contribuintes ou ainda de uma atividade fiscalizatória exercida sobre os mesmos enquanto as contribuições de melhoria terão sua receita bloqueada para aplicação exclusiva no financiamento de obras públicas que justificaram sua cobrança. De outro lado, os impostos municipais possibilitarão um espectro mais amplo para uso em gastos públicos, dado o caráter não-vinculado de suas receitas consoante a doutrina do direito tributário⁷. Será, portanto, a partir da arrecadação de impostos que o Município encontrará meios de financiar a folha de pagamento do funcionalismo, contratar a aquisição de serviços através de licitações, custear despesas correntes e de capital das mais variadas espécies e também financiar a compra de medicamentos para atendimento à população nos postos e unidades de saúde locais.

Considerando especificamente os impostos municipais, identifica-se no artigo 156 da Constituição Federal⁸ o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, o imposto incidente sobre a transmissão de bens imóveis entre pessoas vivas e o imposto sobre serviços de qualquer natureza, excluídos os serviços de comunicação e de transporte intermunicipal e interestadual de modo tal que a lei orçamentária do Município identificará em cada ano aonde deverão ser aplicados os recursos arrecadados através destas três modelagens jurídico-tributárias, podendo inclusive separar em rubrica própria uma parte dos recursos para a aquisição de medicamentos.

Todavia, afóra a receita tributária, há que se mencionar outras duas importantes fontes de recursos à disposição das Administrações municipais: as transferências obrigatórias a que fazem jus os Municípios através do chamado FPM – Fundo de Participação dos Municípios – integrado por repasses estaduais e municipais nos termos do que aparece objetivado nos artigos 158 e 159 da Constituição Federal⁹.

6 CHIESA, Clélio. *A competência tributária no Estado brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002;

7 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005;

8 Constituição Federal de 1988, "Art. 156: Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar".

9 "Art. 158. Pertencem aos Municípios: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º; III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação."

"Art. 159. A União entregará: (Vide Emenda Constitucional nº 55, de 2007) I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 84, de 2014) a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; (Vide Lei Complementar nº 62, de 1989) b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; (Vide Lei

Dado que são transferências determinadas de modo cogente e fechado pelo texto constitucional, parte da doutrina¹⁰ do direito tributário têm identificado em tais receitas parcela caracterizadora da própria autonomia financeira e orçamentária dos Municípios, o mesmo não se dando com um última forma de financiamento de gastos municipais, as chamadas transferências voluntárias, assim caracterizados os repasses feitos tanto pela União quanto pelo Estado a partir de convênios, ajustes, termos de cooperação técnica e financeira e outras modelagens jurídicas similares através das quais parcela de recursos federais e estaduais é entregue aos Municípios para aplicação em determinado programa ou finalidade específicos, definidos em instrumento jurídico próprio e com termos inicial e final previamente acordados a fim de que o resultado seja alcançado, sob pena de ser a municipalidade obrigada a devolver os recursos. A diferença básica e fundamental em relação às transferências compulsórias dos artigos 158 e 159 da Constituição Federal reside no fato de que nem a União nem os Estados estão obrigados *a priori* a firmarem tais termos de convênio ou cooperação com os Municípios para respectivos repasses. Porém, a assinarem tais instrumentos jurídicos obrigam-se a separar parcela de recursos previstos em rubrica específica de seus orçamentos e repassarem-nos aos beneficiários, devendo posteriormente cobrar e verificar a correta aplicação dos mesmos, inclusive com o auxílio do Tribunal de Contas respectivo.

Particularmente em relação às despesas para compras de medicamentos, os Municípios contam com recursos próprios decorrentes da arrecadação de seus impostos consoante contas próprias identificadas em suas leis orçamentárias, repasses compulsórios federais e estaduais decorrentes dos artigos 158 e 159 da Constituição Federal através do sistema descentralizado chamado Sistema Único de Saúde, e de repasses especiais provenientes de transferências voluntárias para programas definidos em cada convênio ou termo de cooperação. É este arcabouço de recursos que consiste na gama de dinheiro público a ser utilizado pelo Município através de procedimentos formais próprios com vistas à manutenção dos estoques dos postos de saúde e unidades de atendimento em âmbito local.

3. PROCEDIMENTOS LEGAIS PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS POR ENTES PÚBLICOS

À luz das ideias de legalidade, economicidade e eficiência que norteiam a atuação da Administração Pública e que ganharam inclusive o *status* de princípios constitucionais, a aquisição de medicamentos pelos Entes públicos deve respeitar um ritual próprio cujo escopo é a garantia da segurança jurídica e do melhor uso dos recursos públicos. Neste sentido e seguindo a doutrina¹¹ do direito financeiro embasada que está na

Complementar nº 62, de 1989) c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer; d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 55, de 2007) e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano”;

10 BERTI, Flávio de Azambuja. *Direito tributário e princípio federativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007;

11 OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014;

normatização sobre finanças e contabilidade pública, a realização de despesas públicas sujeita-se a um procedimento próprio ao qual atribui-se a denominação de ciclo orçamentário, de modo tal que a condição inicial para que seja gasto qualquer valor a título de receita pública é a existência de dotação orçamentária própria, assim entendida a previsão de uma conta específica na lei orçamentária anual chamada de “rubrica”, a qual deve conter saldo financeiro em valor suficiente para o gasto que se pretende realizar. Presente tal requisito, a realização da despesa impõe como regra geral a realização de procedimento licitatório para a escolha do particular contratado que fornecerá o bem – por exemplo os medicamentos que o Município pretende comprar – ou o serviço embora haja exceções em número muito além do razoável à vista de uma análise mais crítica sob o ponto de vista da ciência¹².

De fato, em havendo previsão expressa na Constituição Federal sobre a necessidade de licitação para escolha do particular que fornecerá para a Administração salvo hipóteses excepcionais contempladas na normatização infraconstitucional, esta ao estabelecer casos de inexigibilidade e de dispensa com repetidas alterações aprovadas pelo Legislativo a partir de provocações do Poder Executivo, muitas das quais originadas em medidas provisórias, que implicam na coexistência de dezenas de casos em que poderá ser dispensado o procedimento licitatório, implica em verdadeira quebra da regra de licitação obrigatória. Muitas situações casuísticas resultaram em hipóteses novas de dispensa de licitação, tais como aquelas decorrentes de estímulos à contratação para realização de grandes obras e equipamentos públicos para eventos desportivos como as Olimpíadas, a compra de produtos, inclusive medicamentos, junto a empresas locais de pequeno porte, gastos relativos à construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais¹³ o que, tudo somado, implica na desconsideração da regra-geral.

Por certo há muitas situações que justificam a dispensa de licitação. Há outras que impõem a sua inexigibilidade, diferentes que são nos termos do que bem explica a ciência do direito administrativo¹⁴. Não se desconsiderem também os gastos absolutamente incompatíveis com o sistema de licitações tais como aqueles relativos à quitação de precatórios requisitórios, as despesas com a folha de pagamento do funcionalismo público bem como os gastos com os regimes de previdência seja o próprio dos servidores seja o regime geral, este gerido pela União através de autarquia nos termos da lei federal 8.212/91¹⁵.

a análise em questão dá conta de dimensionar sob uma visão crítica o transbordamento das hipóteses de exceção relativas à chamada dispensa de licitação ou seja, situações nas quais seria possível licitar dada uma pluralidade de potenciais interessados em contratar com a Administração, mas que em face de um juízo de conveniência e oportunidade por parte da contratante e desde que

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

13 Lei Federal n. 13500/2017 de 26 out. 2017 publicada no Diário Oficial da União de 26 out. 2017, resultante da aprovação da Medida Provisória 781/2017;

14 FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008;

15 Lei Federal n. 8.212/91 de 24 jul. 1991, publicada no Diário Oficial da União de 24 jul. 1991;

baseada em autorização legislativa expressa, não se escolhe a via da licitação a fim de ganhar-se tempo e racionalidade no processo de compra. Se isto é verdade, um juízo crítico a respeito de eventuais outras ordens de prejuízo resultantes de tal escolha não podem ser deixadas de lado, porquanto em valendo como norma geral principiológica a necessidade de licitar compras de bens e serviços, salvo casos de exceção contemplados de modo expresse pela legislação infraconstitucional, não é adequado outorgar-se ao legislador ampla margem de escolha para criar dezenas de hipóteses de dispensa. Mais que isto, também não é adequado aceitar que o Poder Executivo federal através de reiteradas medidas provisórias estenda tal rol, já amplo, da regulamentação infraconstitucional, chegando a impor casuisticamente mais e mais casos de exceção, infirmo-se desta forma a regra geral de licitações.

A fase seguinte ao procedimento licitatório – ou dispensa de licitação nos casos autorizados em lei – refere-se à emissão do empenho e respectiva liquidação¹⁶ em que registra-se e confere-se quem é o beneficiário do pagamento da despesa, o valor da mesma, a baixa do valor respectivo do saldo da dotação orçamentária, a referência ao procedimento de licitação e/ou dispensa ou inexigibilidade da mesma bem como a data de vencimento definida no contrato de fornecimento, informações indispensáveis para a formalização da despesa consoante reafirmado pela doutrina do direito financeiro¹⁷. É o empenho que formaliza de fato a autorização para realização do gasto consistindo em requisito fundamental sem o qual inexistente possibilidade jurídica de efetuar-se qualquer pagamento pela Administração.

Empenhada e liquidada a despesa, emite-se a ordem de pagamento mediante um processo prévio de conferência, amarração e referenciamento entre o empenho, a liquidação e a disponibilidade financeira a ser utilizada com vistas à quitação da dívida, de modo tal que desta forma estará concluído o ciclo de fases necessárias do procedimento de realização de despesa pública.

Focando na compra de medicamentos e de acordo com o marco legal resumidamente apresentado acima, é possível afirmar que tais aquisições devem em regra ser feitas pelos Municípios através de procedimento licitatório idôneo e assentado em absoluta vinculação aos termos do estatuto jurídico das contratações públicas¹⁸. Em havendo base legal, será autorizado processo de dispensa de licitação conforme a mencionada lei, por exemplo para compras de baixo valor ou junto a pequenos fornecedores locais constituídos sob a modelagem jurídica de microempresa ou empresa de pequeno porte como são exemplos farmácias locais nas hipóteses em que seja mais vantajosa a compra junto às mesmas em detrimento de laboratórios e distribuidores de medicamentos. Eventualmente, pode surgir a necessidade de compra através de inexigibilidade de licitação, tudo devidamente formalizado através de procedimento administrativo próprio.

16 Lei Federal n. 4320/64 de 17 mar. 1964, publicada no Diário Oficial da União de 17 mar. 1964;

17 MOTTA, Carlos Pinto Coelho e FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade fiscal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001;

18 LEI FEDERAL n. 8.666/93 de 21 jun. 1993, publicada no Diário Oficial da União de 21 jun. 1994;

Embora aparentemente simples, a verdade é que quer por conta do excesso de minúcias da legislação própria dos contratos e licitações, quer em face de instrumentos e medidas obscuras quer ainda em razão de vícios mais aparentes com repercussão em prejuízos inclusive de natureza financeira, muitas irregularidades têm ocorrido nas mencionadas compras de medicamentos feitas pelas Administrações municipais, o que ficou evidenciado em cruzamentos de dados e mapas comparativos produzidos pelo Ministério Público de Contas do Paraná, cuja análise sob o enfoque jus-científico pretende-se apresentar a seguir.

4. IRREGULARIDADES IDENTIFICADAS EM PROCESSOS DE COMPRAS POR MUNICÍPIOS DO PARANÁ

4.1. DELIMITAÇÃO DO PROJETO LEVADO A EFEITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Com vistas a delimitar o escopo das considerações que seguir-se-ão e dadas as considerações anteriores sobre as modelagens jurídicas passíveis de serem utilizadas para aquisição de medicamentos por parte das Administrações municipais, tomase como parâmetro levantamento de dados produzido pelo Ministério Público de Contas do Estado do Paraná entre os meses de setembro de 2017 e meados de 2018 através de projeto de atuação especial do referido órgão de controle. Dadas as competências legais atribuídas à referida instituição e considerando os grandes volumes de recursos dispendidos pelos Municípios do Estado com a aquisição de remédios para disponibilização às populações locais nos diferentes postos de atendimento público tais como hospitais municipais e regionais, postos de saúde e vacinação, unidades de pronto atendimento etc, bem como a representatividade de tais compras em face dos vultuosos orçamentos destinados à saúde – lembre-se que por disposição constitucional expressa¹⁹ devidamente regulamentada em lei²⁰, os Municípios brasileiros são obrigados a investir percentual mínimo de suas receitas orçamentárias em saúde – o Ministério Público de Contas do Paraná houve por bem criar instituir grupo de trabalho para mapear tais compras.

O projeto cujos dados são objeto de consideração no presente artigo foram obtidos a partir de uma parametrização inicial segundo a qual buscou-se levantar a situação em todo os Municípios paranaenses com população superior a trinta mil habitantes²¹ e que por via de consequência implicam numa representatividade absoluta de recursos financeiros maior. Tal escopo resultou na captura, processamento e cruzamento de dados de cinquenta e dois Municípios, utilizando-se como fontes para obtenção dos mesmos inicialmente os portais da transparência dos próprios Municípios, os quais por força da lei de acesso à informação²² devem franquear

19 Constituição Federal de 1988, artigo 198, §2º, III, promulgada em 05 out. 1988, artigo alterado pela Emenda Constitucional 29/2000 promulgada em 13 set. 2000 e publicada no Diário Oficial da União em 13 set. 2000;

20 Lei Complementar Federal 141 de 13 jan. 2012, publicada no Diário Oficial da União em 13 jan. 2012;

21 Ministério Público de Contas do Paraná. Capturado em www.mpc.pr.gov.br em 25 mar. 2018;

22 Lei Federal n. 12.527 de 18 nov. 2011, publicada no Diário Oficial da União de 18 nov. 2011;

amplo acesso de seus dados, atos, contratos, beneficiários de recursos etc com vistas a um controle social mais efetivo. Dada a incompletude de dados em muitos destes portais, a falta de transparência de outros tantos e a desatenção das Administrações locais em atenderem às demandas decorrentes do projeto de atuação especial mencionado, buscaram-se também informações na base de dados do Tribunal de Contas do Estado através do chamado “Portal de Informações para Todos – PIT”, buscando-se via planilhas eletrônicas a emissão de todas as notas de empenho de cada um dos Municípios incluídos no escopo a fim de verificar-se pelo objeto descrito no empenho, quais aqueles relativos à compras de medicamentos, identificando-se a partir daí os respectivos beneficiários, valores e vínculo com o procedimento administrativo (licitação, dispensa ou inexigibilidade) num trabalho de inteligência investigativa.

A complementação da coleta de dados deu-se através de aproximação aos Observatórios Sociais, entidades associativas sem fins lucrativas existentes em muitos Municípios, inclusive daqueles incluídos no escopo do projeto, que têm por função primordial acompanhar, verificar e fiscalizar as Administrações locais, identificando falhas e irregularidades e solicitando as devidas correções. A título de base para cruzamento e comparação analítica, particularmente no que se refere aos preços de aquisição dos medicamentos, foram utilizadas comparações com o BPS – Banco de Preços do Ministério da Saúde –, com o site Comprasnet²³ e com o Consórcio Paraná Saúde²⁴, instituído para centralizar, otimizar e racionalizar as compras de medicamentos feitas pelo Governo do Estado do Paraná, sem desconsiderar as análises e cruzamento de informações entre os quadros societários das empresas fornecedoras de medicamentos de cada um dos cinquenta e dois Municípios incluídos no escopo do trabalho e o quadro de pessoal de cada Administração.

4.2. IDENTIFICAÇÃO DAS IRREGULARIDADES

A partir da conclusão do trabalho levado a efeito pelo Ministério Público de Contas do Paraná nos termos do que foi retratado acima, é possível estabelecer um quadro de práticas indevidas e inconsistentes quer sob a perspectiva do direito posto quer sob a perspectiva da ciência do direito, dada a falta de fundamento de validade de tais práticas consistentes em atos viciados, procedimentos administrativos não motivados, ausência absoluta de transparência na divulgação de dados, ilegalidades de contratações e sobre preços em desconformidade com eventuais justificativas fáticas e jurídicas.

Uma situação que se repete em grande parte dos Municípios analisados pelo Ministério Público de Contas é a chamada **lista aberta** consistente na publicação de edital de licitação para aquisição de “todos” os medicamentos necessários à Secretaria de Saúde local, pelo que são listados centenas de itens em edital único,

²³ www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/comprasnet-siasg;

²⁴ www.consorcioparanasaude.com.br;

estabelecendo-se como critério para julgamento das propostas o menor preço global do lote. Como trata-se de lote único com um sem número de remédios, o levantamento ministerial²⁵ apontou desperdício de recursos públicos em montante que chegou a quarenta por cento do total gasto pelo(s) Município(s) responsável por tal forma de compra se comparados com valores pelos quais poderiam ser adquiridos os mesmos medicamentos separados em três, quatro ou cinco lotes de compras, através de um mesmo edital ou de editais diferentes nos termos do que expõe a doutrina administrativista²⁶. Observe-se que ainda quando se trata de municipalidades com menor população, em havendo a opção pela chamada lista aberta os prejuízos são inquestionáveis, até porque em verificação comparativa o próprio órgão ministerial referenciado identificou que inexistia uma diferenciação significativa quanto a fornecedores apenas de Municípios maiores e fornecedores apenas dos demais. O mercado de medicamentos é mais complexo e não pode ser definido por análises muito lineares e simplistas.

Na mesma linha segue a modelagem utilizada por inúmeros Municípios paranaenses como por exemplo Palmeira, Maringá e Mandaguari²⁷ em que a cada ano se dá a publicação de um único edital para a aquisição de medicamentos referindo-se como lote único de “compra *a a z*” com o que não se avaliam as diferenças de preço entre cada medicamento ou cada grupo de compostos ou ainda cada lote separadamente mas sim um preço final global, de modo que o licitante que apresentar a proposta com o menor preço para o total dos medicamentos de “*a a z*” terá a si adjudicado o objeto todo da licitação o que via de regra implica em gastos adicionais para o Erário se comparados grosso modo com aqueles que seriam despendidos no caso de fracionamento em lotes diferentes ou em licitações diversas.

Apontamento interessante também sob a ótica de sua invalidade decorrente dos cruzamentos de dados efetivados pelo Ministério Público de Contas²⁸ é aquele decorrente de **pagamento a maior de medicamentos ofertados ao mercado em múltiplas e diferentes formas** quando, por exemplo, o edital da licitação publicado estabelece um preço máximo a ser pago, sem, contudo, amarrar de modo detalhado e com descrição mais completa as especificações dos itens. Isso pode ser ilustrado por determinado medicamento vendido em caixas com dez, vinte e trinta comprimidos o qual é produzido por diferentes laboratórios e comercializado por dezenas de distribuidores variados. Em não havendo a correta descrição do volume de cada embalagem a ser adquirida no lote que se pretende comprar, as propostas de preço são as mais variadas também e principalmente em decorrência da incompletude da especificação do item, o que gera gasto exponencialmente mais alto quando da conclusão da adjudicação do objeto da licitação e assinatura do contrato de fornecimento, se comparada a compra *pro rata* do composto, sejam sob a forma de comprimidos em cada embalagem, seja o volume diferente para medicamentos líquidos seja ainda o peso em miligramas para cremes e pomadas. Veja-se a indagação literal constante da conclusão do exame feito

25 Ministério Público de Contas do Paraná. Capturado em www.mpc.pr.gov.br em 26 mar. 2018;

26 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

27 Ministério Público de Contas do Paraná. Capturado em www.mpc.pr.gov.br em 30 mar. 2018

28 Ministério Público de Contas do Paraná. Capturado em www.mpc.pr.gov.br em 12 abr. 2018;

pelo MPC/PR em relação aos dados de uma licitação do Município de Ivaiporã²⁹: “...Nesse contexto, por exemplo, a Acebrofilina 10 mg/ml – xarope é de 60 ou 120ml? O bromoprida 4mg/ml – solução oral gotas é de 10 ou 20ml? Ainda, a solução isotônica de cloreto de sódio a 0,9% 100 ml - injetável – é bolsa ou frasco?”

No mesmo contexto surgiram repetidas vezes problemas decorrentes da **publicação de editais com indicação da marca/nome comercial de vários dos medicamentos nos mais diferentes lotes** em que divididas as licitações promovidas pelos Municípios do Estado do Paraná³⁰ em contradição direta à norma explícita constante do estatuto geral das licitações³¹, o que por óbvio traz como repercussão direta a restrição ao caráter competitivo – ideia central da norma constitucional que impõe o dever de licitar como regra ao administrador público quando pretenda adquirir bens ou contratar serviços com recursos públicos. Por certo, ao referir-se a marca do medicamento e não sua denominação científica ou nome genérico, amolda-se a referida compra exclusivamente ao laboratório detentor daquela marca – nos casos de compras junto a laboratórios – ou às distribuidoras que comercializem-na em detrimento de um maior número de outras que comprem e revendem similares de outros laboratórios.

Os relatos e fundamentos conclusivos do trabalho de mapeamento utilizado como base para este estudo³² retratou falha grave no que diz de perto aos próprios atos afetos ao julgamento e registro do mesmo via atas, pois **nos casos de pregões presenciais e pregões eletrônicos, embora seja atribuição do pregoeiro motivar a aceitabilidade dos preços relativos aos itens que não ensejaram disputa por lance classificando-os, isto não é respeitado em muitos dos Municípios** analisados pelo órgão ministerial de contas paranaense, ainda que expressamente determinado no edital, por exemplo o Edital 161/2017³³, decorrendo daí invalidade formal de todo o procedimento licitatório de compra dos medicamentos. Soma-se a tais invalidades formais, a ausência de sorteio pelos pregoeiros quando da apresentação de propostas com os mesmos valores para vários itens do(s) edital(is) de licitações publicados com vistas à compra de remédios.

Mácula como esta põem em risco inclusive conceitos fundamentais do direito constitucional³⁴ tais como a probidade e legalidade da Administração, a fundamentação dos atos administrativos, as amarras sobre o gestor público em vista da ideia de cuidados com a coisa pública e com os recursos arrecadados junto aos contribuintes para financiar os gastos do Estado, referenciando-se aqui muito do que se escreveu sobre o direito constitucional num viés científico e doutrinário.³⁵

29 Ministério Público de Contas do Paraná. Capturado em www.mpc.pr.gov.br em 12 abr 2018;

30 Ministério Público de Contas do Paraná. Capturado em www.mpc.pr.gov.br em 16 abr 2018

31 Lei Federal n. 8.666/93 promulgada em 21 jun. 1993 e publicada no Diário Oficial da União em 21 jun. 1993, “Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão (...): 5º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I – a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.”

32 Ministério Público de Contas do Paraná. Capturado em www.mpc.pr.gov.br em 26 abr. 2018;

33 Município de Ivaiporã. Capturado em www.ivaipora.pr.gov.br em 20 dez. 2017. Edital nº 161/2017:18.7 Declarada encerrada a etapa de OFERECIMENTO DE LANCES e classificadas as propostas na ordem crescente de valor, incluindo aquelas que declinaram do oferecimento da lance(s), sempre com base no último preço/lance apresentado, o PREGOEIRO examinará a aceitabilidade do valor daquela de menor preço, ou seja, da primeira classificada, decidindo motivadamente a respeito.

34 COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013;

35 DI PIETRO, Maria S. Zanella; MOTTA, Fabricio; FERRAZ, Luciano. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Atlas, 2011;

A análise das atas de julgamento possibilitou ao Ministério Público de Contas do Paraná³⁶ identificar a **absoluta falta de concorrência presente em dezenas de editais de licitação, particularmente naqueles divididos em lotes em que embora apresentadas propostas de oito, nove, dez distribuidoras, ao examinar-se com cuidado as respectivas atas observa-se que para cada lote houve apenas uma proposta**, o que sugere o partilhamento indevido e ilegal do objeto da licitação sem que tenha havido qualquer contraofensiva por parte das Administrações licitantes quanto à tal situação grave, seja mediante anulação do certame, seja mediante instauração de sindicância ou mesmo denúncia ao Ministério Público Estadual ou demais órgãos de controle, vale dizer em situação de passividade que resulta em conivência indevida.

A propósito disso há que lembrar o caráter fundamental que tem o controle interno na visão da doutrina contemporânea bem representada por Rodrigo Pironti Aguirre de Castro³⁷. Estas considerações todas dão mostras da inefetividade dos órgãos de controle interno nas Administrações Públicas Municipais do Estado do Paraná, em afronta não só à validade de atuação das mesmas dados os fundamentos presentes da Constituição de 1988 senão também contrariamente à racionalidade e eficiência de seus atos e procedimentos, pois os resultados maléficos decorrentes de tal inação inclusive sob a ótica financeira e orçamentária.

Outro fator que embora a priori não resulte em irregularidade mas que chama a atenção é **a atuação de várias empresas distribuidoras de medicamentos em dezenas de Municípios de determinada região do Estado**, ao passo que outras tantas atuam numa segunda região e assim sucessivamente, podendo-se a partir daí indicar-se uma partilha regional do mercado, o que exige mais atenção dos gestores públicos no sentido de deverem cercar-se de mais cuidados e rigor na modelagem dos editais e acompanhamento da apresentação das propostas em comparação com os preços de mercado, tanto varejo quanto atacado.

Finalmente porém não menos importante é a questão relativa aos indícios de irregularidades decorrentes do cruzamento dos quadros societários de algumas empresas participantes de certames licitatórios à luz dos dados disponíveis na base de dados do Tribunal de Contas do Estado³⁸, mais particularmente do chamado “Portal de Informação para Todos”, que dá conta de coincidências entre nomes de servidores e de representantes de algumas empresas contratadas, o que está demonstrado nos relatórios, dossiês e representações protocolados pelo Ministério Público de Contas³⁹ após a coleta e devido cruzamento de dados. Tal retrato impõe reflexões de diferentes ordens a respeito dos vícios e falhas na gestão de contratações para aquisição de medicamentos e no controle interno a propósito do tema.

36 Ministério Público de Contas do Paraná. Capturado em www.mpc.pr.gov.br em 10 abr. 2018;

37 CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Ensaio avançado de controle interno: profissionalização e responsabilidade. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 140: “O controle, como atividade precípua do Estado, ganhou atenção especial na Constituição da República de 1988, sendo tratado, em razão de sua atividade de fiscalização externa e, principalmente, interna, no artigo 31; artigo 49, incisos V, IX e X; artigo 50; artigo 51, inciso II e artigos 70 a 75 do texto constitucional brasileiro.”

38 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. Capturado em www.tce.pr.gov.br/pit em 10 abr. 2018;

39 MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Capturado em www.mpc.pr.gov.br em 14 abr. 2018;

4.3. QUADRO DE DISPARIDADES

A partir da indicação quase que articulada demonstrada acima e do contexto atual no que tange às aquisições feitas pelas Administrações municipais no Estado do Paraná, em especial quanto a medicamentos, é possível traçar um quadro de disparidades dividido em três partes iniciais a saber: **a) disparidades formais e metodológicas; b) disparidades materiais com implicações inclusive financeiras dados os pagamentos feitos acima do que deveria/poderia ocorrer caso as mesmas não existissem, ou ao menos fossem em volume menor; c) disparidades relativas à falta de transparência que dificultam ou mesmo impedem o controle social, chave para a maior eficiência e correção dos atos administrativos em particular e da gestão da coisa pública como um todo.**

Invertendo a ordem e iniciando pelos problemas decorrentes da falta de transparência, em mais da metade dos dossiês e representações promovidos pelo Ministério Público de Contas do Paraná é aberto um capítulo especial para apontamentos relativos à falta de dados nos portais de transparência das Prefeituras. Lembrando-se do escopo do projeto que centrou sua atenção nos Municípios com população superior a trinta mil habitantes, em número de cinquenta e dois no Estado do Paraná, há que se concluir que perto de trinta deles – e expandido os dados da amostra para a totalidade dos trezentos e noventa e nove Municípios do Estado – e mais de duzentos ao todo possuem portais da transparência sem a base de dados completa. Há casos mais graves em que não aparece informação alguma relativa às licitações realizadas, contratos assinados e em execução, empenhos emitidos e pagamentos feitos. Há outros ainda em que embora haja alguma informação sobre as licitações e contratos, não é possível localizar na plataforma as minutas dos editais ou dos contratos e outras ainda em que embora presentes algumas destas minutas, não aparecem as atas de julgamento das licitações, as quais são fundamentais para que sejam identificadas incoerências e nulidades como aquelas reportadas acima.

Sob a lógica do controle em sentido amplo – interno, externo e social – há um desvirtuamento dos princípios da publicidade e até da moralidade, pois dado que há normas em âmbito constitucional e infraconstitucional que impõem a divulgação clara, completa e precisa de dados, atos e contratos oriundos da Administração Pública. Há por assim dizer o direito do cidadão à informação sobre as “coisas da Administração”, em particular à vista do fato de que o financiamento destas são instrumentalizados pela arrecadação de recursos junto aos próprios cidadãos governados. Nestes termos, a construção científica não possui divergência.⁴⁰ O controle e a governança exigem a transparência, a qual decorre de respeito absoluto ao princípio da publicidade.⁴¹

No que toca aos vícios de natureza formal identificados nos processos de compras de medicamentos pelos Municípios paranaenses, é possível verifica-los sob a forma

40 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

41 MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993;

de variadas transgressões de procedimento identificadas pelo Ministério Público de Contas do Paraná⁴² em seu trabalho de mapeamento do panorama relativo ao tema ora considerado. A utilização indevida de procedimentos de dispensa de licitação para situações em que seria não apenas possível senão também aconselhável licitar a aquisição dos produtos medicamentosos sem o uso do artifício da contratação direta, no mais das vezes seguido de sobre preço nos produtos adquiridos; subterfúgios outros como a inexigibilidade de licitações em hipóteses que também não a justificariam como a pluralidade de laboratórios fornecedores dos produtos; falhas graves das atas de julgamento de pregões que não indicam as devidas justificativas para a escolha de determinado(s) fornecedor(es) diante de preços idênticos nem tampouco os critérios de escolha/desclassificação de licitantes ou de aceitação de propostas únicas para vários lotes da licitação entre os diferentes licitantes; falhas na publicação de editais e formalização de contratos que implicam em sua nulidade como a assinatura de contrato antes de publicado o edital da licitação de origem.

Finalmente os vícios materiais ou de conteúdo, também numerosos a partir das constatações levadas a efeito pelo Ministério Público do Paraná⁴³, dão conta de critérios de definição de objetos inapropriados nas minutas de edital. Disto são exemplo as mencionadas licitações de "a a z", a indicação do nome comercial ou marca do(s) produto(s) medicamentoso(s) no edital com o consequente direcionamento para um único laboratório fabricante e as distribuidoras que comercializam tais marcas em detrimento dos demais; pagamentos a maior feitos pelas Administrações na compra de medicamentos que sejam ofertados ao mercado em diferentes formas, conteúdos, apresentações ou embalagens sem que se considere o preço por comprido, ou por mililitros ou por miligramas; a formação de cartéis de distribuidores com divisão regional ou por lotes de medicamentos; a participação nula de servidores do quadro da Administração no quadro societário de empresas distribuidoras, o que inclusive está tipificado na legislação penal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Isto posto, as observações que cabem são no sentido de resumida e articuladamente expor vários pontos graves.

Um, as compras de medicamentos representam parte considerável dos orçamentos municipais na área de saúde e, por consequência, dos orçamentos globais dos Municípios consoante percentuais elevados das despesas autorizadas nas leis orçamentárias anuais.

Dois, no que se refere aos Municípios paranaenses, os gastos decorrentes das aquisições de produtos medicamentosos possibilitam questionamentos de variadas ordens em face de dispensas e inexigibilidades de licitações indevidamente utilizadas pelas Administrações, minutadas de editais publicadas com itens e

42 Ministério Público de Contas do Paraná. Capturado em www.mpc.pr.gov.br em 05 abr. 2018;

43 Ministério Público de Contas do Paraná. Capturado em www.mpc.pr.gov.br em 06 abr. 2018;

critérios equivocados e prejudiciais ao Erário como as chamadas compras de “a a z”, as licitações com lote único por preço global e ainda falhas de natureza formal como omissões de atas de julgamentos, falta de critério expresso para situações corriqueiras e gravosas como aquelas que resultam em indícios de partilhamento de lotes e formação de cartéis, bem como enorme falta de transparência, dado que inexistem dados relativos aos gastos, minutas de editais e contratos ou de notas de empenho nos portais das Prefeituras.

Três, mesmo diante destas inúmeras e reiteradas irregularidades, os órgãos de controle não têm atuado no sentido de combater tais práticas e cobrar maior transparência e coerência com a lei por parte das Administrações municipais, tornando a situação ainda mais grave dado que o controle interno quando existente é apenas decorativo e o controle social é inviabilizado pela obscuridade na divulgação de informações por parte dos gestores públicos.

Tal ordem de considerações impõe reflexão e a adoção de medidas que possam alterar o atual panorama de ilegalidades e omissões que resultam não apenas em prejuízos de natureza orçamentária e financeira mas também quanto à disponibilização de medicamentos nos postos e unidades de atendimento público para a população desassistida.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1968;
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003;
- BERTI, Flávio de Azambuja. *Direito tributário e princípio federativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007;
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999;
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Ensaio avançado de controle interno: profissionalização e responsabilidade. Belo Horizonte: Forum, 2016;
- CHIESA, Clélio. *A competência tributária no Estado brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002;
- COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013;
- DI PIETRO, Maria S. Zanella; MOTTA, Fabricio; FERRAZ, Luciano. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Atlas, 2011;
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008;
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005;
- MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993;
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001;
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho e FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade fiscal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001;

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014;

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

ROSA Jr., Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Renovar, 14ª ed, 2000;

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Promulgada em 05 out. 1988 e publicada no Diário Oficial da União em 05 out. 1988;

LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 141 de 13 jan. 2012, publicada no Diário Oficial da União em 13 jan. 2012

LEI FEDERAL n. 4320/64 de 17 mar. 1964, publicada no Diário Oficial da União de 17 mar. 1964;

LEI FEDERAL n. 8.212/91 de 24 jul. 1991, publicada no Diário Oficial da União de 24 jul. 1991;

LEI FEDERAL n. 8.666/93 de 21 jun. 1993, publicada no Diário Oficial da União de 21 jun. 1994;

LEI FEDERAL n. 12.527 de 18 nov. 2011, publicada no Diário Oficial da União de 18 nov. 2011;

LEI FEDERAL n. 13500/2017 de 26 out. 2017 publicada no Diário Oficial da União de 26 out. 2017, resultante da aprovação da Medida Provisória 781/2017;

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Capturado em em 25 mar. 2018;

MUNICÍPIO DE IVAIPORÃ. Capturado em www.ivaipora.pr.gov.br em 20 dez. 2017

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Capturado em www.tce.pr.gov.br em 14 abr. 2018;